

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 18-283

Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Arnhem-Leeuwarden
van 1 april 2019
in de zaak 18-283
naar aanleiding van de klacht van:

klager,
en/of in zijn hoedanigheid van bestuurder van
klaagster,
tezamen ook: klagers
tegen
verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

- 1.1 Bij brief van 3 oktober 2017 hebben klagers bij de deken van de orde van advocaten in het arrondissement Gelderland (hierna: de deken) een klacht ingediend over verweerder.
- 1.2 Bij brief aan de raad van 17 april 2018 met kenmerk K 17/114, door de raad digitaal ontvangen op diezelfde datum, heeft de deken de klacht ter kennis van de raad gebracht.
- 1.3 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 8 oktober 2018 in aanwezigheid van verweerder, ter zitting bijgestaan door mr. [naam]. Namens klagers is niemand verschenen. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.
- 1.4 De raad heeft kennis genomen van het van de deken ontvangen dossier.

2 FEITEN

- 2.1 Voor de beoordeling van de klacht wordt, gelet op de stukken en hetgeen ter zitting is verklaard, van de volgende vaststaande feiten uitgegaan.
- 2.2 Klager is indirect enig aandeelhouder en indirect bestuurder van klaagster. Klagers, althans klaagster, hebben c.q. heeft een aantal uitvindingen op naam staan onder meer voor systemen voor scherming van kassen. [X] BV levert schermoplossingen, waaronder in de glastuinbouw.
- 2.3 Tussen klaagster en [X] BV is in 2014 is een geschil ontstaan over vermeende schending van een op 26 november 2013 tussen hen gesloten samenwerkingsovereenkomst met daarin een geheimhoudingsclausule (een zogenoemde 'non-disclosure agreement').
- 2.4 Klaagster heeft [X] BV in rechte betrokken. De rechtbank heeft de vorderingen grotendeels afgewezen, welke beslissing bij arrest van 31 januari 2017 door het gerechtshof is bekrachtigd.
- 2.5 Op 6 april 2017 heeft mr. K, advocaat te Den Haag, op verzoek van klaagster een positief cassatieadvies uitgebracht.

2.6 Per e-mail van 10 april 2017 met in de onderwerpregel 'second opinion vertrouwelijk' heeft klager namens klaagster aan verweerder het volgende geschreven:

“ Bij het zoeken naar een cassatieadvocaat stuitte ik op de navolgende zinsnede op uw website: “Het is leuk om te klagen dat drie appèlrechters, die geacht worden goede rechters te zijn, hebben zitten slapen.”

Feitelijk geeft dit precies aan wat er in deze zaak aan de hand is.

Toen de zaak in eerste aanleg diende, verontschuldigde de ter zitting verschenen rechter zich net voor de comparitie ingevallen te zijn voor een zieke collega. Bij de comparitie die plaatsvond in appèl vertelde de appèlrechter ons ook voor een collega ingevallen te zijn. Zij verscheen bovendien in haar eentje en zou haar collega's na de zitting op de hoogte stellen van het tijdens de comparitie besprokene. Na haar voorlopige uitspraak (tijdens de comparitie) be kroop ons het gevoel dat zij er niets van begreep en dat daardoor van haar collega's ook weinig te verwachten was. Dit bleek dan ook een juiste inschatting.

Het resultaat is een halve uitspraak, die net als in eerste aanleg, voorzien was van zich met elkaar op gespannen voet verhoudende argumenten.

Ik hebben inmiddels een positief cassatieadvies liggen (zie bijgaand) maar weet niet of ik er verstandig aan doe de zaak op basis van dit advies voor de Hoge Raad te brengen.

Als de zaak u interesseert, want dat is voor mij de voorwaarde, zou ik graag met u in overleg treden met al doel tot een second opinion te komen. Desgewenst wordt het complete dossier u via WeTransfer ter beschikking gesteld.

PS de beroepstermijn eindigt op 31 april.”

2.7 Naar aanleiding hiervan heeft verweerder rond 10 april 2017 telefonisch contact gezocht met klager.

2.8 Per e-mail van 18 mei 2017 heeft verweerder aan de advocaat van [X] BV, mr. B, zijn opdracht bevestigd om cassatieadvies uit te brengen omtrent de vraag of het zinvol was om verweer te voeren in cassatie in het geschil tussen [X] BV en klaagster.

2.9 Op 1 augustus 2017 heeft verweerder zijn cassatieadvies aan mr. B uitgebracht.

2.10 Op 21 september 2017 heeft verweerder na zijn rolinstructie bij de Hoge Raad getracht om eerdergenoemde mr. K, advocaat voor klaagster in cassatie, te bellen om haar te informeren dat hij namens [X] BV het door de Hoge Raad verleende verstek zou zuiveren en alsnog verweer zou voeren, en heeft een terugbelverzoek achtergelaten.

2.11 Per e-mail van 25 september 2017 heeft mr. K aan verweerder namens klaagster onder meer het volgende laten weten:

“ Ik heb gezien dat u zich op de valreep hebt gesteld voor [X] BV, het verstek heeft gezuiverd, en de schriftelijke toelichting heeft ingediend.

Cliënt maakt uitdrukkelijk bezwaar tegen uw optreden in cassatie voor [X] BV. Cliënt heeft u namelijk op 10 april jl. een e-mailbericht gestuurd met het verzoek hem van een second opinion te voorzien. Daarbij heeft hij mijn (positief luidende) cassatieadvies bijgevoegd. Vervolgens heeft u met hem telefonisch overleg gevoerd.

Naar de visie van cliënt stond het u in deze situatie niet vrij om in de cassatieprocedure voor [X] BV op te treden, nu u inhoudelijk kennis droeg over de zaak en over alle 'ins and outs' van mijn cassatieadvies. Mijn cliënt is dan ook voornemens om tuchtrechtelijke maatregelen in dit kader te treffen. Het lijkt mij correct als u zich in deze zaak onttrekt.”

2.12 Op 26 september 2017 heeft mr. K namens klaagster per e-mail aan verweerder laten weten dat zij naar aanleiding van hun telefoongesprek op 25 september 2017 van haar cliënt had begrepen dat hij zich niet geheel kon verenigen met de lezing van ver-

weerder over de gang van zaken, dat haar cliënt geen overleg wilde en een klacht tegen verweerder zou indienen.

2.13 Verweerder heeft zich daarna niet onttrokken als cassatieadvocaat van [X] BV.

3 KLACHT

3.1 De klacht houdt, zoals ter zitting aan verweerder voorgehouden, in dat hij volgens klagers tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet door:

- a) met voorkennis van de zaak van klagers daarna de wederpartij van klagers bij te staan als advocaat;
- b) te stellen dat hij zich het telefoongesprek rond 10 april 2017 met klager niet meer kon herinneren, terwijl dat gesprek 30 minuten heeft geduurd en daarin veel vertrouwelijk is besproken;
- c) ondanks het feit dat hij over het cassatieadvies van mr. K aan klagers beschikte niet zelf te concluderen dat sprake was van een belangenconflict en te beslissen om zich terug te trekken als advocaat, maar toch de wederpartij van klagers te adviseren.

4 VERWEER

4.1 Verweerder betwist dat hem een tuchtrechtelijk verwijt kan worden gemaakt en voert daartoe onder meer het volgende verweer.

Ad klachtonderdelen a) tot en met c)

4.2 Op 10 april 2017 heeft verweerder een e-mail van klagers ontvangen, met als bijlage (alleen) het door mr. K aan klaagster gegeven cassatieadvies, met het verzoek om over een mogelijke second opinion met klager in contact te treden. Diezelfde dag, of anders de dag erna, heeft verweerder in zijn beleving even kort met klager gebeld en hem laten weten 1) dat hij het bijgevoegde positieve cassatieadvies van mr. K. nog niet had bestudeerd, 2) bereid was om voor klaagster cassatieberoep in te stellen indien ook zijn bevindingen positief zouden zijn, maar 3) hij daartoe eerst zowel het procesdossier als het cassatieadvies van mr. K moest bestuderen waarna ook hij schriftelijk nog een cassatieadvies zou moeten uitbrengen, en waarna hij 4) met klager heeft besproken of het uit kostenoverwegingen niet verstandiger was dat klager het cassatieberoep door mr. K zou laten instellen na haar positieve advies. Volgens verweerder deelde klager daarop mede dat hij daarover na zou denken.

4.3 Verweerder stelt dat tijdens het - in zijn beleving kortdurende - telefoongesprek met klager op of omstreeks 10 april 2017 niet over de inhoud van de rechtszaak van klaagster is gesproken en dat de naam van de wederpartij van klaagster niet aan de orde is geweest. Hij heeft tijdens dat gesprek het als bijlage ontvangen cassatieadvies van mr. K geopend, haar herkend als goede cassatieadvocaat, en in alle snelheid gezien dat zij een positief advies aan klaagster had gegeven. Op dat moment beschikte verweerder niet over andere (proces)stukken, dus ook niet over het arrest van het gerechtshof.

4.4 Ruim vier weken later, op 11 mei 2017, heeft verweerder van mr. B, advocaat van [X] BV, een verzoek gekregen om een cassatieadvies uit te brengen naar aanleiding van een arrest van het gerechtshof van 31 januari 2017 met [X] BV en klaagster als procespartijen en daartoe het volledige procesdossier ontvangen. Voor verweerder was de naam van partij [X] BV tot dat moment onbekend. Op 1 augustus 2017 heeft hij vervolgens aan mr. B het cassatieadvies uitgebracht en is hij in cassatie de belangen van [X] BV gaan behartigen.

4.5 Totdat verweerder de e-mail van 25 september 2017 van mr. K namens klagers ontving, heeft verweerder niets meer van klager vernomen. Nu klager(s) geen opdracht

aan hem hebben gegeven, is nimmer een advocaat-cliëntrelatie ontstaan. Reeds daarom kan verweerder niet in strijd hebben gehandeld met gedragsregel 7 (oud), terwijl bovendien geen vertrouwelijke zaaksinformatie op enig moment door klager met verweerder is gedeeld. Verweerder heeft verder inhoudelijk geen kennis genomen van het cassatieadvies van mr. K aan klaagster en zal daarvan als cassatieadvocaat van [X] BV in hun geschil tegen klaagster ook geen kennis nemen.

4.6 Het kan volgens verweerder ook niet zo zijn dat hij ongevraagd een e-mail van een partij krijgt toegezonden, zoals klager dat heeft gedaan, en hij daarna in de door hem geschetste omstandigheden niet voor anderen tegen klager(s) zou mogen optreden.

5 BEOORDELING

5.1 De raad dient ambtshalve te beoordelen of klagers ontvankelijk zijn in hun klacht jegens verweerder. Daarbij stelt de raad voorop dat de Advocatenwet niet een klachtrecht in het leven heeft geroepen voor een ieder, doch slechts voor diegene die door het handelen of nalaten van een advocaat in zijn of haar belang getroffen is of kan worden getroffen.

5.2 De raad gaat er vanuit dat klager namens klaagster de klacht tegen verweerder heeft ingediend, zoals ook blijkt uit de klachtbrief, maar uit de dekenbrief kan ook worden afgeleid dat klager ook namens zichzelf de klacht heeft ingediend. Indien en voor zover klager ook namens zichzelf de onderhavige klacht heeft ingediend, oordeelt de raad als volgt.

5.3 Gesteld noch gebleken is dat klager door de aan verweerder verweten gedragingen rechtstreeks in zijn belangen is geschaad. Dat blijkt niet uit het klachtdossier en in dat kader zijn daartoe door klager onvoldoende concrete feiten gesteld. Dit betekent dat klager door de raad in zijn klacht niet-ontvankelijk zal worden verklaard.

5.4 Klaagster heeft naar het oordeel van de raad een rechtstreeks eigen belang bij de klacht tegen verweerder en kan daarin worden ontvangen.

Ad klachtonderdelen a) en c)

5.5 Deze klachtonderdelen lenen zich, gelet op hun samenhang, voor gezamenlijke beoordeling.

5.6 Naar vaste jurisprudentie van het hof van discipline dient de tuchtrechter bij de beoordeling van een tegen een advocaat ingediende klacht het aan de advocaat verweten handelen of nalaten te toetsen aan de in artikel 46 Advocatenwet omschreven normen. Bij deze toetsing is de tuchtrechter niet gebonden aan de gedragsregels, maar die regels kunnen, gezien het open karakter van de wettelijke norm, daarbij, ter invulling van deze norm, wel van belang zijn.

5.7 De raad stelt voorop dat een advocaat in het algemeen niet mag optreden tegen een voormalige cliënt van hem of van een kantoorgenoot (vgl. Gedragsregel 7 oud). De advocaat dient zich niet in een situatie te begeven dat hij in een belangenconflict met zijn cliënt geraakt, terwijl voorts de cliënt erop moet kunnen vertrouwen dat vertrouwelijke informatie niet tegen hem kan worden gebruikt. Dit laatste vloeit reeds voort uit de op een advocaat rustende verplichting tot geheimhouding. Deze uitgangspunten leiden slechts uitzondering indien is voldaan aan de voorwaarden genoemd in Gedragsregel 7 lid 5 óf indien beide partijen overeenkomstig Gedragsregel 7 lid 6 op grond van de hun verstrekte behoorlijke informatie vooraf hebben ingestemd met het optreden namens één van beide partijen tegen de andere partij.

5.8 De raad is van oordeel dat Gedragsregel 7 hier niet van toepassing is, omdat die regel de verhouding betreft tussen een advocaat en zijn (voormalige) cliënt en strekt ter bescherming van de belangen van die (voormalige) cliënt. In dit geval is verweerder

niet opgetreden tegen een (voormalig) cliënt. Klaagster is immers nimmer cliënt geweest van verweerder.

5.9 Niettemin kan het optreden van verweerder in strijd zijn met hetgeen een behoorlijk advocaat betaamt en daarmee alsnog tuchtrechtelijk verwijtbaar zijn. Dat kan het geval zijn indien klager stelt en aannemelijk maakt dat het optreden van verweerder voor haar wederpartij in de gegeven omstandigheden zo bezwaarlijk is geweest, dat verweerder zich daarvan had moeten onthouden. Bij de beoordeling of dit het geval is, kan aan de in gedragsregel 7 lid 5 (oud) genoemde voorwaarden enige reflexwerking worden toegekend. Aan genoemde stelplicht van klager moeten echter wel hoge eisen worden gesteld, nu het oordeel dat een advocaat niet mag optreden voor de ene partij als hem ongevraagd informatie wordt gestuurd door een andere partij de advocaat behoorlijk in zijn werkzaamheden kan raken.

5.10 Klaagster heeft in dit kader aangevoerd dat verweerder bekend was met relevante vertrouwelijke informatie over de procedure tegen [X] BV doordat hij beschikte over het cassatieadvies van mr. K van 6 april 2017 aan klager en dat hij daarmee zijn voordeel heeft kunnen doen bij de Hoge Raad in de procedure tussen [X] BV en klager.

5.11 De raad is van oordeel dat verweerder door met klager te spreken rond 10 april 2017 over een second opinion op een positief cassatieadvies in een zaak en daarin later als cassatieadvocaat van de wederpartij van klager op te treden zich niet schuldig heeft gemaakt aan een handelen dat een behoorlijk advocaat niet betaamt. Het is klager geweest die namens klager geheel op eigen initiatief op 10 april 2017 aan verweerder een e-mail heeft gestuurd, daarbij (alleen) het cassatieadvies van mr. K aan klager heeft gevoegd en verweerder heeft gevraagd of hij daarop een second opinion zou willen geven. Indien al tijdens het telefoongesprek rond 10 april 2017 inhoudelijk is gesproken over de zaak van klager tegen [X] BV, hetgeen door verweerder uitdrukkelijk wordt betwist, is dat in zijn algemeenheid niet klachtwaardig. Het kan immers niet zo zijn dat op deze wijze, waarbij ongevraagd informatie aan een (cassatie)advocaat wordt gestuurd voor een second opinion, die advocaat niet meer voor een ander zou mogen optreden. Dat klager namens klager verweerder in vertrouwen heeft genomen en met hem vertrouwelijke zaaksinformatie heeft gedeeld over de procedure van klager tegen [X] BV en waardoor verweerder ten nadele van klager kennisvoorsprong heeft gehad, is door klager onvoldoende met concrete feiten onderbouwd. De raad is dan ook van oordeel dat het verweerder in de gegeven omstandigheden vrij stond om [X] BV in de cassatieprocedure jegens klager bij te staan, zoals hij heeft gedaan.

5.12 Op grond van vorenstaande is de raad dan ook van oordeel dat verweerder niet tuchtrechtelijk verwijtbaar jegens klager heeft gehandeld en worden klachtonderdelen a) en c) ongegrond verklaard.

Ad klachtonderdeel b)

5.13 Niet valt in te zien in welke zin verweerder in dezen een tuchtrechtelijk verwijt treft. Een feitelijke grondslag voor een tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen ontbreekt. Daarmee oordeelt de raad ook klachtonderdeel b) ongegrond.

BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart klager niet-ontvankelijk in zijn klacht;
- verklaart de klacht van klager in alle klachtonderdelen ongegrond.

Aldus gewezen door mr. A.E. Zweers, voorzitter, mrs. A.D.G. Bakker, H. Dulack, leden, bijgestaan door mr. L.M. Roorda als griffier en uitgesproken in het openbaar op 1 april 2019.

griffier

voorzitter

Bij afwezigheid van mr. L.M. Roorda is deze beslissing ondertekend door mr. M.M. Goldhoorn (griffier)

Verzonden d.d. 1 april 2019