

## RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 09-171A

### RAAD VAN DISCIPLINE

In het ressort Amsterdam

BESLISSING van 11 januari 2010

in de zaak 09-171A

De raad heeft het volgende overwogen en beslist naar aanleiding van de op 2 juli 2009 binnengekomen klacht van:

De heer

klager

tegen:

de heer mr.

verweerder

1. verloop van de procedure

1.1 Bij brief van 30 juni 2009, door de raad ontvangen op 2 juli 2009, heeft de deken van de orde van advocaten in het arrondissement Amsterdam de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.2 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 27 oktober 2009. Klager is ter zitting verschenen, bijgestaan door zijn advocaat, de heer mr. W.M. Schonewille. Ook verweerder is ter zitting verschenen, bijgestaan door zijn advocaat, de heer mr. F.H.A.M. Thunnissen.

1.3 Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.4 De raad heeft kennis genomen van:

a. de in 1.1. bedoelde brief van de deken aan de raad en van de stukken genummerd 1 t/m 14 in de in die brief genoemde inventarislijst.

2. klacht

2.1 De klacht, zoals door klagers advocaat in zijn brief aan de raad van 8 september 2009 en ter zitting toegelicht, houdt – zakelijk weergegeven – in dat verweerder door het geven van adviezen aan zijn cliënte, zoals weergegeven in e-mails van 1, 3 en 4 september 2008, onjuist heeft gehandeld, nu verweerder heeft geadviseerd klager te laten meewerken aan de schriftelijke vastlegging van de afspraken tussen zijn cliënte en klager ook voor het verleden en daartoe de feitelijke gang van zaken te manipuleren. Met die adviezen beoogde verweerder de overtreding door zijn cliënte van bepalingen van de toezichtwetgeving in het verleden te verdoezelen en vast te leggen dat eventuele onvolkomenheden, voorafgaand aan het moment van schriftelijk vastleggen, niet meer tot aansprakelijkheid van zijn cliënte jegens klager zouden kunnen leiden.

2.2 Door aldus te handelen heeft verweerder volgens klager de norm, vastgelegd in artikel 46 Advocatenwet, overtreden en heeft hij gehandeld op een wijze die een behoorlijk advocaat niet betaamt.

3. feiten

Voor de beoordeling van de klacht kan, gelet op de stukken en hetgeen ter zitting is verklaard, van het volgende worden uitgegaan.

3.1 Klager is sinds een aantal jaren in privé klant bij bank G (hierna: de Bank). Klager heeft bij de Bank een zogenaamde “warehousing account”. Dit komt erop neer dat klager via de Bank op diverse manieren kon beleggen en dat periodiek achteraf werd afgerekend. Omtrent (de voorwaarden van) deze relatie is destijds niets schriftelijk vastgelegd. In de loop der jaren zijn de voorschriften met betrekking tot het toezicht in de financiële sector (ook voor de financiële instellingen zelf) aanzienlijk uitgebreid. De accountmanager en het rechtstreeks aanspreekpunt van klager bij de Bank was de heer A.

3.2 Tussen klager en de Bank is in de loop van 2008 een geschil ontstaan over een (beweerd) dekkingstekort (margintekort). Klager heeft de Bank aansprakelijk gesteld voor de volgens klager door hem geleden schade, als gevolg van de schending van verschillende wettelijke bepalingen door de Bank. Inmiddels is daarover een civiele procedure aanhangig.

3.3 De Bank werd en wordt geadviseerd door (onder andere) verweerder. Verweerder heeft de Bank onder meer per e-mail van 1, 3 en 4 september 2008 geadviseerd over bepaalde aspecten van het geschil met klager.

3.4 De e-mail van 1 september 2008 luidt, voor zover in deze procedure van belang, als volgt:

“(…) [klager] en zijn advocaat elk moment kunnen ontdekken dat zij in feite nu ook er voor kunnen kiezen, de schade te claimen uit hoofde van de schending van marginvoorschriften, ongedocumenteerde overschrijding van de gangbare bevoorschottingsnormen, en het toelaten van openingstransacties tijdens onderdekking; kortweg al hetgeen in artikel 28 NR 2002 was bepaald (nu 86 Bgfo). Donderdag jl. beliep dat risico voor de bank ongeveer 3,5 miljoen.”

“(…) deze risico’s worden afgewend als wij erin slagen een aantal zaken op de juiste manier met [klager] schriftelijk vast te leggen. Als u verwacht dat de term kwijting/release of claim voor [klager] een obstakel vormt – nl. kwijting voor verliezen en tekortkoming (wanprestaties van de bank door de regelovertradingen) tot heden – dan kunnen wij die term ook wel vermijden, mits de overige elementen trefzeker zijn verwoord en met name helder wordt vastgelegd dat de juridische kwalificaties (“kredietverlening etc.”) juist ook voor het verleden golden.”

De e-mail van 3 september 2008 luidt, voor zover in deze procedure van belang, als volgt:

“(…) Uit het feit dat in de praktijk ALLEEN de initial margin, maar niet de variationmargin werd verrekend blijkt volgens ons dat de bank (en [klager]) zich slechts voor de helft hebben gehouden aan die afspraak; lees: dat die afspraak in de praktijk anders is toegepast respectievelijk in de praktijk gaandeweg een andere afspraak is tot stand gekomen. Zijn jullie het daarmee eens?”

“(…) Je kunt het misschien ook zo zeggen, dat anders dan de afspraak eerst luidde, ook voor de futures een gedeeltelijke warehousing gold. Namelijk de finale settlement van winst of verlies werd ook uitgesteld, net als voor de aandelen maar dan weer met de variant dat zulks niet gebeurde bij afloop van de warehouseperiode maar pas bij sluiting van de positie. Correct?”

De e-mail van 4 september 2008 luidt, voor zover in deze procedure van belang, als volgt:

“(…) Uw doel is immers nu, om het conflict weg te nemen, en voorzover mogelijk, fouten uit het verleden te repareren, eventueel zelfs met terugwerkende kracht. Als de relatie hersteld is – met de daarin eventueel besloten regelovertradingen – kan daarna de relatie juridisch worden gedocumenteerd en waar nodig gecorrigeerd.”

“(…) Dat risico is vergroot door op 22 augustus (…) aan hem te schrijven dat de marginall terecht was, want die stelling houdt in dat er een groot margintekort was, en omdat wij van u begrepen dat de werkwijze al jarenlang hetzelfde was, heeft dat margintekort dan waarschijnlijk al jarenlang bestaan.”

“We zullen in de verdere adviezen voor vastlegging van de relatie rekening houden met de voorschriften die bij en krachtens de Wft (sedert 1 januari 2007 van kracht) gelden voor kredietverlening. (...)”

3.5 Op 4 september 2008 heeft verweerder namens de Bank aan de voormalig advocaat van klager een brief gestuurd, met daarin opgenomen de volgende passage:

“(…) [Klager] had aan de bank krediet verzocht (…) en de bank heeft hem de kredietfaciliteit na grondige beschouwing toegestaan.”

3.6 De heer A heeft kort daarop ontslag genomen bij de Bank. De heer A heeft vervolgens aan klager diens volledige persoonlijke bankdossier, waarin vervat genoemde e-mails van 1, 3 en 4 september 2008, ter hand gesteld.

#### 4. beoordeling van de klacht

4.1 Klager heeft zijn klacht in hoofdlijnen gebaseerd op de inhoud van genoemde door verweerder tot de Bank gerichte e-mails van 1, 3 en 4 september 2008. Verweerder heeft zich primair op het standpunt gesteld dat de klacht niet gegrond kan worden verklaard, nu deze volgens verweerder steunt op onrechtmatig (ten onrechte geopenbaard) en onrechtmatig verkregen (ontvreemd) bewijs. Daartoe heeft verweerder allereerst aangevoerd dat het hier gaat om adviezen die vallen onder de vertrouwensrelatie tussen verweerder als advocaat en de Bank als zijn cliënte. Dit brengt volgens verweerder met zich mee dat deze adviezen geheim zijn, behoudens voor de Bank. Verder heeft verweerder betoogd dat de adviezen door de heer A bij de Bank zijn ontvreemd, hetgeen volgens verweerder met zich meebrengt dat deze stukken onrechtmatig zijn verkregen. Om genoemde redenen stelt verweerder dat van deze adviezen, zonder toestemming van de Bank – die niet is verleend - in een tuchtrechtelijke procedure als de onderhavige geen gebruik kan worden gemaakt en dat een klacht die (vrijwel) uitsluitend op deze stukken is gebaseerd, nimmer tot een tuchtrechtelijke veroordeling kan leiden. Volgens klager is van onrechtmatig (ten onrechte geopenbaard) en onrechtmatig verkregen (ontvreemd) bewijs geen sprake, en staat het hem vrij om zich in deze tuchtrechtelijke procedure op genoemde adviezen te beroepen.

4.2 De raad overweegt, dat in zijn algemeenheid niet juist is de stelling, dat in een tuchtrechtelijke procedure als de onderhavige geen gebruik kan worden gemaakt van door de advocaat van de wederpartij tot diens cliënt gerichte correspondentie en/of adviezen omdat deze geheim zijn en moeten blijven. De geheimhouding in de advocaat-clientrelatie brengt mee dat de advocaat geheimhouding dient te betrachten, maar niet dat anderen dan die advocaat aan die geheimhouding gebonden zijn. Bijzondere omstandigheden die in dit geval zouden kunnen leiden tot een ander oordeel zijn niet gebleken. Het stond klager in beginsel dan ook vrij om zich in deze tuchtrechtelijke procedure met een beroep op de inhoud van genoemde door verweerder tot de Bank gerichte e-mails, over verweerder te beklagen. In deze tuchtrechtelijke procedure kan voorts in het midden blijven de vraag of de heer A onrechtmatig heeft gehandeld door de desbetreffende adviezen aan klager te overhandigen, zoals verweerder heeft aangevoerd maar klager heeft betwist. Naar het oordeel van de raad kan niet worden gezegd dat klager de genoemde adviezen zelf op onrechtmatige wijze heeft verkregen. Het primaire verweer sneuvelt derhalve.

4.3 Verweerder heeft zich voorts (subsidiair) op het standpunt gesteld, dat klager niet-ontvankelijk in zijn klacht is. Volgens verweerder is klager namelijk geen belanghebbende in de zin van artikel 46 van de Advocatenwet, nu klager (kort gezegd) geen belangheb-

bende zou zijn bij de correspondentie en adviezen tussen de advocaat van de wederpartij en diens cliënte. Naar het oordeel van de raad miskent verweerder hiermee het beoordelingskader van de onderhavige klacht. Het betreft hier immers een klacht die gericht is tegen de advocaat van de wederpartij, en niet valt in te zien waarom klager als wederpartij van de cliënte van verweerder, geen belanghebbende in deze procedure zou zijn, nu het gaat om een klacht met betrekking tot het handelen van verweerder in de zaak van deze cliënte tegen klager. Ook het subsidiaire verweer wordt derhalve verworpen. De raad zal de klacht inhoudelijk beoordelen.

4.4 Zoals reeds door de raad is opgemerkt is de klacht gericht tegen de advocaat van de wederpartij. Te dien aanzien heeft te gelden de door het hof van discipline – de hoogste instantie in het advocatentuchtrecht – gehanteerde maatstaf dat de advocaat van de wederpartij een grote mate van vrijheid toekomt de belangen van zijn cliënt te behandelen op een wijze die hem goedgevindt. Die vrijheid is echter niet onbeperkt; deze kan onder meer ingeperkt worden indien de advocaat (1) feiten poneert waarvan hij weet of redelijkerwijs kan weten dat zij in strijd met de waarheid zijn, of indien de advocaat (2) (anderszins) bij de behartiging van de belangen van zijn cliënt de belangen van de wederpartij onnodig of onevenredig schaadt zonder dat daarmee een redelijk doel wordt gediend. Met betrekking tot de onder (1) genoemde beperking moet voorts in het oog worden gehouden 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 van dat feitenmateriaal en slechts in uitzonderingsgevallen gehouden is de juistheid daarvan te verifiëren. De raad zal het optreden van verweerder aan de hand van deze maatstaf beoordelen.

4.5 Klager heeft in de kern genomen aangevoerd, dat verweerder de Bank heeft geadviseerd de feitelijke situatie met betrekking tot de tussen de Bank en klager bestaande relatie, te manipuleren. Klager verwijt verweerder ter zake vooral dat deze, in de wetenschap dat de Bank nimmer met klager een schriftelijke kredietfaciliteit was overeengekomen, de Bank zou hebben geadviseerd een kredietfaciliteit te verzinnen en in strijd met de werkelijkheid vast te leggen, teneinde aansprakelijkheid van de Bank jegens verweerder (grotendeels) te ontlopen. Verweerder zou volgens klager hierdoor de juridische positie van de Bank op onbetamelijke wijze en in strijd met de werkelijkheid hebben willen verbeteren. Verder zou verweerder door zijn advisering de Bank ertoe hebben willen aanzetten, om de wet (waaronder artikel 4:90 Wft) te overtreden. Verweerder bestrijdt (kort gezegd) dat hem ter zake zijn advisering aan de Bank enig verwijt kan worden gemaakt. Verweerder betoogt in het algemeen dat de door klager aan zijn klacht ten grondslag gelegde correspondentie louter normale vragen en/of correcte en met name niet klachtwaardige adviezen van verweerder aan diens cliënte omvat. Verweerder heeft hierdoor naar eigen zeggen in ieder geval nimmer de Bank geadviseerd om de werkelijkheid te verdraaien en/of om in strijd met de wet te handelen, en verweerder bestrijdt dan ook dat hij in deze onbetamelijk en/of tuchtrechtelijk verwijtbaar zou hebben gehandeld.

4.6 De raad stelt vast, dat klager zijn klacht heeft gebaseerd op enkele onder 3.4 geciteerde passages uit de door verweerder op 1, 3 en 4 september 2008 tot de Bank gericht e-mails en in aansluiting daarop op een onder 3.5 geciteerde passage uit een brief van 4 september 2008 van verweerder aan de voormalig advocaat van klager.

4.7 Naar het oordeel van de raad kan op grond van de inhoud van die mailberichten van verweerder niet worden uitgesloten dat verweerder kon menen dat er sprake was van een kredietrelatie tussen partijen en dat klager (nog) niet bekend was met de mogelijkheid een schadevordering tegen de Bank in te stellen. Derhalve kan niet worden geconcludeerd dat verweerder met zijn adviezen beoogde klager te misleiden door

verdraaiing van de feiten . Verweerder heeft daarvan uitgaande zijn cliënte geadviseerd en naar het oordeel van de raad heeft hij daarbij zijn hiervoor in 4.4 omschreven vrijheid als advocaat van klagers wederpartij niet overtreden. Daar komt nog bij dat verweerder in zijn laatste bericht overleg met klagers advocaat heeft voorgesteld. De raad kan uit dit alles in ieder geval niet de conclusie trekken dat sprake is van tuchtrechtelijk laakbaar handelen. Daarbij merkt de raad nog op dat de vraag, in hoeverre de advisering van verweerder aan de Bank zou kunnen leiden tot handelen van de Bank dat strijdig is met (artikel 4:90 van) de Wft niet voor beoordeling door de tuchtrechter in aanmerking komt.

4.8 Dit alles overwegende is de raad van oordeel, dat niet gezegd kan worden dat verweerder door te handelen zoals hij heeft gedaan, gehandeld heeft op een wijze die een behoorlijk advocaat niet betaamt. De klacht is derhalve ongegrond.

**BESLISSING:**

De raad van discipline:

- verklaart de klacht ongegrond.

Aldus gewezen door mr. D.J. Markx, voorzitter, mr. J.M. van de Laar, mr. B.E. van der Molen, mr. M. Pannevis, mr. H.B. de Regt, leden met bijstand van mr. F.A. Chorus als griffier en uitsproken ter openbare zitting van 11 januari 2010.

voorzitter            griffier

Deze beslissing is in afschrift op 11 januari 2010 per aangetekende brief verzonden aan:

- klager;
- verweerder;
- de deken van de orde van advocaten in het arrondissement Amsterdam;
- de deken van de Nederlandse orde van advocaten.

Van deze beslissing kan beroep bij het hof van discipline worden ingesteld door:

- klager;
- verweerder;
- de deken van de orde van advocaten in het arrondissement Amsterdam;
- de deken van de Nederlandse orde van advocaten.

Het hoger beroep moet binnen een termijn van 30 dagen na verzending van de beslissing worden ingesteld door middel van indiening van een beroepschrift, waarin de gronden van het beroep zijn vermeld en van een motivering zijn voorzien. Het beroepschrift moet in zeventvoud worden ingediend tezamen met zes afschriften van de beslissing waarvan beroep.

De eerste dag van de termijn van 30 dagen is de dag volgend op de dag van de verzending van de beslissing. Uiterlijk op de dertigste dag van die termijn moet het beroepschrift dus in het bezit zijn van de griffie van het hof van discipline. Verlenging van de termijn van 30 dagen is niet mogelijk.

De appelmemoorie kan op de volgende wijzen worden ingediend bij het hof van discipline:

a. Per post

Het postadres van de griffie van het hof van discipline is: Postbus 132, 4840 AC Prinsenbeek.

b. Bezorging

De griffie is gevestigd aan het adres Markt 44, 4841 AC Prinsenbeek.

Bezorging kan uitsluitend plaatsvinden op de gebruikelijke werkdagen tijdens de gebruikelijke kantooruren.

c. Per fax

Het faxnummer van het hof van discipline is 076 -548 4608. Tegelijkertijd met de indiening per fax dienen de originele stukken per post te worden toegezonden aan de griffie van het hof in het vereiste aantal.

d. Telefonische informatie  
076-548 4607