

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 220176

Beslissing van 4 september 2023 in de zaak 220176

naar aanleiding van het hoger beroep van:

verweerder

tegen:

klaagster

1 DE PROCEDURE BIJ DE RAAD

1.1 Het hof verwijst naar de beslissing van 13 juni 2022 van de Raad van Discipline in het ressort 's-Hertogenbosch (hierna: de raad) in de zaak met nummer 22-120/DB/DH. De raad heeft de klacht gegrond verklaard, aan verweerder de maatregel van berisping opgelegd en verweerder veroordeeld in de proceskosten.

1.2 Deze beslissing is onder ECLI:NL:TADRSHE:2022:96 op tuchtrecht.nl gepubliceerd.

2 DE PROCEDURE BIJ HET HOF

2.1 Het beroepschrift van verweerder tegen de beslissing van de raad is op 7 juli 2022 ontvangen door de griffie van het hof.

2.2 Verder bevat het dossier van het hof

- de stukken van de raad;
- het verweerschrift van klaagster;
- de e-mail van de gemachtigde van klaagster van 31 oktober 2022;
- de e-mail met bijlagen van de gemachtigde van verweerder van 19 mei 2023.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld tijdens de openbare zitting van 2 juni 2023. Daar zijn mr. M. namens klaagster, en verweerder met zijn gemachtigde mr. Y verschenen. Partijen hebben hun standpunt toegelicht, de gemachtigde van verweerder aan de hand van spreekantekeningen, die ook onderdeel uitmaken van het dossier van het hof.

3 FEITEN

3.1 Het hof stelt de volgende feiten vast.

3.2 Klaagster houdt zich bezig met het beleggen in vastgoed. De heer X is enig aandeelhouder en bestuurder van klaagster. De cliënt van verweerder (hierna "de

cliënt”) en X hielden ieder 50% aandelen in een besloten vennootschap (hierna “de BV”).

3.3 In het kader van een herfinanciering van de BV heeft klagster op 20 februari 2020 € 5.500.000,- geleend aan X. De BV zou de helft van deze lening op 17 mei 2020 aan klagster terugbetalen met een lening die de cliënt uiterlijk 17 mei 2020 aan de BV zou verstrekken.

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

3.5 De cliënt heeft, tot zekerheid van de nakoming van zijn verplichting om uiterlijk op 17 mei 2020 een lening van € 2.250.000,- aan de BV te verstrekken, zijn aandelen in de BV op 19 maart 2020 aan klagster verpand. De verpanding is vastgelegd in een akte van 19 maart 2020.

3.6 Bij arrest van 14 mei 2020 heeft het gerechtshof het faillissementsvonnis bekrachtigd. Verweerder heeft op 20 mei 2020 een cassatieadvies ontvangen. De conclusie van het advies luidde:

“Na bestudering van het arrest en het procesdossier, is mijn conclusie dat de kans op een succesvol cassatieberoep op inhoudelijke gronden erg klein is. Wel zie ik mogelijkheden om de Hoge Raad op formele gronden ertoe te bewegen het arrest van het hof te vernietigen, omdat het hof op onjuiste gronden bevoegdheid heeft aangenomen. Dat biedt waarschijnlijk echter weinig soelaas: een verwijzingshof zal op basis van de vaststaande feiten uit de feitelijke instanties mijns inziens wèl bevoegdheid aannemen. Slechts indien de omstandigheden na een eventuele verwijzing zodanig zijn gewijzigd dat er geen sprake (meer) is van een toestand van hebben opgehouden te betalen en/of pluraliteit van schuldeisers, zal een herbeoordeling door het verwijzingshof tot gevolg kunnen hebben dat de faillissementen worden vernietigd.”

3.7 Verweerder heeft namens de cliënt cassatie ingesteld tegen het arrest van het gerechtshof. Het cassatieberoep was aanhangig gedurende de behandeling van het hierna in 3.8 te noemen verzoek. Het cassatieberoep is ongegrond verklaard op 5 februari 2021.

3.8 Omdat de cliënt niet voldeed aan zijn verplichting om een lening aan de BV te verstrekken, heeft klagster op 13 oktober 2020 bij de rechtbank een verzoek ingediend op grond van artikel 3:251 BW tot het verkrijgen van verlop voor een afwijkende wijze van verkoop van de verpande aandelen, namelijk door de aandelen voor een bedrag van € 974.000,- aan klagster als pandhouder te laten verblijven. Verweerder heeft de cliënt in deze verzoekschriftprocedure bijgestaan. Klagster heeft in de procedure een waardering ingebracht ter onderbouwing van de voorgestelde prijs. Verweerder heeft in de procedure namens de cliënt bezwaar gemaakt tegen de hoogte van die waardering. De voorzieningenrechter is aan dat verweer voorbijgegaan en heeft het verzoek van klagster bij beschikking van 17 februari 2021 toegewezen. Verweerder heeft in deze procedure het faillissement van zijn cliënt onvermeld gelaten.

3.9 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 de cliënt 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 de cliënt.

4 KLACHT

4.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet. Klaagster 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.

5 BEOORDELING

overwegingen raad

5.1 De raad heeft overwogen dat de cliënt vanwege zijn faillissement ten tijde van de verzoekschriftprocedure ex artikel 3:251 BW niet bevoegd was om in die procedure in rechte te verschijnen. Hij diende te worden vertegenwoordigd door zijn curator. Verweerder had zich dan ook niet namens de cliënt mogen stellen of, als hij dit wel wilde doen, de voorzieningenrechter en klagster moeten berichten dat de curator de bevoegde persoon was om de cliënt te vertegenwoordigen. Het ging om aandelen die in de faillissementsboedel vielen, ter zake waarvan alleen de curator bevoegd was. Voor zover verweerder van zijn cliënt geen toestemming kreeg om informatie over diens faillissement te verstrekken had verweerder zich als zijn advocaat moeten onttrekken. Dat tegen de faillietverklaring van de cliënt nog een rechtsmiddel (cassatie) 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 niets af aan het faillissement en de onbevoegdheid van de cliënt om in rechte te verschijnen. Hoewel verweerder de procedure ex artikel 3:251 BW niet had kunnen voorkomen, had het op zijn weg gelegen klagster en de rechter te informeren dat de procedure, gelet op de onbevoegdheid van zijn cliënt en de niet rechtsgeldige verpanding, zinloos was. Door zich namens zijn failliete cliënt te stellen in de procedure en de informatie over het faillissement van de cliënt aan klagster en de rechter te onthouden, heeft verweerder de gerechtvaardigde belangen van klagster nodeloos geschaad. Dat de informatie over een faillissement beschikbaar is in het insolventieregister ontslaat verweerder ook niet van voormelde verplichtingen.

beroepsgronden

5.2 Verweerder heeft de volgende beroepsgronden aangevoerd tegen de beslissing van de raad:

1. Het oordeel van de raad dat een gefailleerde niet bevoegd is in rechte te verschijnen is onjuist en kan daarom niet de beslissing van de raad dragen dat verweerder zich niet namens de cliënt mocht stellen en niet voor de cliënt in rechte mocht optreden. Verweerder verwijst naar het arrest van de Hoge Raad van 10 juli 2020 (ECLI:NL:HR:2020:1243), r.o. 3.2.2:

"(...) dat de schuldenaar door zijn faillissement niet de bevoegdheid verliest om in rechte op te treden. Dat volgt uit art. 25 lid 2 Fw, waarin is bepaald dat een veroordeling van de gefailleerde geen rechtskracht heeft tegenover de failliete boedel indien deze veroordeling voortvloeit uit een rechtsvordering die tot de boedel behorende rechten en verplichtingen tot onderwerp heeft, en deze rechtsvordering door of tegen de gefailleerde is ingesteld of voortgezet. Die bepaling berust aldus op het uitgangspunt dat de gefailleerde bevoegd blijft dergelijke rechtsvorderingen in te stellen." Verweerder heeft opgetreden namens een bevoegde partij.

2. Ook is het oordeel van de raad onjuist dat verweerder (ondanks andersluidende instructie van zijn cliënt) klaagster en de rechter had moeten informeren over het faillissement van de cliënt, omdat het pandrecht niet geldig was vanwege de faillissementssituatie ten tijde van het vestigen van het pandrecht. Het pandrecht zou (alsnog) rechtsgeldig zijn gevestigd indien het faillissement in cassatie zou zijn vernietigd. Ook de uitspraak in de verzoekschriftprocedure op grond van artikel 3:251 BW zou in dat geval rechtskracht hebben gehad tegenover de cliënt. Ten tijde van het in rechte optreden door/namens de cliënt in die procedure bestond de kans dat het faillissement zou worden vernietigd. Met die achtergrond heeft verweerder in de procedure voor de cliënt opgetreden. Ten onrechte overweegt de raad dat het faillissement tot gevolg had dat de verzoekschriftprocedure (op dat moment reeds zeker) zinloos was.

3. Niet juist is het oordeel van de raad dat klaagster doordat geen melding is gemaakt van het faillissement nodeloos in haar gerechtvaardigde belangen is geschaad en dat dit verweerder tuchtrechtelijk valt aan te rekenen. Dit volgt uit de omstandigheden dat (1) verweerder geen betrokkenheid heeft gehad bij het vestigen van het pandrecht, dat (2) verweerder de procedure ex artikel 3:251 BW niet had kunnen voorkomen, en (3) dat klaagster niet afhankelijk was van verweerder voor de wetenschap van het openbaar zijnde faillissement van de cliënt. Het derde punt dient in het voordeel van verweerder te worden meegewogen bij het oordeel of het door verweerder niet actief melden van het faillissement (op verzoek van zijn cliënt) verwijtbaar is. Klaagster en haar raadsman zijn niet door toedoen van verweerder verstoken gebleven van die informatie, omdat ze die informatie eenvoudig zelf kon verkrijgen. Het is usance dat een schuldeiser zoals klaagster, met een serieuze vordering op een partij en bekendheid met financiële problemen van die partij, bij het treffen van rechtsmaatregelen onderzoek doet in onder andere het insolventieregister, althans dat haar raadsman laat doen.

4. Verweerder maakt tevens bezwaar tegen de door de raad opgelegde maatregel en in het bijzonder tegen de overweging dat die maatregel passend en geboden is "*gelet op de aard en de ernst van de tuchtrechtelijk verwijtbare gedraging en de daaraan voor klaagster verbonden negatieve gevolgen*". Uit de feiten volgt dat klaagster geen negatieve gevolgen heeft ondervonden van het door verweerder niet melden van het faillissement. De lening en het pandrecht zijn tot stand gekomen zonder betrokkenheid van verweerder. Verweerder heeft het instellen van de procedure ex artikel 3:251 BW ook niet kunnen voorkomen (hetgeen de raad expliciet heeft vermeld). Geen van de door klaagster ondervonden negatieve gevolgen in haar relatie met de cliënt staan in verband met enig handelen of nalaten van verweerder.

verweer in beroep

5.3 Klaagster voert twee redenen aan waarom de stelling van verweerder, dat vaststaat dat in de 3:251 BW procedure het faillissement en het pandrecht op zichzelf geen onderwerp van discussie waren, onjuist is. Ten eerste omdat juist het verwijt aan verweerder is dat hij geen gewag heeft gemaakt van het faillissement, wat hij wel had moeten doen. Ten tweede omdat het pandrecht het middelpunt van de procedure ex 3:251 BW is.

De conclusie van verweerder dat het pandrecht achteraf geldig zou zijn geweest in het geval het faillissement in cassatie zou zijn vernietigd is op zichzelf juist, maar niet relevant. Ten eerste gaat het om de situatie op het moment waarop de zaak werd behandeld. Toen bestond er geen pandrecht omdat de cliënt failliet was op het moment dat hij de pandakte ondertekende. Ten tweede is de faillietverklaring in stand

gebleven, ook in cassatie. De situatie dat het pandrecht achteraf geldig zou zijn geweest heeft zich dus nooit voorgedaan. De theoretische kans dat het faillissementsvonnis zou worden teruggedraaid heeft zich niet verwezenlijkt.

Het verwijt van klaagster aan verweerder is niet dat hij de cliënt heeft bijgestaan bij de vestiging van het pandrecht en ook niet dat verweerder de procedure had kunnen voorkomen. Het verwijt is dat verweerder de rechtbank er niet op heeft gewezen dat de cliënt failliet was op het moment dat hij de pandakte ondertekende en er dus helemaal geen pandrecht tot stand was gekomen.

Ter zitting bij de raad hebben alle aanwezige advocaten vastgesteld dat het niet gebruikelijk is dat het faillissementsregister voorafgaand aan het aanhangig maken van een procedure wordt geraadpleegd. Dat kan daarom ook niet van een advocaat verlangd worden. Maar zelfs dan heeft verweerder gezwegen waar hij had moeten praten.

Verweerder miskent de kern van de zaak ook met zijn stelling dat de raad onjuist heeft geoordeeld dat een gefailleerde niet bevoegd is in rechte te verschijnen. Het gaat niet om de vraag of de cliënt wel of niet had moeten verschijnen, maar om de verplichting van verweerder om te melden dat (i) zijn cliënt failliet was en dus (ii) dat er een procedure aanhangig was gemaakt over een niet bestaand pandrecht zodat (iii) klaagster en de rechtbank wisten dat er een inhoudsloos verzoekschrift was ingediend. Als hij die melding meteen had gedaan, was klaagster niet ontvankelijk verklaard en had zij geen kosten hoeven maken. Het ontgaat klaagster voorts wat verweerder bedoelt met "een bevoegd partij". Het verzoekschrift had niet tot de cliënt gericht kunnen worden. Hij was namelijk geen pandgever, omdat er geen pandrecht tot stand was gekomen.

maatstaf

5.4 Deze zaak betreft een klacht tegen de advocaat van de wederpartij. Voor alle advocaten geldt dat zij in principe alleen de belangen van hun eigen cliënt hoeven te behartigen. Niet voor niets is partijdigheid een belangrijke kernwaarde voor advocaten (artikel 10a Advocatenwet). Zij hebben veel vrijheid om te doen wat in het belang van hun cliënt nodig is. Wel moeten zij voorkomen dat zij de belangen van de wederpartij onnodig en op ontoelaatbare wijze schaden. Advocaten mogen zich bijvoorbeeld niet onnodig kwetsend uitlaten over de wederpartij. Ook mogen zij niet bewust onjuiste informatie verschaffen om daarmee de rechter te misleiden. Verder geldt dat advocaten ervan mogen uitgaan dat de informatie die zij van hun cliënt hebben gekregen juist is. Tot slot hoeven zij in het algemeen niet af te wegen of het voordeel dat zij voor hun cliënt willen bereiken met de middelen waarvan zij zich bedienen, opweegt tegen het nadeel dat zij daarmee aan de wederpartij toebrengen.

beoordeling door het hof

5.5 De beroepsgronden van verweerder slagen. Ten onrechte heeft de raad overwogen dat de cliënt niet bevoegd was om zonder (toestemming van) de curator in de door klaagster aanhangig gemaakte procedure te verschijnen. De cliënt was daartoe op grond van artikel 25 lid 2 Fw wel degelijk bevoegd. Het verschijnen van een gefailleerde in een procedure heeft alleen tot gevolg dat de failliete boedel niet wordt gebonden door de uitkomst van de procedure. Aangezien de cliënt in de procedure kon en mocht verschijnen, mocht verweerder hem in de procedure ook bijstaan.

5.6 De raad heeft verder ten onrechte overwogen dat de procedure ex artikel 3:251 BW zinloos was. Er liep immers tijdens die procedure nog een cassatieprocedure over

de faillietverklaring, zodat de mogelijkheid bestond dat het faillissement uiteindelijk zou worden vernietigd, in welk geval het pandrecht alsnog rechtsgeldig zou zijn gevestigd en beide partijen gebonden zouden zijn aan de uitspraak in de procedure op grond van artikel 3:251 BW. De cassatieprocedure was niet bij voorbaat kansloos, omdat er een reëel bevoegdheidsargument was. De hoop was erop gevestigd dat er bij een herbeoordeling door een verwijzingshof – die ex nunc plaatsvindt – geen toestand meer zou bestaan van hebben opgehouden te betalen en/of pluraliteit van schuldeisers. De cliënt was bezig financieel orde op zaken te stellen, zo heeft verweerder ter zitting (onweersproken) toegelicht. Aldus mocht verweerder ervan uitgaan dat er een meer dan louter theoretische mogelijkheid bestond dat het faillissement vernietigd zou worden en dus, dat het voeren van verweer in de procedure op grond van artikel 3:251 BW (ten aanzien van de prijs waarvoor de aandelen aan klaagster zouden verblijven) niet zinloos was en het belang van zijn cliënt diende. Dat het faillissement uiteindelijk in werkelijkheid niet is vernietigd, doet hieraan niet af. Het handelen van verweerder dient immers te worden beoordeeld op grond van de omstandigheden zoals die ten tijde van zijn handelen bestonden.

5.7 Mede gelet op het voorgaande is het hof van oordeel dat verweerder - anders dan de raad heeft geoordeeld - de belangen van klaagster niet onnodig en op ontoelaatbare wijze heeft geschaad. Dat is niet gebeurd door het verschijnen en het voeren van verweer in de verzoekschriftprocedure door verweerder namens zijn cliënt en evenmin doordat verweerder in die procedure niet heeft gemeld dat zijn cliënt al voor het vestigen van het pandrecht failliet was verklaard. Bij dit laatste is mede van belang dat het faillissement voor klaagster openbare informatie was en dat niet is gebleken dat klaagster er groot belang bij had om, nadat zij zelf al het verzoekschrift op grond van artikel 3:251 BW had ingediend en de daarmee gepaarde kosten had gemaakt, door verweerder te worden gewezen op het faillissement van de cliënt. Dat belang kan in ieder niet zijn gelegen in de mogelijkheid die artikel 28 Fw biedt om de curator in het geding op te roepen: als het faillissement in stand zou blijven, zou er geen pandrecht zijn en dus zou de curator van de cliënt nooit in de procedure zijn verschenen; het oproepen van de curator zou dus zinloos zijn geweest. Klaagster heeft desgevraagd ter zitting ook niet kunnen toelichten wat zij in de procedure anders zou hebben gedaan indien zij door verweerder tijdens de procedure op het faillissement was gewezen.

5.8 Tot slot overweegt het hof als volgt. Een advocaat mag een rechter niet willens en wetens verstoken laten van informatie waarvan de advocaat weet dat deze wezenlijk is voor de oordeelsvorming van de rechter (HvD 5 juni 2009, Advocatenblad 20 augustus 2010). Voor het inhoudelijke oordeel van de rechter in de onderhavige procedure was informatie over het faillissement van de cliënt van verweerder niet van belang en zeker niet van wezenlijk belang. De in de procedure gevoerde discussie was beperkt tot de waarde van de aandelen. Als het faillissement in de procedure wel was gemeld, had de rechtbank de beslissing in deze zaak eventueel kunnen aanhouden, maar ook gewoon kunnen uitspreken. De beslissing zou dan alleen effect gekregen hebben na vernietiging van het faillissement. Niet-ontvankelijkheid kan alleen worden uitgesproken als ieder belang ontbreekt, en dat was tijdens het voeren van deze procedure niet het geval. Het hof is dan ook van oordeel dat informatie over het faillissement niets had uitgemaakt voor de inhoudelijke beslissing van de rechter.

5.9 Conclusie uit het voorgaande is dat verweerder niet tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld door in de procedure namens zijn cliënt verweer te voeren en de instructie van zijn cliënt te respecteren om van het faillissement in die procedure geen

melding te maken. De beslissing van de raad kan op grond van het voorgaande niet in stand blijven. Het hof vernietigt die beslissing en verklaart de klacht alsnog ongegrond.

6 BESLISSING

Het Hof van Discipline:

- vernietigt de beslissing van 13 juni 2022 van de Raad van Discipline in het ressort 's-Hertogenbosch in de zaak met nummer 22-120/DB/DH;

en doet opnieuw recht:

- verklaart de klacht ongegrond.

Deze beslissing is gewezen door mr. J.D. Streefkerk, voorzitter, mrs. B.J.R. van Tongeren, A.P. Wessels, J.H. Brouwer en J.M. Louwrier, leden, in tegenwoordigheid van mr. N.A.M. Sinjorgo , griffier, en in het openbaar uitgesproken op 4 september 2023.

griffier
voorzitter

De beslissing is verzonden op 4 september 2023 .