

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: H 64 - 2012

Beslissing van 26 november 2012 in de zaak H 64-2012

naar aanleiding van de klacht van:

A

klaagster

tegen:

B

verweester

1 Verloop van de procedure

1.1 Bij brief aan de raad van 17 februari 2012 met kenmerk 20120106K, door de raad ontvangen op 20 februari 2012, heeft de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement 's-Hertogenbosch de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.2 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 1 oktober 2012 in aanwezigheid van C. namens klaagster, en verweester. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.3 De raad heeft kennis genomen van:

- de brief van de deken van 17 februari 2012, met bijlagen.

2 FEITEN

Voor de beoordeling van de klacht wordt, gelet op de stukken en hetgeen ter zitting is verklaard, van de volgende vaststaande feiten uitgegaan:

2.1 Verweerster heeft klaagster bij brief van 2 november 2010 geadviseerd over de mogelijkheden om Voor- en Vroegschoolse Educatie (verder: "VVE")-gelden zonder aanbesteding bij één partner neer te zetten, alsmede over de vraag in hoeverre een subsidie uit de VVE-gelden aan peutercentra kan worden aangemerkt als staatssteun. Met betrekking tot de kwestie van de staatsteun schreef verweerster onder meer het volgende: *"Wanneer peuterspeelzalen en kinderopvangcentra als ondernemingen worden aangemerkt dan kan er in beginsel sprake zijn van staatssteun, indien er een subsidie wordt toegekend. Dit hoeft echter niet het geval te zijn wanneer een aantal doelstellingen, doelstellingen zijn die het algemeen belang dienen. De doelstellingen neergelegd in de Wet OKE zouden mogelijkterwils als zodanig kunnen worden aangemerkt. In dat geval kunnen de peuterspeelzalen en de kinderopvangcentra wel subsidie ontvangen mits die subsidie voldoet aan een aantal voorwaarden. (.....). Wanneer aan de volgende voorwaarden wordt voldaan is de subsidie geen staatssteun: (.....)"*

2.2 Bij brief van 15 november 2011 heeft verweerster zich namens X (verder: X of Y) tot de gemeente gewend en namens X onder meer het volgende geschreven:

"(.....) Tevens heeft Y gewaarschuwd dat de subsidiëring van A in een omgevormde setting kan worden aangemerkt als ongeoorloofde staatssteun."
Bij brief van 13 juni 2011 heeft de gemeente geantwoord dat zij van mening is dat er geen sprake is van concurrentievervalsing of aan A verstrekte staatssteun. Voorts heeft de gemeente bij brief van 16 juni 2011 de bij het peuterwerk betrokken instellingen geïnformeerd over de omzetting van D van A naar peutercentra onder de Wet Kinderopvang.
Uit deze informatie maakt Y op dat de gemeente voornemens is na afloop van de subsidiebeschikking en -overeenkomst die nu van kracht zijn, A opnieuw als enige in aanmerking te laten komen voor de subsidie in het peuterspeelzaalwerk. (...) Y heeft al laten weten dat zij zich in de toekomst met een subsidiëring van uitsluitend A voor deze activiteiten niet kan verenigen, nu dit de concurrentie op de markt voor kinderopvang kan vervalsen. (.....) "

2.3 Tijdens een bespreking op 7 december 2011 is door de wethouder van de gemeente aan klaagster medegedeeld dat de gemeente van de advocaat van X een brief had ontvangen waarin de stelling werd ingenomen dat de aan klaagster verstrekte subsidie staatssteun betrof.

2.4 Verweerster heeft bij brief van 13 december 2011 de brief van 15 november 2011 namens X ingetrokken.

3 klacht

3.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerster tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat:

verweerster heeft gehandeld in strijd met de gedragsregel die bepaalt dat advocaten geen tegenstrijdige belangen mogen behartigen.

Klaagster heeft haar klacht als volgt toegelicht:

3.2 Verweerster heeft als advocaat van X aan de gemeente geschreven dat de subsidie aan klagster voor het VVE/Peuterspeelzaalwerk als staatssteun moest worden gezien, terwijl verweerster klagster eerder over dezelfde kwestie had geadviseerd en gerustgesteld, in tegenovergestelde zin.

3.3 Klaagster had verweerster informatie verschaft over haar eigen Peuterspeelzaalwerk en de VVE-gelden en de financiering vanuit de gemeente. Klaagster heeft verweerster belangrijke eigen, geheime bedrijfsinformatie verstrekt en de grote belangen bij het blijven ontvangen van de subsidie voor Voor- en Vroegschoolse Educatie en Peuterspeelzaalwerk kenbaar gemaakt.

4 VERWEER

4.1 Verweerster heeft klagster tijdens haar dienstverband bij haar voormalige kantoor een advies gegeven over de eventuele aanbestedingsplicht en ten aanzien van de - ondergeschikte - vraag of er sprake zou kunnen zijn van staatssteun indien er naast de ouderbijdragen ook sprake was van subsidie door de gemeente.

4.2 Het advies aan klagster was een algemeen advies, op basis van wetgeving en jurisprudentie, waarbij verweerster de mogelijkheden heeft onderzocht voor de gemeente om van aanbesteding af te zien. Daarnaast heeft verweerster aangegeven hoe de gemeente zou moeten handelen om ervoor te zorgen dat een overheidsbijdrage aan peuterspeelzaalwerk naast de ouderbijdragen niet als staatssteun zou hoeven te worden aangemerkt. Het ging slechts in beperkte mate over de eisen of voorwaarden waaraan klagster zou moeten voldoen. Verweerster heeft niet een voor klagster te voeren strategie of te voeren beleid uitgezet. Het advies had evenmin betrekking op concreet toenmalig of toekomstig beleid van de gemeente.

4.3 Na het gegeven advies heeft verweerster geen contact meer gehad met klagster. Dat klagster zich door het advies gerustgesteld heeft gevoeld komt voor rekening van klagster. Verweerster heeft in haar advies immers niet gesteld dat onder alle omstandigheden van aanbesteding kon worden afgezien, noch dat een overheidsbijdrage per definitie niet zou moeten worden aangemerkt als staatssteun. Dit was afhankelijk van de handelwijze van de gemeente. Verweerster heeft op geen enkele wijze het belang van klagster ten opzichte van de gemeente of enige andere partij behartigd.

4.4 X verzocht verweerster eind april/begin mei 2011 om te bezien of de subsidiëring die de gemeente voornemens was per 1 januari 2012 te verstrekken op de markt van kinderopvang als staatssteun was aan te merken. Gedurende het gesprek met X bleek dat er sprake kon zijn van een belangenconflict omdat klagster de bevoordeelde partij kon worden. Verweerster heeft zich daarom toen beperkt tot het weergeven van de

stand van het recht met betrekking tot staatssteun en gemeld dat zij, nu zij in dienst was van advocatenkantoor H, niet voor X tegen de gemeente kon optreden.

4.5 Verweerster heeft per 1 september 2011 advocatenkantoor H verlaten en is als zelfstandig advocaat verder gegaan. Het dossier van klaagster is toen bij advocatenkantoor H achtergebleven. Het voormalig kantoor van verweerster verzocht haar in oktober 2011 contact op te nemen met X voor een eventueel verder advies, aangezien haar voormalig kantoor dit niet kon geven vanwege het feit dat klaagster én X cliënten van dit kantoor waren.

4.6 De werkzaamheden van verweerster voor X hebben zich beperkt tot het schrijven van de brief van 15 november 2011, waarin om toezending van informatie betreffende de nieuw te nemen beschikking werd verzocht. Het is niet juist dat verweerster de gemeente in die brief heeft 'beschuldigd' van het verlenen van staatssteun. Daarvan was op dat moment nog geen sprake en het informatieverzoek was juist bedoeld om te onderzoeken óf hiervan sprake was. De brief is op 13 december 2011 ingetrokken. Hiermee is de bemoeienis van verweerster met de zaak geëindigd.

4.7 Gelet op de objectieve inhoud van het advies aan klaagster, de afwezigheid van verdere belangenbehartiging van klaagster en het feit dat haar optreden voor X de gemeente en de subsidieverlening na 1 januari 2012 betrof, is er geen sprake van belangenverstremming in de zin van gedragsregel 7 lid 1. Klaagster heeft nimmer vertrouwelijke bedrijfsinformatie aan verweerster verschaft.

5 **BEOORDELING**

5.1 Het staat een advocaat in het algemeen niet vrij op te treden tegen een voormalige cliënt. Een advocaat dient te vermijden dat hij in een belangenconflict zou kunnen raken ten koste van zijn voormalige cliënt, terwijl deze ervan moet kunnen uitgaan dat vertrouwelijke informatie over hemzelf en de door die advocaat voor hem behandelde zaak niet tegen hem zal worden gebruikt. Dit laatste vloeit reeds voort uit de op een advocaat rustende verplichting tot geheimhouding. Of een advocaat in een bepaald geval tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld door op te treden tegen een voormalige cliënt van hem of van een kantoorgenoot, moet worden beoordeeld aan de hand van de concrete omstandigheden van dat geval. De raad zal de klacht met inachtneming van dit uitgangspunt beoordelen.

5.2 Verweerster heeft klaagster in november 2010 desgevraagd geadviseerd over de verplichting tot aanbesteding van de gemeente alsmede over de vraag of een overheidsbijdrage als staatssteun diende te worden aangemerkt. De raad volgt verweerster niet in haar verweer dat het advies enkel een algemeen advies, op basis van wetgeving en jurisprudentie, betrof en dat verweerster daarbij de belangen van klaagster in het geheel niet heeft behartigd. Klaagster had zich tot verweerster gewend met het verzoek haar te adviseren over de (voor klaagster wenselijke) mogelijkheden dat een eventueel door de gemeente te verstrekken overheidsbijdrage niet zou worden aangemerkt als staatssteun. Verweerster heeft deze mogelijkheden in algemene zin, maar wel toegespitst op de situatie van klaagster, in voor klaagster gunstige zin weergegeven.

Klaagster heeft het advies vervolgens aan de gemeente gezonden. Aldus heeft verweerster in opdracht en in het belang van klaagster gehandeld.

5.3 Een jaar later heeft verweerster in dezelfde kwestie de belangen van X behartigd, die blijkens de inhoud van de brief van verweerster van 15 november 2011 tegengesteld waren aan de belangen van klaagster. Verweerster heeft zich de mogelijkheid van een eventuele belangenverstremgeling afgevraagd. Verweerster stelt hierover dat haar tijdens het eerste gesprek met X - verweerster was toen nog werkzaam in dienstverband bij haar voormalig kantoor - is gebleken dat er van een belangenconflict sprake kon zijn. Verweerster stelt, zich daarom te hebben beperkt tot het weergeven van de stand van het recht met betrekking tot staatssteun en te hebben gemeld dat zij, nu zij in dienst was van advocatenkantoor H, niet voor X tegen de gemeente zou kunnen optreden. Verweerster stelt tevens te hebben gemeld dat zij klaagster in die kwestie voorheen had geadviseerd.

5.4 De raad oordeelt dat verweerster op het moment dat zij zich realiseerde dat er sprake kon zijn van verstremgeling van de belangen van X en klaagster in haar persoon, op grond van regel 7 van de voor haar geldende gedragsregels X had behoren te berichten dat het haar niet vrij stond in deze kwestie als advocaat voor X op te treden. Het feit dat verweerster per 1 september 2011 haar voormalig kantoor heeft verlaten en zich als zelfstandig advocaat had gevestigd onder achterlating van het dossier van klaagster bij haar oude kantoor, doet hieraan niet af. Verweerster had klaagster immers in haar hoedanigheid van advocaat geadviseerd. Klaagster mocht erop vertrouwen dat verweerster in deze kwestie later niet de belangen van een andere cliënt zou gaan behartigen, waardoor de belangen van klaagster zouden (kunnen) worden geschaad. Dat de brief van verweerster was gericht aan de gemeente en niet aan klaagster, maakt dit niet anders. Verweerster schreef immers in haar brief aan de gemeente van 15 november 2011 dat haar cliënte zich niet kon verenigen met een subsidiëring in de toekomst van uitsluitend klaagster voor deze activiteiten, nu dit de concurrentie op de markt voor kinderopvang kon vervalsen. De brief van verweerster aan de gemeente d.d. 15 november 2011, waarin verweerster de naam van klaagster bij herhaling heeft vermeld, heeft negatieve gevolgen gehad voor klaagster. Verweerster heeft aldus gehandeld in strijd met de haar, omdat het haar voormalige cliënt was, bekende belangen van klaagster, wat haar tuchtrechtelijk valt aan te rekenen. De raad volgt verweerster evenmin in haar verweer dat het resultaat voor klaagster hetzelfde zou zijn geweest, indien een andere advocaat de belangen van X zou hebben behartigd. Dit doet, indien al juist, immers niets af aan het feit dat het verweerster als *voormalig* advocaat van klaagster niet vrij stond te handelen in strijd met de belangen van klaagster.

6 MAATREGEL

6.1 Uit de aan de raad overgelegde stukken en uit hetgeen ter zitting naar voren is gebracht, is gebleken dat verweerster zich ervan bewust was dat zij klaagster voorheen in dezelfde kwestie had bijgestaan, maar desondanks tot de conclusie is gekomen dat het haar vrij stond de belangen van X, die tegenstrijdig waren aan de belangen van klaagster, te behartigen. Verweerster heeft aldus niet gehandeld zoals van een behoorlijk advocaat verwacht mag worden en het vertrouwen in de advocatuur geschaad. De raad is daarom van oordeel dat niet kan worden volstaan met en lichtere dan de hierna op te leggen maatregel.

7 BESLISSING

De raad van discipline:

verklaart de klacht gegrond en legt ter zake aan verweerster op de maatregel van be-
risping.

Aldus gegeven door mr. E.P. van Unen, voorzitter, en mrs. E.P.C.M. Teeuwen, A.L.W.G.
Houtakkers, P.A.M. van Hoef en J.D.E. van den Heuvel, leden, bijgestaan door mr.
I.J.M. Huysmans-van Opstal als griffier, en uitgesproken ter openbare zitting van 26
november 2012.

griffier

voorzitter

Deze beslissing is in afschrift op 27 november 2012

per aangetekende brief verzonden aan:

- klager
- verweerder
- de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Maastricht
- de deken van de Nederlandse Orde van Advocaten.

Van deze beslissing kan hoger beroep bij het Hof van Discipline worden ingesteld door:

- verweerder
- de deken van de Nederlandse Orde van Advocaten

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

De eerste dag van de termijn van 30 dagen is de dag volgend op de dag van de verzen-
ding 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.

Het beroepschrift 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.

Teneinde er zeker van te zijn dat voor de ontvangst getekend kan worden of dat pakketten die niet in een reguliere brievenbus besteld kunnen worden, afgegeven kunnen worden dient u telefonisch contact op te nemen met de griffie van het hof.

c. Per fax

Het faxnummer van het Hof van Discipline is 076 - 548 4608. Tegelijkertijd met de indiening per fax dient het beroepschrift tezamen met de beslissing waarvan beroep in het vereiste aantal per post te worden toegezonden aan de griffie van het hof.

Nadere informatie over hoger beroep en over (de griffie van) het hof

076 - 548 4607 of griffie@griffiehvd.nl

Praktische informatie vindt u op www.hofvandiscipline.nl