

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 5714

12 november 2010

No. 5714

Hof van Discipline

Beslissing

naar aanleiding van het hoger beroep van
klager

tegen:

verweerder.

1. Het geding in eerste aanleg

Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam (verder: de raad) van 11 januari 2010, onder nummer 09-171A, aan partijen toegezonden op 11 januari 2010, waarbij een klacht van klager tegen verweerder ongegrond is verklaard.

2. Het geding in hoger beroep

2.1. De memorie waarbij klager van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 10 februari 2010 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2. Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- de antwoordmemorie van verweerder van 11 mei 2010;
- een schrijven van de gemachtigde van verweerder aan het hof van 22 maart 2010;
- een schrijven van de gemachtigde van klager aan het hof van 31 maart 2010;
- een schrijven van de gemachtigde van verweerder aan het hof van 15 april 2010;
- een schrijven van de gemachtigde van klager aan het hof van 25 augustus 2010;
- een schrijven van de gemachtigde van klager aan het hof van 31 augustus 2010;
- een schrijven van de gemachtigde van verweerder aan het hof van 1 september 2010.

2.3. Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 10 september 2010, waar klager, vergezeld van zijn advocaat, en verweerder, vergezeld van zijn advocaat, zijn verschenen.

3. De klacht

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.

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.

4. De feiten

4.1. De raad heeft in rov. 3 een aantal feiten vastgesteld die in hoger beroep niet zijn weersproken. Zij dienen het hof tot uitgangspunt. De volgende feiten zijn hier van belang.

4.1.1. Klager is een aantal jaren in privé klant bij de 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 werd afgerekend.

4.1.2. Omtrent (de voorwaarden van) deze relatie tussen de Bank en klager, die dateert van vóór de inwerkingtreding van de Wet financieel toezicht (Wft), is niets schriftelijk vastgelegd. Ook ná de inwerkingtreding van die wet is schriftelijke vastlegging niet gevolgd. Artikel 89 lid 2 Wft, in werking getreden op 1 november 2007, luidt:

Een beleggingsonderneming sluit met iedere cliënt een overeenkomst die schriftelijk of anderszins op een duurzame drager wordt vastgelegd en in het dossier, bedoeld in het eerste lid, wordt opgenomen. Deze overeenkomst vormt de uitsluitende grondslag voor de beleggingsdiensten die de beleggingsonderneming aan de cliënt verleent en bevat in ieder geval de wederzijdse rechten en verplichtingen van de cliënt en de beleggingsonderneming.

4.1.3. De Bank heeft op 13 augustus 2008 klager een margincall gedaan, inhoudende het verzoek om het tekort op de relevante rekening van € 3,5 miljoen aan te zuiveren. Volgens de Bank bestonden er overigens nog voldoende zekerheden.

4.1.4. Verweerder adviseert sinds eind augustus 2008 de Bank in deze zaak. Hij heeft met de Bank overleg gevoerd onder meer via e-mail.

4.1.5. De (volledige) tekst van de e-mail van 1 september 2008 van verweerder aan drie medewerkers van de Bank, met als referentie: [klager], luidt:

Met enige zorg vraag ik mij af wat de laatste ontwikkelingen zijn in deze zaak. Zorg, omdat ik tot nu toe geen stukken over de zaak heb ontvangen, en [klager] en zijn advocaat elk moment kunnen ontdekken dat zij in feite nu ook ervoor kunnen kiezen, de schade te claimen uit hoofde van de schending van de margin-voorschriften, 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. Het briefje uit het verleden wat u ons toonde, over behandeling als professionele cliënt, heeft daarop geen invloed. Dat het op een ander niveau nog wel enig nut kan hebben, hebben wij uitgelegd.

Zoals wij donderdag jl. hebben geadviseerd, kunnen 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 tekortkomingen (wanprestaties van de bank door regelovertredingen) 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. Het gevolg kan dan toch zijn dat de claim van tafel is. Wat ik donderdag in de haast zag staan in de brief van [het advocatenkantoor van de voormalige advocaat van klager] die u mij toonde, bood daarvoor nog wel kansen. Kunt u die brief even vooruit naar ons faxen of e-mailen, dan kunnen wij alvast concreter nadenken over de verdere strategie.

4.1.6. De tekst van de e-mail van 3 september 2008 van verweerder aan twee medewerkers van de Bank, met als referentie: [klager], luidt, voor zover van belang: Graag ontvangen wij nog even met spoed een korte reactie van jullie op de volgende vragen en opmerkingen.

Wat bedoelden jullie destijds precies met "Derivatives position are not warehoused (...). Dat schrijft Mr. T. op 22 augustus jl. aan de wederpartij en (...). Maar waarom heeft dat zo'n prominente plaats gekregen in de brief van 22 augustus jl.? Is het voor de casus wel zo relevant?

Wij gaan er zelf vanuit dat de warehousing betekende dat levering en betaling werden uitgesteld tot de vaste datum. De mededeling dat warehousing voor de futures niet gold werd volgens ons nader gepreciseerd door de zinsnede die daarop volgt, welke nl. inhield dat voor elke openingstransactie in futures direct margin moest worden afgerekend/ geblokkeerd. 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 tot stand is gekomen. Zijn jullie het daarmee eens?

Uit het telefoongesprek van vanmorgen begrijpt .. dat (...)

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 posities. Correct?

4.1.7. De tekst van de e-mail van 4 september 2008 van verweerder aan twee medewerkers van de Bank, met als referentie: [klager], luidt, voor zover van belang:

Het is belangrijk om u erop te wijzen dat in werkelijkheid nog lang niet duidelijk is hoe de juridische kwalificaties moeten zijn van de handelsrelaties tussen de bank en [klager]. De informatie, stukken en antwoorden die wij tot nu toe van u hebben gekregen zijn nog niet afdoende om die juridische conclusies te trekken.

Dat neemt niet weg dat wij van mening blijven dat de brief volgens ons concept van gisteren de beste optie is om nu te verzenden, ook al weten wij dat de zaken daarin sterk vereenvoudigd worden weergegeven. 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 regelovertredingen – kan daarna de relatie juridisch worden gedocumenteerd en waar nodig gecorrigeerd.

Intussen moet het werk doorgaan want wij moeten ook rekening houden met de mogelijkheid dat ondanks de inspanningen tot nu toe, de geschillen blijven bestaan of dat er nieuwe claims van [klager] bijkomen. Dat risico is vergroot door op 22 augustus jl. aan hem te schrijven dat de margincall 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.

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

Hier volgt weer een aantal technische vragen:

(...)

8. Wat betekent de limiet van 10 miljoen euro precies die u met [klager] heeft afgesproken? De totale waarde van de aangekochte effecten, eventueel minus de verkochte effecten? Of de maximale debetstand? Of misschien het maximale tekort tussen debet-

stand minus trekkingswaarde van de posities + cash? Genoot [klager] naar uw mening daadwerkelijk krediet? Was de limiet wel afgesproken (heeft [klager] ooit de e-mails bevestigd waarin de limiet stond)?

(...)

4.1.8. Op 4 september 2008 heeft verweerder namens de Bank aan de voormalige advocaat van klager een brief van vijf bladzijden gestuurd, met daarin de volgende passages:

[De Bank] heeft mij verzocht de behandeling van deze zaak over te nemen.

(...)

Ik analyseer nu eerst of er thans nog meningsverschillen zijn tussen partijen, en zo ja, welke.

(...)

6. [Klager] had de bank krediet verzocht, en de bank heeft hem dat toegestaan, om met settlement te mogen wachten tot het eind van elke warehouseperiode, zowel voor de aandelen (aan- en verkoopprijzen), als voor de winsten en verliezen op de futures. Gezien het zeer grote aantal transacties van [klager], was dat een redelijk verzoek en de bank heeft hem de kredietfaciliteit na grondige beschouwing toegestaan. (...)

Behoudens uw tegenbericht vertrouwt de bank erop dat er nu geen dringende disputen meer tussen partijen zijn, en zal zij zoals hierboven aangekondigd de partijafspraken uitgebreider schriftelijk vastleggen. (...)

4.1.9. De accountmanager en het rechtstreeks aanspreekpunt voor klager bij de Bank was de heer Q (niet zijnde een van de geadresseerden van voornoemde e-mails). Q heeft op 5 september 2008 met directe ingang ontslag genomen bij de Bank. Hij heeft vervolgens, in strijd met zijn geheimhoudingsplicht jegens de Bank, aan (de advocaat van) klager diens persoonlijk bankdossier, waarin voornoemde e-mails, ter hand gesteld.

4.1.10. In de antwoordmemorie citeert verweerder uit opgenomen gesprekken tussen klager en Q van 21 augustus 2008 waarin klager onder meer vraagt: 'Hey ... I need to know my credit limit based on the span, facility.'

en later: 'Is it about 12-15M?'

en weer later: 'according to my calculations its about 12M ...',

en uit een interne mail van Q van 27 augustus 2008:

'Al met al is de formele basis voor de margin-call dus op zijn zachtst gezegd fragiel geweest en de materiële basis afwezig. Wat dan overblijft is de omvang van de kredietfaciliteit (EUR 10m).'

5. De beoordeling

5.1. De raad heeft de klacht ongegrond verklaard. Daartoe heeft de raad, in de rov. 4.2, het beroep van verweerder op de onrechtmatigheid van het verkregen bewijs (het meenemen van het dossier door Q gevolgd door de afgifte aan klager) en het daaraan verbonden gevolg dat in een tuchtrechtelijke procedure als de onderhavige van dat bewijs geen gebruik kan worden gemaakt, verworpen. Vervolgens heeft de raad, in rov. 4.3, het standpunt van verweerder dat klager niet-ontvankelijk is in zijn klacht omdat hij geen belanghebbende, in de zin van artikel 46 van de Advocatenwet, zou zijn bij de correspondentie en de adviezen tussen de advocaat van de wederpartij en diens cliënte, verworpen. Vervolgens heeft de raad, in rov. 4.4, als maatstaf voorop gesteld dat de advocaat van de wederpartij een grote mate van vrijheid toekomt de belangen van zijn cliënt te behandelen op een wijze die hem goeddunkt, zij het dat die vrijheid kan worden ingeperkt 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.

Na, in rov. 4.6, te hebben vastgesteld dat de klacht is gebaseerd op de hiervoor onder 4 geciteerde e-mails en brief, heeft de raad de klacht ongegrond verklaard daartoe in rov. 4.7 onder meer overwegende:

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 (...). Derhalve kan niet worden geconcludeerd dat verweerder met zijn adviezen beoogde klager te misleiden door verdraaiing van de feiten.

5.2. Het hoger beroep van klager keert zich tegen laatstgenoemde rechtsoverweging. De conclusie van het appelschrift, die als de grief valt aan te merken, stelt:

(...) verweerder 'wist of redelijkerwijs kon weten dat er tussen [klager] en [de Bank] geen sprake was van een kredietrelatie, en dat [verweerder] aldus middels zijn adviezen (...) [klager] probeerde te misleiden door verdraaiing van feiten. (...) Dit betekent dat het handelen van [verweerder], anders dan de Raad oordeelde, de grenzen van de door de Raad in paragraaf 4.4 van haar beslissing weergegeven maatstaf, wel degelijk heeft overtreden en dat hij zijn vrijheid als advocaat heeft overtreden.

5.3. Bij de beoordeling van de grief zal het hof voorshands veronderstellenderwijze uitgegaan van de juistheid van de oordelen van de raad met betrekking tot de toelaatbaarheid van de e-mails als bewijs en de afwijzing van het beroep van verweerder op de onrechtmatigheid van de wijze van verkrijging door klager, en met betrekking tot het belang van klager om zich te beklagen over de inhoud van de - in beginsel vertrouwelijke - correspondentie tussen de verweerder en zijn cliënte.

5.3.1. Bij de beantwoording van de vraag of de inhoud van de e-mails van verweerder aan zijn cliënte al dan niet moet worden aangemerkt als een onbetamelijk handelen van verweerder jegens klager, kan er evenwel niet aan voorbij worden gegaan dat het gaat om vertrouwelijke en niet voor klager bestemde correspondentie tussen verweerder en zijn cliënte. Het hof neemt bij zijn beoordeling de volgende twee aspecten dienaangaande in aanmerking.

5.3.2. De stelling van klager dat verweerder hem probeerde te misleiden ontleent hij aan de inhoud van de drie geciteerde e-mails. Ten aanzien van de verdere context waarbinnen deze schriftelijke stukken zijn opgesteld en verzonden heeft verweerder vrijwel geen mededelingen gedaan. In het bijzonder heeft verweerder niets verklaard over de mondelinge (telefonisch of in een persoonlijk overleg) en schriftelijke informatie die hem door de Bank voorafgaande aan de e-mails is meegedeeld resp. verstrekt omtrent het al dan niet bestaan van een kredietrelatie tussen de Bank en klager en heeft hij het hof summier beperkte informatie verschaft over de feiten die bij de Bank bekend waren (onder andere die in rov. 4.1.9). Hij beroept zich dienaangaande op het beroepsgeheim dat aan nadere informatieverschaffing in de weg staat. Dit beroep dient te worden gehonoreerd. Verweerder is aldus in het voeren van verweer beperkt. Dit brengt mee dat terughoudendheid moet worden betracht bij de beoordeling van de wetenschap bij en de handelwijze van verweerder en de kwalificatie als onbetamelijk jegens klager van de betreffende e-mails.

5.3.3. Het tweede aspect betreft de vrijheid die verweerder heeft in de correspondentie met zijn cliënte. De door de raad aangehaalde maatstaf heeft betrekking op de vrijheid van handelen van een advocaat jegens derden. In het algemeen zal voor de vrijheid die een advocaat in de verhouding tot zijn cliënt moet worden gelaten, niet zonder meer dezelfde toets kunnen worden aangelegd. Dit geldt in de bijzonder omstandigheden van de onderhavige zaak namelijk die waarin verweerder kennelijk eerst kort voor de betreffende e-mails was aangezocht de belangen van de Bank jegens klager te behartigen. Zeker in zo'n eerste, aftastende fase dient een advocaat ruimte te worden gelaten

zich een scherp beeld te vormen van de situatie die hem wordt voorgelegd. In die fase kunnen aan de cliënt vragen worden gesteld en voorstellen worden gedaan, die er mogelijk toe strekken af te tasten waar voor de cliënt de grens van het juridisch haalbare ligt. De advocaat hoeft er daarbij niet op bedacht te zijn dat de vertrouwelijke correspondentie met zijn cliënt in handen komt van de wederpartij. Toegespitst op deze zaak leidt dit tot het oordeel dat - zelfs al zou verweerder hebben geweten dat er geen schriftelijk vastgelegde kredietfaciliteit bestond - het hem vrijstond te onderzoeken of de feitelijke situatie aanleiding kan geven om zo'n faciliteit aan te nemen. Het hof voegt daaraan toe dat in het bijzonder uit de fax van 1 september 2008 niet kan worden afgeleid dat verweerder beoogd heeft misleiding van klager door de Bank te adviseren. Hij oppert immers slechts een aantal zaken 'op de juiste manier' met klager schriftelijk vast te leggen.

5.4. Het hof is van oordeel dat uit de teksten van de hiervoor geciteerde e-mails en brief aan de voormalige advocaat van klager niet kan worden afgeleid dat verweerder heeft getracht klager te misleiden door het (doen) verdraaien van feiten, onjuist heeft gehandeld door de Bank te adviseren klager te laten meewerken aan de schriftelijke vastlegging (in een voor de Bank gunstige zin) of is getreden buiten de vrijheid die hem in zijn relatie tot de cliënt toekomt. Het beroep kan mitsdien niet tot een andere beslissing leiden, zodat het hof ook niet hoeft in te gaan op het beroep op onrechtmatig verkregen bewijs en het ontbreken van belang.

6. De beslissing

Het hof:

bekrachtigt de beslissing waarvan beroep.

Aldus gewezen door mr. W.H.B. den Hartog Jager, voorzitter, mrs. A. Beker, P.M.A. de Groot-van Dijken, A.J.M.E. Arpeau en J.H. Homveld, leden, in tegenwoordigheid van mr. I.F. Schouwink, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 12 november 2010.