

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 5884

**van 18 november 2011
in de zaak 5884**

naar aanleiding van het hoger beroep van:
klaagsters

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 19 juli 2010, onder nummer 10-002A, aan partijen toegezonden op 19 juli 2010, waarbij van een klacht van klaagsters tegen verweerder de onderdelen a en c gegrond zijn verklaard, onderdeel b ongegrond, en de maatregel van enkele waarschuwing is opgelegd.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij klaagsters van deze beslissing in hoger beroep zijn gekomen, is op 18 augustus 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;
- de brief van de gemachtigde van klaagster sub 1 aan het hof van 22 maart 2011;
- de brief van de gemachtigde van klaagster sub 3 aan het hof van 31 maart 2011;
- twee brieven van de gemachtigde van klaagster sub 2 aan het hof, beide gedateerd 12 april 2011;
- de brief van een kantoorgenoot van verweerder aan het hof van 12 april 2011;
- de brief van verweerder aan het hof van 14 april 2011.

2.3 De op 15 april 2011 geappointeerde mondelinge behandeling heeft wegens ziekmelding van verweerder geen doorgang gevonden. Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 16 september 2011, waar zijn verschenen: mr. M., hoofd juridische zaken van klaagster sub 1, gemachtigde van klaagster sub 1, gemachtigde van klaagster sub 2, alsmede verweerder. Gemachtigde van klaagster sub 2 heeft namens alle klaagsters gepleit aan de hand van een pleitnota. Ook verweerder heeft zich van een pleitnota bediend.

3 KLACHT

3.1 Voor zover in hoger beroep nog van belang houdt de klacht, zakelijk weergegeven, in dat verweerder:

a. bij de door hem opgestelde dagvaarding zonder voorafgaande toestemming confraternele correspondentie en correspondentie tussen klaagster sub 1 en haar advocaten heeft overgelegd, (...) waarbij verweerder gebruik heeft gemaakt van een onrechtmatig verkregen vertrouwelijk bankdossier.

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

4 FEITEN

Het volgende is komen vast te staan:

4.1 Klaagsters zijn met elkaar verbonden bankinstellingen. X. is jarenlang in privé klant geweest bij klaagster sub 1, alwaar hij een zogenaamde “warehousing account” aanhield. Dit komt erop neer dat X. op diverse manieren kon beleggen en dat periodiek achteraf werd afgerekend.

4.2 Tussen X. en klaagsters is in de loop van 2008 een geschil ontstaan over een (beweerd) dekkingstekort (margintekort). Onderdeel van het geschil vormde onder meer de vraag of tussen X. en klaagster sub 1 een kredietovereenkomst was gesloten en zo ja in hoeverre deze op de juiste wijze was vastgelegd. X. heeft zich tot verweerder gewend. Verweerder heeft klaagsters namens X. aansprakelijk gesteld voor de volgens X. door hem geleden schade, als gevolg van de schending van verschillende wettelijke bepalingen door klaagsters.

4.3 Klaagster sub 1 werd en wordt door verschillende advocaten geadviseerd over bepaalde aspecten van het geschil met X.. De accountmanager en het rechtstreeks aanspreekpunt van X. bij klaagster sub 1 was Q.. Q. heeft kort na het ontstaan van het geschil met X. ontslag genomen, en vervolgens aan X. en/of aan verweerder zijn volledige persoonlijke bankdossier ter hand gesteld. Daarin bevond zich ook de correspondentie tussen klaagster sub 1 en haar advocaten, waaronder een e-mail van 1 september 2008 van mr. Y. aan klaagster sub 1 waaruit het hof citeert:

‘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 X. 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 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. (...) Zoals wij donderdag jl. hebben geadviseerd, kunnen deze risico’s worden afgewend als wij erin slagen een aantal zaken op de juiste manier met X. schriftelijk vast te leggen. Als u verwacht dat de term kwijting/release of claim voor X. 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.’

4.4 Tijdens een getuigenverhoor bij de rechtbank heeft Q. zijn motieven voor de overhandiging van zijn persoonlijke bankdossier aan X. en/of verweerder als volgt onder woorden gebracht:

'Ik heb die stukken gekopieerd omdat mij uit de interne gang van zaken bleek dat getracht werd X. een pootje te lichten met medeweten/betrokkenheid van het hoogste niveau van T. Ik zag het als mijn taak om X. daarover te informeren op grond van mijn gedragscode en de wet. Ik heb over de door mij gepercipieerde misstand conform de klokkenluidersregeling binnen T melding gedaan bij onder meer de compliance officer en de C, maar die waren in mijn visie nu juist betrokken bij deze misstand. Ik ben nooit erkend als klokkenluider. Ik heb daarom wel verzocht, maar pas nadat ik ontslag had genomen. T gaf toen aan dat ik geen aanspraak kon maken op de klokkenluidersregeling, aangezien ik niet meer in dienst was.'

4.5 Verweerder heeft aan klaagsters te kennen gegeven dat hij in een civiele procedure van X. tegen klaagsters gebruik wilde maken van het bankdossier, waaronder de correspondentie tussen klaagster sub 1 en haar advocaten. Klaagsters hebben daartegen bezwaar gemaakt. Verweerder heeft hierover vervolgens advies bij de deken ingewonnen. De deken heeft verweerder – onder verwijzing naar een uitspraak van het hof van 25 april 2005 (nr. 4089) – afgeraden de genoemde correspondentie in het geding te brengen. Verweerder heeft deze correspondentie toch bij de dagvaarding gevoegd. Bij die dagvaarding heeft verweerder tevens confraternele correspondentie gevoegd tussen hemzelf en een van de advocaten van klaagster sub 1.

4.6 In de aldus door X. tegen klaagsters aanhangig gemaakte rechtbankprocedure hebben klaagsters incidenteel gevorderd – zakelijk weergegeven – dat de door X. bij dagvaarding overgelegde correspondentie tussen klaagster sub 1 en haar advocaten buiten die procedure zou worden gesteld wegens onrechtmatige verkrijging ervan. Die vordering is afgewezen op de grond dat X. die documenten rechtmatig had verkregen en dat ook overigens niets zich verzette tegen gebruik ervan in de procedure. Tegen dat incidentele vonnis is hoger beroep ingesteld, waarop nog niet is beslist.

4.7 De rechter die dit incidenteel vonnis heeft gewezen, heeft later het getuigenverhoor geleid waarvan reeds sprake was in 4.4 hierboven. Bij die gelegenheid heeft de huidige advocaat van X. een aantal malen aan een getuige passages willen voorhouden uit de correspondentie tussen klaagster sub 1 en haar advocaten. Telkens heeft de advocaat van klaagster sub 1 daartegen bezwaar gemaakt, wegens onrechtmatige verkrijging. De rechter heeft dat bezwaar telkens afgewezen.

5 BEOORDELING

5.1 Klachtonderdeel a valt uiteen in twee subonderdelen, te weten (i) het verwijt dat verweerder confraternele correspondentie heeft overgelegd, en (ii) het verwijt dat verweerder correspondentie heeft overgelegd die gevoerd is tussen klaagster sub 1 en haar advocaten. Uit de rechtsoverwegingen van de bestreden beslissing blijkt ondubbelzinnig dat de raad subonderdeel (i) gegrond acht en subonderdeel (ii) ongegrond. Met ter zitting gebleken instemming van partijen zal het hof het dictum van de bestreden beslissing – waarin onderdeel a zonder beperking of toevoeging gegrond verklaard is – dan ook verbeterd lezen, aldus dat de raad subonderdeel (ii) ongegrond verklaard heeft, zodat klaagsters ontvankelijk zijn in hun daartegen gericht hoger beroep.

5.2 Het hof stelt voorop dat correspondentie tussen een advocaat en zijn cliënt bij uitstek van vertrouwelijke aard is, en dat die vertrouwelijkheid mede gerespecteerd moet worden door een advocaat die de beschikking krijgt over correspondentie tussen een andere advocaat en diens cliënt. In zoverre handhaaft het hof het uitgangspunt van zijn beslissing van 25 april 2005, nr. 4089, die in de onderhavige zaak door de deken aan verweerder is voorgehouden en waarnaar ook door de raad is verwezen.

5.3 Op een advocaat rust echter tevens de verplichting om in een procedure alle rechtens toelaatbare bewijsmiddelen te gebruiken die het belang van zijn cliënt kunnen dienen.

5.4 Naar het oordeel van het hof heeft verweerder op de relevante peildatum, te weten die van het uitbrengen van de dagvaarding, op grond van de toenmalige stand van het recht in redelijkheid mogen uitgaan van – minst genomen – een geenszins te verwaarlozen kans dat de rechter de daarbij overgelegde correspondentie tussen klaagster sub 1 en haar advocaten zou aanmerken als een rechtens toelaatbaar bewijsmiddel. Dit volgt reeds hieruit dat inmiddels door in elk geval één rechter is geoordeeld dat van onrechtmatig verkregen bewijs geen sprake is.

In dit opzicht verschilt de onderhavige zaak van zaak nr. 4089 (hierboven in 5.2 genoemd), waarin vaststond dat de beklaagde advocaat een brief had overgelegd die – naar hem bekend was – door zijn cliënt was onttrokken uit het dossier van de wederpartij; hetgeen in die beslissing door het hof is aangemerkt als onrechtmatig verkregen en onrechtmatig gebruikt bewijs.

5.5 Naar het oordeel van het hof heeft verweerder op diezelfde peildatum in redelijkheid eveneens mogen oordelen dat overlegging van die correspondentie de proceskansen van X. verhoogde. Het tegenovergestelde standpunt van klaagsters is onverenigbaar met de taaiheid waarmee zij zich in de rechtbankprocedure tegen die overlegging verzetten. Ging het klaagsters alleen om handhaving van het advocatentuchtrecht, dan hadden zij kunnen volstaan met de onderhavige klachtprocedure.

5.6 Uit hetgeen enerzijds in 5.2, anderzijds in 5.3-5.5 is overwogen, volgt dat verweerder op de peildatum voor een conflict van plichten stond. Vervolgens heeft hij voldaan aan de zorgvuldigheidseisen die het hof in zaak nr. 4089 voor een dergelijk geval heeft geformuleerd: hij heeft zijn voornemen tot overlegging kenbaar gemaakt aan klaagsters (die bezwaar maakten) en aan de deken (die negatief adviseerde). Dat verweerder zich door het een noch door het ander heeft laten weerhouden is op zichzelf niet tuchtrechtelijk laakbaar. Verweerder behield eigen verantwoordelijkheid, en hetzelfde geldt voor het hof.

5.7 Die verantwoordelijkheid nemend kent het hof doorslaggevende betekenis toe aan de omstandigheden (i) dat sprake is van – minst genomen – een geenszins te verwaarlozen kans dat de rechter de overgelegde correspondentie zou aanmerken als een rechtens toelaatbaar bewijsmiddel, en (ii) dat die overlegging geschiedde in een procedure waarin rechtsbijstand door een advocaat door de wet verplicht gesteld is. Bij de gegeven samenloop van deze beide omstandigheden zou gegrondbevinding van subonderdeel a-(ii) impliceren dat het advocatentuchtrecht absoluut (dat wil zeggen: ongeacht welke advocaat rechtsbijstand verleent) eraan in de weg staat dat de cliënt een recht verwezenlijkt dat hem – naar redelijke verwachting – volgens de rechter toekomt. Die consequentie is onaanvaardbaar, zodat het subonderdeel ongegrond is.

5.8 Het verbod van overlegging van confraternele correspondentie beschouwt het hof niet als een weerlegging van het zojuist in 5.7 overwogene, maar als een uitzondering daarop. Het doel van dat verbod is volgens de toelichting op de gedragsregels 12 en 13 “onderling overleg tussen advocaten, onderhandelingen en het zoeken naar oplossingen buiten proces te vergemakkelijken”. Het verbod wordt dus geacht de belangen van de wederzijdse cliënten te dienen, derhalve óók het belang van de cliënt die later, als toch een procedure volgt, belang verkrijgt bij overlegging van eerder gevoerde confraternele correspondentie. Niet onaanvaardbaar is dat die cliënt als gevolg van het advocatentuchtrecht enig nadeel ondervindt van een regel die – primair – mede in zijn belang is gegeven. In zoverre is er een verschil met het onderhavige geval: de borging van de vertrouwelijkheid van correspondentie tussen een advocaat en zijn eigen cliënt

dient uitsluitend het belang van die cliënt, niet tevens het belang van de wederpartij van die cliënt.

5.9 De grieven die klagsters tegen de beslissing van de raad hebben aangevoerd vinden hun weerlegging in het voorgaande, en behoeven daarom geen afzonderlijke bespreking.

BESLISSING

Het Hof van Discipline:

bekrachtigt de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam van 19 juli 2010, nr. 10-002A, voor zover aan het oordeel van het hof onderworpen.

Aldus gewezen door mr. C.J.J. van Maanen, voorzitter, mrs. W.M. Poelmann, J.H.J.M. Mertens-Steeghs, A.G. Scheele-Mülder en A.A.H. Zegers, leden, in tegenwoordigheid van mr. L.G.J. Hendrix, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 18 november 2011.