

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 17-777/A/A/D

Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam
van 18 december 2017

in de zaak 17-777/A/A/D

naar aanleiding van het bezwaar van:

de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Amsterdam

de heer mr. P.N. van Regteren Altena

tegen:

verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief aan de raad van 21 september 2017 met kenmerk 40-16-0011, door de raad ontvangen op 22 september 2017, heeft de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Amsterdam (hierna: de deken) zijn bezwaar ter kennis van de raad gebracht.

1.2 Het bezwaar is behandeld ter zitting van de raad van 6 november 2017 in aanwezigheid van de deken, vergezeld van de heer mr. E (onderzoeker), mevrouw mr. O (stafmedewerkster van de deken) en mevrouw mr. R (directeur van het bureau van de Amsterdamse orde), en verweerder, vergezeld van zijn gemachtigde. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt. Op verzoek van de gemachtigde van verweerder en met instemming van de deken heeft de behandeling ter zitting deels achter gesloten deuren plaatsgevonden.

1.3 De raad heeft van de deken twee versies van zijn bezwaardossier ontvangen; een (deels) geanonimiseerde versie en een doos met daarin (naar vermeld in het begeleidend schrijven) een volledig niet-geanonimiseerde versie.

1.4 De raad heeft kennis genomen van de onder 1.1 bedoelde brief van de deken aan de raad en van de stukken 1 tot en met 20 van de bij die brief gevoegde inventarislijst. Tevens heeft de raad kennisgenomen van de brieven van de gemachtigde van verweerder aan de raad van 19, 26 en 31 oktober 2017, waaronder het verweerschrift, en de brief van de deken aan de raad van 26 oktober 2017, alsmede van de brief van de griffier van de raad aan de gemachtigde van verweerder van 26 oktober 2017.

2 FEITEN

Voor de beoordeling van het bezwaar wordt, gelet op de stukken en hetgeen ter zitting is verklaard, van de volgende feiten uitgegaan.

2.1 Het kantoor van verweerder heeft N.V. Nederlandse Spoorwegen (hierna: NS) bijgestaan als advocaat in verschillende aangelegenheden.

2.2 Provincie Limburg heeft in 2014 een openbare aanbesteding uitgeschreven voor het openbaar vervoer in de provincie Limburg voor de periode 2016-2031 (hierna: de aanbesteding). Het openbaar vervoer in Limburg werd op dat moment verzorgd door Veolia Transport Limburg B.V. (hierna: Veolia).

2.3 Medewerker X was tot 1 mei 2014 in dienst van Veolia als concessiedirecteur Limburg. Tussen medewerker X en Veolia is bij aanvang van het dienstverband een con-

currentiebeding afgesproken voor de duur van één jaar na het einde van het dienstverband. Medewerker X is op 1 mei 2014 in dienst getreden van een extern adviesbureau. Dit externe adviesbureau heeft met een dochtermaatschappij van NS, Qbuzz B.V. (hierna: Qbuzz), een overeenkomst van opdracht gesloten voor de periode van 1 mei 2014 tot en met 1 mei 2015, die feitelijk inhield dat medewerker X werkzaamheden voor Qbuzz zou verrichten. Daarnaast zijn medewerker X en Qbuzz een arbeidsovereenkomst overeengekomen met ingangsdatum 1 mei 2015.

2.4 NS heeft via haar dochtermaatschappij Abellio Limburg B.V. (hierna: Abellio) ingeschreven op de aanbesteding. De bieding is voorbereid door Qbuzz. Op 10 maart 2015 is de concessie gegund aan Abellio.

2.5 Bij brieven van 5 en 23 september 2014 heeft Veolia Holding Nederland B.V. (hierna: Veolia Holding) de Autoriteit Consument en Markt (ACM) verzocht handhavend op te treden tegen NS in verband met gedragingen van NS in het kader van de aanbesteding. Dit heeft geleid tot een onderzoek door de ACM (hierna: het ACM-onderzoek). Het kantoor van verweerder heeft NS in het kader van het ACM-onderzoek bijgestaan.

2.6 Op 15 februari 2015 heeft de Raad van Bestuur van NS (hierna: de RvB) naar aanleiding van het ACM-onderzoek opdracht gegeven tot het instellen van een intern compliance onderzoek.

2.7 Op 6 maart 2015 heeft de ACM naar aanleiding van het ACM-onderzoek een besluit genomen, waarbij is geoordeeld dat de klacht van Veolia Holding op onderdelen gegrond is. In de overwegingen bij dat besluit staat onder meer het volgende:

“ACM benadrukt dat dit bovendien geen gedraging betreft van een individuele NS-medewerker of anderszins een op zichzelf staand incident vormt. De bestuurlijke top van zowel Abellio Nederland als NS bleek op de hoogte van de concurrentiegevoelige informatie van Arriva en Veolia, ondanks dat dit op de hoorzitting door de vertegenwoordigers van NS expliciet meerdere keren is ontkend.”

2.8 Naar aanleiding van de resultaten van het interne compliance onderzoek heeft NS het kantoor van verweerder op 19 maart 2015 opdracht gegeven een onderzoek te verrichten naar mogelijke onregelmatigheden bij de voorbereiding van de aanbesteding (hierna: de onderzoeksopdracht). In de opdrachtbevestiging van verweerder aan NS is opgenomen:

“Op een later moment zal overlegd worden op welke wijze wij onze bevindingen zullen rapporteren. Wij zullen onze bevindingen aan de daartoe door NS aan te wijzen personen rapporteren. Onze bevindingen mogen niet met anderen worden gedeeld, tenzij wij daarvoor onze toestemming hebben verleend.”

2.9 De onderzoeksopdracht is vervolgens onder leiding van verweerder uitgevoerd. In het kader van het onderzoek heeft verweerder interviews gehouden met (onder meer) de CEO van NS, twee bestuurders van Abellio Transport Holding B.V. en drie bestuurders van Qbuzz (hierna: bestuurders 1, 2 en 3). Het onderzoek heeft geleid tot een voorlopig rapport van bevindingen (hierna: het rapport 28/4) en een definitief rapport van bevindingen, beide opgemaakt onder verantwoordelijkheid van verweerder.

2.10 Op 27 april 2015 heeft de advocaat van bestuurders 1, 2 en 3 zich bij verweerder gemeld met de mededeling ertoe strekkende dat bestuurders 1, 2 en 3 voorafgaand aan hun interview door de CEO van NS waren geïnstrueerd en niet volledig waren geweest over de betrokkenheid van NS bij de onregelmatigheden die onderwerp van het onderzoek waren.

2.11 Op 28 april 2015 heeft NS een geanonimiseerde versie van het rapport 28/4 op haar website geplaatst. Bovenaan elke pagina van het rapport 28/4 staat dat het bestemd is voor publicatie. Op de eerste pagina van het rapport 28/4 staat de kantoornaam van

verweerder en dat het rapport bestemd is voor NS. Verder staat ingekaderd op die eerste pagina:

“Dit rapport geeft de huidige status van het onderzoek weer. Nader onderzoek vindt nog plaats. Nadere onderzoekshandelingen kunnen aanleiding geven tot het bekend worden van andere feiten en omstandigheden dan die waarop het rapport is gebaseerd. Deze kunnen er vervolgens toe leiden dat een of meer bevindingen niet langer juist zijn, dan wel aanpassing of aanvulling behoeven.”

2.12 In het rapport 28/4 is voorts onder meer het volgende opgenomen:

“1 INLEIDING

(...)

1.1.3 Het onderzoek heeft zich gericht op het verkrijgen van een objectief en onafhankelijk beeld van de feitelijke gang van zaken rondom:

(a) mogelijke onregelmatigheden die betrekking hebben op de indiensttreding van een voormalig medewerker van Veolia bij Qbuzz B.V. (“Qbuzz”), en

(b) mogelijke onregelmatigheden die betrekking hebben op deling van informatie van Veolia door deze voormalig medewerker met Qbuzz en Abellio Limburg, een en ander in het licht van de voorbereiding door Qbuzz en Abellio Limburg op de inschrijving op de Aanbesteding.

(...)

2 SAMENVATTING

(...)

2.1.1 (...) Deze onregelmatigheden hebben betrekking op de aanstelling van een voormalige medewerker van Veolia, Medewerker X, en deling van informatie door deze Medewerker X met Qbuzz en Abellio Limburg.

2.2 Aanstelling Medewerker X

2.2.1 In het kader van de voorbereiding van de Aanbesteding, wenste Qbuzz haar regionale kennis in Limburg te versterken. In dat licht is Medewerker X in beeld gekomen. Medewerker X was destijds concessiedirecteur bij Veolia in Limburg en beschikte derhalve over ruime ervaring en kennis van Limburg.

2.2.2 Begin januari 2014 heeft een bestuurder van Qbuzz, Bestuurder 1, samen met een lid van het bidingsteam met Medewerker X gesproken over een mogelijke aanstelling bij Qbuzz. Tijdens dit gesprek is ter sprake gekomen dat in de arbeidsovereenkomst van Medewerker X met Veolia een non-concurrentiebeding was opgenomen, waardoor Medewerker X niet bij Qbuzz in dienst zou kunnen treden. De duur van het non-concurrentiebeding was één jaar.

2.2.3 Door Bestuurder 1 en Medewerker X is vervolgens naar een alternatief gekeken. Uiteindelijk is Medewerker X per 1 mei 2014 bij een extern adviesbureau in dienst getreden. Qbuzz en het Externe Adviesbureau hebben voor de periode 1 mei 2014 tot 1 mei 2015 een overeenkomst van opdracht afgesloten. De kosten voor deze opdracht komen overeen met de salariskosten van Medewerker X over de periode van één jaar. Eventuele werkzaamheden door Medewerker X voor andere partijen dan NS werden op mindering gebracht op de door Qbuzz te betalen bedragen uit hoofde van de overeenkomst van opdracht. Medewerker X en Qbuzz zijn tevens een arbeidsovereenkomst overeengekomen waarbij Medewerker X zou worden aangesteld als Regiodirecteur met als standplaats Amersfoort. De arbeidsovereenkomst zou ingaan per 1 mei 2015.

2.2.4 Naast Bestuurder 1 waren tevens Bestuurder 2 en 3 van Qbuzz bekend met de aanstelling van Medewerker X en de overeengekomen constructie met betrekking tot het non-concurrentiebeding. Er zijn geen aanwijzingen dat de Raad van Bestuur van NS hiermee bekend was.

2.3 Informatiedeling door Medewerker X

2.3.1 Door Medewerker X is op verschillende momenten informatie van Veolia met medewerkers van Qbuzz gedeeld. De informatiedeling heeft plaatsgevonden zowel op verzoek als op eigen initiatief van Medewerker X. De verstrekte informatie betreft zowel concrete (cijfermatige) informatie van Veolia als opgedane kennis en ervaring van Medewerker X. Daarnaast nam Medewerker X deel aan het biedingsteam van Qbuzz en schreef hij mee aan de offerte.

2.3.2 Een gedeelte van deze informatiedeling vond plaats op het moment dat Medewerker X nog in dienst was bij Veolia. Daarnaast heeft Medewerker X begin februari 2014 – voordat hij uit dienst was getreden bij Veolia – de beschikking gekregen over een telefoon, computer en e-mailaccount van Qbuzz. De e-mailaccount was onder een andere naam verstrekt.

2.3.3 Naast de verstrekt documentatie per e-mail heeft Medewerker X informatie per USB verstrekt. Bestuurder 1 heeft verklaard een USB stick te hebben ontvangen en de informatie die daarop stond te hebben gekeken. Volgens Bestuurder 1 betrof dit onder andere financiële informatie van Veolia. Bestuurder 1 heeft verklaard de informatie op de USB stick te hebben gewist of de USB te hebben weggegooid en de door hem gelezen informatie verder niet te hebben gebruikt.

2.3.4 De informatiedeling door Medewerker X gebeurde met medeweten van de directie van Qbuzz. Er zijn geen aanwijzingen dat de Raad van Bestuur van NS bekend was met de informatiedeling door Medewerker X met Qbuzz en Abellio Limburg.

(...)

6 KRING VAN PERSONEN NS GROEP

(...)

6.4 Raad van Bestuur NS

6.4.1 In de Onderzoeksdocumentatie zijn geen aanwijzingen aangetroffen die duiden op betrokkenheid van de Raad van Bestuur van de NS bij de onregelmatigheden.

(...)

7 ONDERZOEK EN RAPPORTAGE

(...)

Interviews

7.1.2 Er zijn met 10 personen interviews gehouden (de “Interviews”). Bestuurders 1, 2 en 3 hebben meegewerkt aan een eerste Interview. Zij zijn daarna niet meer bereid geweest verdere medewerking te verlenen. Bestuurders 1, 2 en 3 hebben via hun advocaat aangegeven wel over nadere informatie te beschikken, maar zijn desverzocht niet bereid geweest deze aan [kantoor van verweerder] te verschaffen.

Rapport

7.1.3 Op basis van de hierboven beschreven werkzaamheden heeft [kantoor van verweerder] de relevant geachte informatie geanalyseerd. De resultaten van het Onderzoek zijn neergelegd in dit rapport van bevindingen (het “Rapport”).

7.2 Beperkingen Onderzoek

(...)

7.2.2 Een belangrijke beperking in het Onderzoek vormt de mogelijke additionele informatie waarover de Bestuurders 1,2 en 3 hebben aangegeven te beschikken.

7.2.3 Als belangrijkste beperkingen kunnen verder worden genoemd:(...)

(iv) Bij de Aanbesteding is een groot aantal personen betrokken geweest. Uit het oogpunt van proportionaliteit konden niet al deze personen geïnterviewd worden.

Op basis van de beschikbare informatie is een selectie gemaakt van de personen die vermoedelijk voor het Onderzoek het meest relevant zijn. Hoewel deze selectie zorgvuldig is gemaakt, blijft het mogelijk dat personen niet zijn geïnterviewd terwijl zij wel over voor het Onderzoek relevante informatie beschikken.

(v) Het onderzoek had een intern karakter. Dit betekent dat wij ons in hoofdzaak gebaseerd hebben op de informatie waarover NS beschikt.

vi) [kantoor van verweerder] is uitgegaan van de juistheid en volledigheid van (de verzameling van) de Onderzoeksdocumentatie en heeft geen werkzaamheden verricht deze zelfstandig te verifiëren. Een dergelijke verificatie heeft ook niet plaatsgevonden.

(...)

Aard van het Rapport

7.3.1 Dit rapport geeft de huidige status van het onderzoek weer. Nader onderzoek vindt nog plaats. Deze nadere onderzoekshandelingen kunnen aanleiding geven tot het bekend worden van andere feiten en omstandigheden dan die waarop het Rapport is gebaseerd. Deze kunnen er vervolgens toe leiden dat een of meer bevindingen niet langer juist zijn, dan wel aanpassing of aanvulling behoeven.

(...)

Algemene voorwaarden

7.3.3 Dit rapport is opgesteld ten behoeve van NS. Derden kunnen in geen geval aan het Rapport rechten ontleen.”

2.13 Medewerker X is door het kantoor van verweerder niet geïnterviewd voorafgaand aan publicatie van het rapport 28/4. Medewerker X is op of kort na 28 april 2015 op non-actief gesteld en ontslagen, bij welk traject aanvankelijk een kantoorgenoot van verweerder, mr. H, NS als advocaat heeft bijgestaan.

2.14 Op 29 april 2015 heeft het kantoor van verweerder een niet-geanonimiseerde versie van het rapport 28/4 aan het Openbaar Ministerie (hierna: OM) ter beschikking gesteld.

2.15 Op 5 juni 2015 heeft de Raad van Commissarissen van NS (hierna: de RvC) het vertrouwen opgezegd in de CEO van NS. Op initiatief van de CEO hebben verweerder en twee kantoorgenoten nog diezelfde dag met de CEO gesproken. Aansluitend daarop heeft verweerder telefooncontact gehad met de voorzitter RvC.

2.16 In de media en in de politiek is het rapport 28/4 onderwerp van debat geweest. De Minister van Financiën, als vertegenwoordiger van de Staat der Nederlanden als aandeelhouder, heeft aan de Tweede Kamer een onafhankelijke toets van het aan het rapport 28/4 ten grondslag liggende onderzoek van het kantoor van verweerder toegezegd. Dit heeft geleid tot een onderzoeksopdracht van de Staat en de RvC aan prof. dr. B, voormalig ombudsman. Het kantoor van verweerder heeft daarnaast ook een eigen verificatie van het onderzoek laten uitvoeren door mr. T, oud-rechter.

2.17 Het rapport 28/4 is op 18 augustus 2015 gevolgd door een ‘definitief rapport van bevindingen’. In het definitieve rapport is niet gehandhaafd dat er geen aanwijzingen zijn voor betrokkenheid van de RvB van NS bij de onderzochte onregelmatigheden. Het definitieve rapport is in november 2015 gepubliceerd via de website van NS.

2.18 De deken heeft het onderzoek en de rapportage van het kantoor van verweerder aan een onderzoek op basis van artikel 45a Advocatenwet in combinatie met gedragsregel 37 onderworpen. De deken heeft dat onderzoek doen uitvoeren door mr. E, oud-advocaat, die daarbij is ondersteund door aan het bureau van de Amsterdamse orde verbonden advocaat-stafjuristen. In het kader van het onderzoek door mr. E is een groot aantal personen gehoord. Het onderzoek heeft geleid tot een rapport (hierna: het rapport E) waarin de namen van de gehoorde personen niet zijn vermeld.

2.19 Bij brief van 2 maart 2016 heeft de deken het rapport E in concept aan verweerder toegezonden. Verweerder heeft daarop gereageerd, welke reactie mee is gewogen in het definitieve rapport E en deel uitmaakt van het klachtdossier en is weergegeven op de onder 1.3 genoemde inventarislijst

2.20 Slotsom van het rapport E is dat er – kort gezegd – aanwijzingen zijn om te veronderstellen dat advocaten van het kantoor van verweerder in het kader van de uitvoering van de onderzoeksopdracht niet steeds hebben gehandeld zoals het een advocaat betaamt. In het rapport E wordt onder meer ingegaan op de door het kantoor van verweerder in het kader van het rapport 28/4 afgenomen interviews, de totstandkoming van het rapport 28/4, de besluitvorming met betrekking tot de publicatie van het rapport 28/4, de ‘verschillende petten’ van het kantoor van verweerder en de positie van het kantoor van verweerder ten opzichte van NS.

2.21 Verweerder heeft aan de deken te kennen gegeven dat hij binnen zijn kantoor en jegens NS de hoofdverantwoordelijke voor de uitvoering van de opdracht van 19 maart 2015 is geweest en dat hij in dat kader daarom de volledige verantwoordelijkheid neemt voor het handelen en nalaten van hemzelf en zijn kantoorgenoten.

3 BEZWAAR

3.1 Het dekenbezwaar houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat hij:

- a) het hem door NS opgedragen onderzoek dat heeft geleid tot het rapport 28/4 in een aantal opzichten onvoldoende zorgvuldig heeft verricht;
- b) zich onvoldoende heeft gedragen naar het uitgangspunt dat bij het doen van onderzoek waarbij personen betrokken zijn hoor- en wederhoor moet worden toegepast, daaronder mede begrepen dat daarvoor een reële gelegenheid moet worden geboden;
- c) ermee akkoord is gegaan dat het rapport 28/4 op 28 april 2015 openbaar is gemaakt en niet heeft voorkomen dat in het begeleidend persbericht van NS de status en strekking van het rapport 28/4 onduidelijk is weergegeven;
- d) het rapport 28/4 uit eigen beweging aan het OM heeft verschaft zodat het op basis daarvan een strafrechtelijk onderzoek zou kunnen entameren tegen bestuurders 1, 2 en 3 en medewerker X in weerwil van het feit dat het rapport 28/4 slechts een voorlopige status had en verweerder ook zelf vond dat verder onderzoek nodig was en dat verder onderzoek ook al aan verweerder was opgedragen;
- e) nadat duidelijk was dat de positie van de CEO van NS mede als gevolg van het door het kantoor van verweerder na 28 april 2015 uitgevoerde onderzoek ter discussie stond, als advocaat van NS nog met de CEO heeft gesproken en deze heeft geadviseerd, althans globaal heeft geadviseerd, terwijl op dat moment sprake was van een belangenconflict;
- f) na dit gesprek met de CEO van NS daarvan verslag heeft gedaan aan NS, in de persoon van de voorzitter van de RvC, die daarover weer contact heeft gehad met de aandeelhouder van NS, in de persoon van de minister van financiën, waardoor verweerder zijn geheimhoudingsplicht heeft geschonden.

4 VERWEER

4.1 Verweerder voert verweer dat hierna, voor zover relevant, zal worden weergegeven.

5 BEOORDELING

5.1 Verweerder voert allereerst aan dat het in strijd met het beginsel van equality of arms zou zijn als de raad kennis zou nemen van verklaringen en stukken die verweerder niet kent, zoals de niet-geanonimiseerde gespreksverslagen van mr. E in ‘de doos’ die de raad wel heeft ontvangen maar verweerder niet. Omdat verweerder de context van de in het rapport E opgenomen citaten niet kent, mag de raad die citaten bovendien geen rol laten spelen in zijn beslissing.

5.2 De raad overweegt dat hij geen kennis heeft genomen van de verklaringen en stukken waarover verweerder de beschikking niet heeft; ‘de doos’ (zie hiervoor onder paragraaf 1.3) is dicht gebleven en de inhoud ervan maakt dus geen onderdeel uit van het dossier. De raad acht zich voldoende voorgelicht om op basis van de stukken die

wel onderdeel uitmaken van het dossier, die verweerder dus alle bekend zijn, naar aanleiding van het dekenbezwaar een beslissing te nemen. Voor zover verweerder betoogt dat de raad het rapport E geheel of gedeeltelijk buiten beschouwing moet laten, omdat daarin wordt geciteerd uit onderliggende stukken waarover verweerder geen beschikking heeft, volgt de raad hem niet. Verweerder heeft voldoende gelegenheid gehad om op de inhoud van het rapport E te reageren, en zijn betwistingen ervan worden in de beoordeling van het dekenbezwaar betrokken evenals de omstandigheid dat de raad ook niet de context van de citaten kent.

5.3 Bij de beoordeling van de klacht stelt de raad voorop dat één van de kernwaarden van de advocatuur is dat de advocaat partijdig is. Aan de advocaat komt voorts een grote mate van vrijheid toe de belangen van zijn cliënt te behartigen op de wijze die hem passend voorkomt. Die vrijheid is echter niet onbepaald en vindt zijn begrenzing onder meer hierin dat een advocaat geen stellingen mag poneren of (proces)handelingen mag verrichten waardoor de belangen van de wederpartij of derden nodeloos en op ontoelaatbare wijze worden geschaad.

Ad onderdelen a), b), c) en d) van het bezwaar

5.4 De onderdelen a), b), c) en d) van het bezwaar lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

5.5 De deken verwijt verweerder dat hij de onderzoeksopdracht in een aantal opzichten onvoldoende zorgvuldig heeft uitgevoerd. Ter toelichting voert de deken onder meer het volgende aan. De procedure die gevolgd werd om de door (het kantoor van) verweerder te horen personen uit te nodigen was onvoldoende uitgewerkt, waardoor betrokkenen bij NS die zelf ook onderwerp van het onderzoek waren of zouden kunnen worden daarbij een rol hadden. Verweerder heeft bij het uitvoeren van de opdracht onvoldoende afstand gehouden van het bestuur van NS, en in het bijzonder van de CEO van NS, waardoor hij het onderzoek teveel heeft gericht op de bestuurders 1, 2 en 3 en medewerker X, en onvoldoende op de mogelijke wetenschap van de RvB van NS. Voorts heeft verweerder lopende het onderzoek tot 28 april 2015 informatie over de resultaten daarvan gedeeld met betrokkenen bij NS, in het bijzonder met de CEO van NS, waardoor die informatie kon worden gedeeld met de te verhoren personen en de verhoren konden worden beïnvloed. Het kantoor van verweerder had, gezien de eerder door haar verleende bijstand in het ACM-onderzoek, aanwijzingen voor mogelijke betrokkenheid van alle lagen binnen NS bij onregelmatigheden in de aanbestedingsprocedure. Nog daargelaten dat in zijn algemeenheid geldt dat een externe onderzoeker van feiten in een bedrijf zoveel mogelijk afstand moet houden van de in het kader van het onderzoek te interviewen personen, geldt dat te meer wanneer er aanwijzingen zijn van mogelijke wetenschap/betrokkenheid bij een onderzoek naar mogelijke onregelmatigheden, aldus steeds de deken.

5.6 Voorts verwijt de deken verweerder dat hij zich onvoldoende heeft gedragen naar het uitgangspunt dat bij het doen van onderzoek waarbij personen betrokken zijn horen en wederhoor moet worden toegepast, daaronder mede begrepen dat daarvoor een reële gelegenheid moet worden geboden. Ter toelichting voert de deken onder meer aan dat medewerker X vóór publicatie van het rapport 28/4 ten onrechte niet is uitgenodigd voor een gesprek. Bestuurders 1, 2 en 3 zijn wel gehoord, maar zijn pas geruime tijd na de interviews en onaangekondigd uitgenodigd om de verslagen daarvan op zeer korte termijn en gedurende zeer korte tijd te komen inzien, zodat hen onvoldoende gelegenheid is gegeven om juiste verklaringen af te leggen.

5.7 De deken verwijt verweerder verder dat hij er in de hiervoor beschreven omstandigheden mee akkoord is gegaan dat het rapport 28/4 op 28 april 2015 openbaar is gemaakt

en dat hij niet heeft voorkomen dat in het begeleidend persbericht van NS de status en strekking van het rapport 28/4 onduidelijk is weergegeven.

5.8 Tot slot wordt verweerder verweten dat hij het rapport 28/4 uit eigen beweging aan het OM heeft verschaft terwijl het over personen ging die onvoldoende of zelfs helemaal niet waren gehoord en in weerwil van het feit dat het rapport 28/4 slechts een voorlopige status had en verweerder ook zelf vond dat verder onderzoek nodig was en dat verder onderzoek ook al aan verweerder was opgedragen.

5.9 Verweerder betwist dat hij tuchtrechtelijk laakbaar heeft gehandeld en voert daartoe het volgende aan. Voorafgaand aan het opstellen van het rapport 28/4 waren er geen aanwijzingen voor betrokkenheid van de RvB van NS bij de onderzochte onregelmatigheden. Met NS is, conform de normale werkwijze bij een intern onderzoek bij een cliënt, afgesproken dat de Directeur Legal de uitnodigingen voor de interviews zou verzorgen. Pas achteraf is verweerder gebleken dat op aandringen van de CEO niet, althans niet steeds, conform deze afspraak is gehandeld. De CEO is als eerste gehoord en is er specifiek op gewezen dat hij over de inhoud van het onderzoek geheimhouding diende te betrachten. Verweerder mocht ervan uitgaan dat de CEO zich aan de gemaakte afspraken zou houden en naar waarheid zou verklaren. Dat dit achteraf niet blijkt te zijn gebeurd kan hem niet worden aangerekend. Bij het uitvoeren van de opdracht is voldoende afstand gehouden tot het bestuur van NS. Het orgaan van NS dat de opdracht had gegeven was de RvB, maar verweerder is meteen ook gaan rapporteren aan de RvC en vanaf een gegeven moment alleen nog maar aan de RvC.

5.10 Verweerder voert voorts aan dat er voor is gekozen om alleen werknemers van NS te horen en hij geen expliciete opdracht had om daarnaast ook medewerker X te horen. Het onderzoek had dan ook een intern karakter. Op het moment dat het rapport 28/4 openbaar werd gemaakt, vershoten enige zaken van kleur, waardoor de belangen van NS maar ook de belangen van anderen zoals medewerker X sterker naar voren kwamen. Verweerder beseft dat hij zich hier onvoldoende rekenschap van heeft gegeven bij de afweging die hij op 28 april 2015 heeft gemaakt, toen hij besloot de publicatie niet te verhinderen. Op dat moment heeft hij voorrang gegeven aan de belangen van NS als zijn cliënte. Er was sprake van tijdsdruk vanwege een rondetafelgesprek dat op 30 april 2015 zou plaatsvinden in de Tweede Kamer. Dat neemt niet weg dat er voldoende gelegenheid voor de geïnterviewden is geweest om de interviewverslagen in te zien. Dat bestuurders 1, 2 en 3 van deze gelegenheid geen gebruik hebben gemaakt is hun eigen beslissing geweest.

5.11 Niet hij maar de RvC heeft op 28 april 2015 besloten tot openbaarmaking van het rapport 28/4, aldus nog steeds verweerder. Verweerder was geen voorstander van openbaarmaking, heeft de RvC gewaarschuwd, de risico's uiteengezet, en een alternatief aangedragen in de vorm van een persbericht, maar niet zijn voet dwars gezet. Als bestuurders 1, 2 en 3 daadwerkelijk de bereidheid zouden hebben getoond de interviewverslagen in te komen zien en om aanvullend te verklaren had verweerder 'op de pauzeknop gedrukt' en was publicatie van het rapport 28/4 uitgesteld. Het persbericht dat NS deed uitgaan is opgesteld door een PR bureau in samenwerking met de communicatie afdeling van NS en bevatte de feiten die opgenomen waren in het rapport 28/4. Verweerder is daarbij niet om advies gevraagd. Omdat het rapport 28/4 toch openbaar was en dus ook voor het OM toegankelijk was, heeft verweerder het met medeweten van NS uit eigen beweging aan het OM verschaft. Dit om te tonen dat NS haar medewerking aan eventueel onderzoek door het OM zou verlenen en aldus te voorkomen dat het OM een inval bij NS zou doen en gegevens bij NS in beslag zou nemen.

5.12 De raad constateert voor alles dat verweerder, als leider van het onderzoek dat heeft geresulteerd in het rapport 28/4, het handelen dat in dat kader door zijn kantoor-

genoten heeft plaatsgevonden tot het zijne maakt, zich hiervoor volledig verantwoordelijk acht en hierop dus ook kan worden aangesproken. Dit is voor de raad dan ook uitgangspunt. Met de deken en verweerder neemt de raad ook tot uitgangspunt dat het advocaten niet is verboden om in opdracht van de eigen cliënt feitenonderzoek te verrichten en daarover aan de cliënt te rapporteren. Hoe dat onderzoek dan moet worden ingericht en waaruit het moet bestaan, is in dat geval ter vrije bepaling aan de advocaat en de cliënt. Dat geldt ook voor de inhoud en inrichting van daaruit voortkomende onderzoeksrapporten die geheel intern blijven.

5.13 De raad overweegt dat het door de deken geformuleerde bezwaar dient te worden beschouwd in het licht van het feit dat verweerder wist dat NS zijn onderzoeksresultaten naar buiten wilde brengen en ze wilde gebruiken om aan de aandeelhouder (De Staat der Nederlanden) verantwoording af te leggen, en dat het rapport 28/4 ook daadwerkelijk is gepubliceerd en aan de Minister is verstrekt. In het kader van de beoordeling van het bezwaar is ook van belang dat uit het rapport 28/4 duidelijk blijkt dat het is opgesteld door een advocatenkantoor (met een goede naam) en dat het feit dat een rapporteur advocaat is gezag verleent aan hetgeen hij rapporteert en in de openbaarheid laat komen.

5.14 Naar het oordeel van de raad moeten aan de totstandkoming en aan de inhoud van een rapport als het onderhavige, dat ook wordt gebruikt voor externe verantwoording, onder meer met het oog op de daarbij mogelijk betrokken belangen van derden zware eisen worden gesteld. Eén van die eisen is dat met betrekking tot de personen die onderwerp van onderzoek zijn het beginsel van hoor en wederhoor als leidraad wordt aangehouden. Een andere eis is dat de onderzoeker er al het redelijke aan doet om te voorkomen dat het openbaar gemaakte onderzoeksrapport aanleiding kan geven tot misverstanden. Een derde eis is dat in een te publiceren rapport alle relevante feiten moeten staan, ook als dat feiten betreft die de cliënt wel kent maar het publiek niet. Dat het onderzoek dat heeft geleid tot het rapport 28/4 was ingestoken als intern onderzoek en dat het rapport zelf alleen een weergave was van de stand van zaken van dat moment en er nog nader onderzoek zou volgen, doet hieraan niet af.

5.15 De raad stelt vast dat het onderzoek waarvan de resultaten zijn weergegeven in het rapport 28/4 in elk geval niet voldoet aan de eis dat het beginsel van hoor en wederhoor als leidraad dient te worden aangehouden voor wat betreft medewerker X, die bovendien vanwege zijn in het rapport vermelde voormalige functie zeer gemakkelijk te identificeren was. Dat medewerker X niet bij NS in dienst was en verweerder geen concrete opdracht had om hem te horen, maakt dit niet anders omdat een advocaat steeds ook een eigen verantwoordelijkheid heeft. Dat de inhoud van het rapport 28/4 grotendeels ongewijzigd in het definitieve rapport kon worden overgenomen doet er ook niet aan af.

5.16 Bestuurders 1, 2, en 3 zijn door het kantoor van verweerder pas op 27 april 2015 via hun advocaat uitgenodigd om hun interviewverslagen in te zien en te becommentariëren, hetgeen nog diezelfde dag in de avond of de volgende dag zou moeten plaatsvinden. De raad acht die termijn van pakweg 24 uur vóór publicatie te kort. Of in de dagen daarvoor reeds zonder succes geprobeerd is bestuurders 1, 2 en 3 te bereiken, zoals verweerder stelt, kan daar niet aan afdoen. Bestuurders 1, 2 en 3 hadden hetzelfde moeten worden behandeld als de andere geïnterviewden die wel voldoende tijd en gelegenheid kregen. Het argument dat er sprake was van tijdsdruk, aangezien NS voorafgaand aan het rondetafelgesprek dat op 30 april 2015 zou plaatsvinden in de Tweede Kamer duidelijkheid wilde geven, is ook geen rechtvaardiging. Dat verweerder 'op de pauzeknop zou hebben gedrukt' en de publicatie van het rapport 28/4 zou hebben uitgesteld als bestuurders 1, 2 en 3 daadwerkelijk de bereidheid zouden hebben getoond

de interviewverslagen in te komen zien, kan de raad niet vaststellen. Dat de inhoud van het definitieve rapport slechts beperkt afwijkt van de inhoud van het rapport 28/4, wat zou betekenen dat het rapport 28/4 inhoudelijk juist is, kan aan het voorgaande niet afdoen. Gelet op het voorgaande is onderdeel b) van het bezwaar gegrond.

5.17 Verweerder heeft aangevoerd dat hij geen inhoudelijke bemoeienis heeft gehad met het persbericht dat door NS is uitgegeven. Dat dat anders is geweest, kan de raad niet vaststellen. Verweerder kan daarom naar het oordeel van de raad niet tuchtrechtelijk verantwoordelijk worden gehouden voor de inhoud daarvan. In zoverre is onderdeel c) van het bezwaar ongegrond. Zoals volgt uit het hiervoor gegrond verklaarde onderdeel b) van het bezwaar was er naar het oordeel van de raad voor verweerder voldoende aanleiding om openbaarmaking van het rapport 28/4 tegen te houden. Daarbij neemt de raad tevens in overweging dat het rapport 28/4 ook niet voldoet aan de eis van volledigheid, omdat de constatering van de ACM dat brede lagen van NS betrokken waren geweest bij onregelmatigheden rondom de aanbesteding er niet in voorkomt. De omstandigheid dat hun advocaat op 27 april 2015 te kennen had gegeven dat bestuurders 1, 2 en 3 voorafgaand aan hun interview door de CEO van NS waren geïnstrueerd en niet volledig waren geweest over de betrokkenheid van (het bestuur van) NS bij de onregelmatigheden die onderwerp van het onderzoek waren, had ook aanleiding moeten zijn om het rapport 28/4 niet openbaar te laten maken zoals het openbaar is gemaakt. Een en ander kan verweerder tuchtrechtelijk worden verweten. In zoverre is onderdeel c) van het bezwaar daarom gegrond.

5.18 Wat geldt ten aanzien van het verwijt over de publicatie van het rapport 28/4, geldt ook voor het verwijt dat verweerder het rapport 28/4 uit eigen beweging aan het OM heeft verschaft. Dat het OM het rapport ook zelf van de site van NS had kunnen halen, maakt dat niet anders. Ook onderdeel d) van het bezwaar is daarom gegrond.

5.19 De raad overweegt verder dat verweerder zich, gelet op de aard en de mogelijke impact van het onderzoek (voor zowel de medewerkers van NS als voor derden), had behoren te realiseren dat er strenge eisen gesteld moeten worden aan de zorgvuldigheid van de procedure. Nu er geen protocol was gemaakt aan de hand waarvan het onderzoek verliep en aan de hand waarvan besloten zou worden wat er met de uitkomsten zou gebeuren, lijkt het er op dat verweerder uiteindelijk tamelijk 'ad hoc' onder tijdsdruk in het belang van zijn cliënte NS heeft besloten zich niet tegen publicatie van het rapport 28/4 te verzetten, waarbij de belangen van geïnterviewden (van wie bekend was dat zij een aanvullende verklaring wilden afleggen) en van een derde die zelf niet gehoord was maar die wel een cruciale rol speelde, uit het oog werden verloren. Niettemin geldt dat de door verweerder gehanteerde werkwijze, waarbij de Directeur Legal de uitnodigingen voor de interviews zou verzorgen, op zichzelf niet als onzorgvuldig kan worden aangemerkt. Verweerder heeft onweersproken aangevoerd dat hem pas achteraf is gebleken dat de CEO zich met het uitnodigen voor de interviews heeft bemoeid. Naar het oordeel van de raad kan een en ander verweerder niet tuchtrechtelijk worden aangerekend. Dat hij onvoldoende afstand zou hebben gehouden tot het bestuur van NS wordt door verweerder uitvoerig betwist en kan de raad niet vaststellen. Onderdeel a) van het bezwaar is daarom ongegrond.

5.20 Gelet op het voorgaande is onderdeel a) van het bezwaar ongegrond, onderdeel c) deels ongegrond en deels gegrond en zijn de onderdelen b) en d) geheel gegrond. Ad onderdeel e) van het bezwaar

5.21 De deken verwijt verweerder dat hij, nadat duidelijk was dat de positie van de CEO van NS mede als gevolg van het door het kantoor van verweerder na 28 april 2015 uitgevoerde onderzoek ter discussie stond, als advocaat van NS nog met de CEO heeft

gesproken en deze heeft geadviseerd, althans globaal heeft geadviseerd, terwijl op dat moment sprake was van een belangenconflict.

5.22 Verweerder betwist dat hij de CEO heeft geadviseerd. Verweerder stelt dat hij, toen de CEO vroeg “wat zouden jullie in mijn situatie doen”, direct heeft aangegeven dat hij hem niet kon adviseren en namen heeft genoemd van drie arbeidsrechtadvocaten die hem wellicht wel konden bijstaan. Een kantoorgenoot van verweerder, mr. F, heeft weliswaar iets gezegd met de strekking dat als de CEO eventueel nadacht over de eer aan zichzelf houden dat hij dan bij de RvC moest zijn, maar dit heeft de kantoorgenoot uitsluitend als advocaat van NS aan de CEO gemeld, aldus steeds verweerder.

5.23 De raad overweegt dat, gelet op de uitvoerige betwisting van verweerder, niet kan worden vastgesteld dat verweerder de CEO heeft geadviseerd. Onderdeel e) van het bezwaar is ongegrond.

Ad onderdeel f) van het bezwaar

5.24 De deken verwijt verweerder dat hij na dit gesprek met de CEO van NS daarvan verslag heeft gedaan aan NS, in de persoon van de voorzitter van de RvC, die daarover weer contact heeft gehad met de aandeelhouder van NS, in de persoon van de minister van financiën, waardoor verweerder zijn geheimhoudingsplicht heeft geschonden.

5.25 Zoals hiervoor onder paragraaf 5.23 reeds overwogen kan niet worden vastgesteld dat verweerder de CEO heeft geadviseerd en daarmee ook niet dat tussen verweerder en de CEO een advocaat-cliëntrelatie is ontstaan. Daarom kan evenmin worden vastgesteld dat er tussen hen iets is besproken dat onder geheimhouding zou moeten vallen. Ook onderdeel f) van het bezwaar is derhalve ongegrond.

6 MAATREGEL

6.1 Verweerder heeft zich, samengevat, onvoldoende gedragen naar het uitgangspunt dat bij het doen van feitenonderzoek voor een cliënt, waarover niet uitsluitend intern zal worden gerapporteerd, ten aanzien van de personen die onderwerp van dat onderzoek zijn het beginsel van hoor en wederhoor als leidraad dient te worden aangehouden. Ook heeft hij er onvoldoende zorg voor gedragen dat in het uit het daaruit voortvloeiende openbaar te maken rapport die informatie staat die de ‘externe lezer’ nodig heeft om de inhoud te kunnen interpreteren. Voorts is verweerder ten onrechte akkoord gegaan met de openbaarmaking van het rapport 28/4 op 28 april 2015, en heeft verweerder het rapport 28/4 uit eigen beweging aan het OM verschaft.

6.2 Naar aanleiding van de handelwijze van verweerder rondom het rapport 28/4 is ook afzonderlijk een klacht tegen verweerder ingediend. In die zaak met zaaknummer 17-776/A/A heeft de raad bij eveneens vandaag genomen beslissing de klacht deels gegrond verklaard.

6.3 De raad acht het opleggen van de maatregel van berisping voor de onderhavige zaak en de heden deels gegrond verklaarde klacht passend en geboden. In beide zaken zal de raad dan ook één en dezelfde maatregel opleggen.

7 GRIFFIERECHT EN KOSTENVEROORDELING

7.1 Nu verweerder reeds in de zaak onder nummer 17-776/A/A in de kosten is veroordeeld ziet de raad in de onderhavige zaak ervan af om verweerder opnieuw overeenkomstig artikel 48, zesde lid, Advocatenwet te veroordelen in de kosten die ten laste komen van de Nederlandse Orde van Advocaten in verband met de behandeling van de zaak.

BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart het dekenbezwaar in onderdelen a), e) en f) ongegrond;
- verklaart het dekenbezwaar in onderdeel c) deels gegrond en deels ongegrond;
- verklaart het dekenbezwaar in onderdelen b) en d) gegrond;

- legt aan verweerder in deze zaak en in de klachtzaak met nummer 17-776/A/A tezamen éénmaal de maatregel van berisping op.

Aldus beslist door mr. Q.R.M. Falger, voorzitter, mrs. R.J.A. Dil, H. Dulack, B. de Regt en E.J.M. van Rijckevorsel-Teeuwen, leden, bijgestaan door mr. P.J. Verdam als griffier en in het openbaar uitgesproken op 18 december 2017.

Griffier Voorzitter

mededelingen van de griffier ter informatie:

Deze beslissing is in afschrift op 18 december 2018 verzonden.