

## **RAAD VAN DISCIPLINE**

Beslissing in de zaak onder nummer van: 19-806

Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Arnhem-Leeuwarden van 2 november 2020

in de zaken 19-806/AL/MN en 19-807/AL/MN

naar aanleiding van de klachten van:

klaagster

klager

tezamen ook: klagers

over

verweerster (19-806)

en

verweerder (19-807)

tezamen ook: verweerders

### **1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE**

*in beide klachtzaken*

1.1 Op 30 maart 2019 hebben klagers bij de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Midden-Nederland (hierna: de deken) klachten ingediend over verweerders.

1.2 Op 28 november 2019 heeft de raad de klachtdossiers met kenmerken Z 862522 mm/sd en Z 862851 MM/sd van de deken ontvangen.

1.3 De klachten zijn gezamenlijk behandeld op de zitting van de raad van 7 september 2020. Daarbij waren klager, bijgestaan door zijn gemachtigde, en verweerders, bijgestaan door hun gemachtigde, aanwezig. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.4 De raad heeft kennisgenomen van de in 1.2 genoemde klachtdossiers en van de op de inventarislijsten genoemde bijlagen 1 tot en met 4.

### **2 FEITEN**

*in beide klachtzaken*

2.1 Voor de beoordeling van de klacht gaat de raad, gelet op de klachtdossiers en de op de zitting afgelegde verklaringen, uit van de volgende feiten.

2.2 Klagers zijn de bestuurders van [M] B.V. (hierna: [M]). [M] is tezamen met twee andere vennootschappen aandeelhouder van [W] B.V., aan welke vennootschap de Rabobank (hierna: de bank) een financiering heeft verstrekt. Tot zekerheid van de voldoening van de rente- en aflossingsverplichtingen uit hoofde van deze financiering heeft de bank onder andere een hoofdelijke rente- en aflosgarantie van haar drie aandeelhouders gekregen.

2.3 Op 17 juli 2014 heeft de bank bij de rechtbank Overijssel tegen klagers een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure (hierna: de aansprakelijkheidsprocedure) aangespannen. Verweerders hebben de belangen van de bank behartigd in deze procedure. De bank heeft klagers aangesproken op grond van onrechtmatige daad wegens een

dividenduitkering waaraan klagers als bestuurders van [M] in 2012 uitvoering hebben gegeven, waardoor [M] niet in staat zou zijn te voldoen aan haar verplichtingen jegens de bank op grond van de verleende hoofdelijke garantie.

2.4 De rechtbank Overijssel heeft in de aansprakelijkheidsprocedure bij vonnis van 15 juni 2015 de bank in het gelijk gesteld en klagers veroordeeld tot schadevergoeding aan de bank, begroot op € 435.000,- in hoofdsom, welk bedrag door klagers aan de bank is voldaan.

2.5 Vervolgens heeft [M] een regresprocedure tegen de twee andere hoofdelijke garanten gestart. De regresvordering is door de rechtbank Overijssel bij vonnis van 24 augustus 2016 afgewezen. [M] is tegen dit vonnis in hoger beroep gegaan.

2.6 Klagers hebben tegen de beslissing van de rechtbank Overijssel in de aansprakelijkheidsprocedure hoger beroep ingesteld. Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft bij arrest van 9 januari 2018 het vonnis van de rechtbank vernietigd, omdat de bank volgens het hof onvoldoende heeft onderbouwd dat zij schade heeft geleden door de dividenduitkering.

2.7 Bij e-mail van 27 maart 2018 heeft verweerster aan mr. [T], de advocaat van klagers, een voorstel gedaan om het geschil te beëindigen. Na diverse telefonische en schriftelijke herinneringen heeft mr. [T] in zijn e-mail van 5 juli 2018 het volgende bericht: *“ Zeer veel dank voor uw onderstaand bericht. Helaas kan ik niet inhoudelijk op uw onderstaand bericht ingaan. ”*

2.8 Medio april 2018 heeft de bank cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in de aansprakelijkheidsprocedure.

2.9 In de regresprocedure heeft het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden bij arrest van 18 december 2018 de regresvordering van [M] toegewezen.

2.10 In de cassatieprocedure heeft de Advocaat-Generaal op 8 maart 2019 zijn conclusie gegeven. De conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

2.11 Bij e-mail van 11 maart 2019 heeft verweerster aan mr. [G], de cassatieadvocaat van klagers, gevraagd of klagers konden instemmen met royement van de cassatieprocedure. Bij e-mail van 14 maart 2019 heeft mr. [G] verweerster bericht dat klagers hiermee niet konden instemmen.

2.12 Verweerster heeft in de Borgersbrief van 22 maart 2019 onder meer het volgende vermeld:

*“ Tegen die achtergrond heeft zij [klagers] voorgesteld om deze cassatieprocedure te royeren. [klagers] hebben daarmee niet ingestemd en hebben laten weten de zaak liever uit te procederen. Ter voorlichting van uw Raad wijst de bank er bovendien op dat zij naar aanleiding van het arrest van het hof reeds aan [klager] het aanbod heeft gedaan om de door haar jegens [M] gepretendeerde aanspraken te beperken tot een niveau waarop rekening is gehouden met het uitgangspunt dat alle garanten in hun interne verhouding elk voor 1/3 deel draagplichtig zijn, hoewel zij daartoe gelet op het karakter van de bedongen hoofdelijke garantie geenszins verplicht was. Ook dat aanbod heeft [klager] evenwel niet aanvaard. ”*

2.13 De Hoge Raad heeft bij arrest van 19 april 2019 het cassatieberoep in de aansprakelijkheidsprocedure met toepassing van artikel 81 van de Wet op de Rechterlijke Organisatie verworpen.

### **3 KLACHT**

#### *in beide klachtzaken*

3.1 De klachten tegen beide verweerders zijn gelijkloidend en houden, zakelijk weergegeven, in dat verweerders tuchtrechtelijk verwijtbaar hebben gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet. Klagers verwijten verweerders het volgende.

a) Verweerders hebben in een Borgersbrief van 22 maart 2019 onder punt 10 een beroep gedaan op mededelingen tussen advocaten, zonder overleg met de advocaat van klagers of voorafgaand advies van de deken.

*Toelichting*

Verweerders hebben Gedragsregel 12 (1992) geschonden door onder punt 10 van de Borgersbrief een mededeling te doen over de inhoud van een e-mail van verweerders aan de advocaat van klagers van 11 maart 2019. De wederzijdse advocaten hebben al vóór 22 februari 2018 (de datum van de inwerkingtreding van de nieuwe Gedragsregels) onder het regime van vertrouwelijkheid met elkaar gecorrespondeerd. Met betrekking tot de vertrouwelijkheid van de correspondentie zijn geen afwijkende afspraken gemaakt, zodat ingevolge de overgangsregels bij de inwerkingtreding van de Gedragsregels 2018 Gedragsregel 12 (oud) geldt en de communicatie vertrouwelijk blijft.

b) Verweerders hebben in een Borgersbrief van 22 maart 2019 onder punt 10 aan de rechter mededeling gedaan over de inhoud van gevoerde schikkingsonderhandelingen, zonder toestemming van de advocaat van klagers.

*Toelichting*

Verweerders hebben Gedragsregel 27 (nieuw) geschonden door in de Borgersbrief een mededeling te doen over de inhoud van het in hun e-mail van 27 maart 2018 aan de advocaat van klagers gedane schikkingsvoorstel.

c) Verweerders hebben in een Borgersbrief van 22 maart 2019 onder punt 10 de rechter onvolledig geïnformeerd omdat immers in ieder geval nog een derde poging tot schikking is gedaan.

*Toelichting*

De schikkingsonderhandelingen zijn niet beperkt gebleven tot de twee in de Borgersbrief aangeduide pogingen daartoe. Tijdens een bespreking op 8 augustus 2018 is namelijk door klagers een schikkingsvoorstel gedaan, dat door de bank is afgewezen. Door deze onderhandelingen niet te noemen hebben verweerders getracht klagers als een onredelijke partij af te schilderen en hebben zij de rechter volledig onkundig gelaten van de verdere onderhandelingen en gerelateerde geschillen tussen partijen.

## **4 VERWEER**

### *in beide klachtzaken*

4.1 Verweerders hebben gelijklopend verweer gevoerd tegen de klachten, omdat zij het dossier gezamenlijk hebben behandeld. Zij hebben onder meer het volgende verweer gevoerd.

#### *Klachtonderdeel a)*

4.2 De bank had vanwege de beslissing van het hof in de regresprocedure geen belang meer bij de cassatieprocedure toen de Advocaat -Generaal bij de Hoge Raad op 8 maart 2019 conclusie had gewezen. Verweerders hebben om die reden aan mr. [G], de cassatieadvocaat van klagers, voorgesteld om de cassatieprocedure te royeren. Mr. [G] heeft dit voorstel afgewezen. De cassatieadvocaat is pas voor klagers gaan optreden na het aanhangig maken van de cassatieprocedure medio april 2018. De correspondentie met mr. [G] valt derhalve onder de nieuwe Gedragsregels. Deze correspondentie is niet op vertrouwelijke basis gevoerd, waardoor Gedragsregel 26 (nieuw) niet is geschonden.

#### *Klachtonderdeel b)*

4.3 Verweerster heeft bij e-mail van 27 maart 2019 aan de advocaat van klagers een voorstel gedaan om het geschil tussen de bank en klagers te beëindigen. Ondanks herhaalde zowel schriftelijke als telefonische verzoeken daartoe, heeft de advocaat van klagers geen enkele inhoudelijke reactie gegeven op het gedane voorstel. Van

schikkingsonderhandelingen tussen advocaten is dan ook geen sprake geweest. Er is een bespreking geweest tussen klagers en de bank op 8 augustus 2018. Tijdens deze bespreking heeft de bank het voorstel van verweerders aan klager voorgelegd, zowel in aanwezigheid van de wederzijdse advocaten als na hun vertrek. Bij beide gelegenheden hebben klagers aangegeven dat op een dergelijk voorstel niet serieus kon worden ingegaan. Verweester heeft zich in de Borgersbrief niet beroepen op mededelingen die alleen tussen advocaten zijn gedaan, nu die mededelingen tevens in aanwezigheid van cliënten zijn gedaan en daarnaast ook tussen cliënten onderling zijn besproken. Gedragsregel 27 is dan ook niet in het geding.

#### *Klachtonderdeel c)*

4.4 De mededeling in de Borgersbrief dat klagers tot tweemaal toe een voorstel van de bank hebben afgewezen, is in het belang van de bank gedaan. Namens klagers zijn namelijk in cassatie stellingen ingenomen waarmee werd beoogd de bank in een negatief daglicht te plaatsen. Uit de conclusie van de Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad bleek dat hij het door klager opgeroepen beeld van de bank had overgenomen. Om potentieel schadelijke effecten voor de reputatie van de bank te voorkomen, was het voor verweerders van belang om te proberen dit beeld in de Borgersbrief te doen kantelen. Verweerders hebben erop gewezen dat een advocaat een ruime mate van vrijheid geniet om de belangen van zijn cliënt te behartigen op een wijze die hem in overleg met cliënt passend voorkomt en dat zij de grenzen van deze vrijheid niet hebben overschreden. De mededeling in de Borgersbrief was feitelijk juist, niet onnodig grievend, niet zonder enig doel en de belangen van klagers zijn er niet door geschaad.

## **5 BEOORDELING**

### *in beide klachtzaken*

5.1 Allereerst stelt de raad vast dat het gaat om een handelen van de advocaten van de wederpartij van klagers. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Discipline komt aan een advocaat van de wederpartij van klager een grote mate van vrijheid toe om de belangen van zijn cliënt te behartigen op een wijze die hem, in overleg met zijn cliënt, goedgevindt. Deze vrijheid is niet onbepaald maar kan onder meer worden ingeperkt indien de advocaat a) zich onnodig grievend uitlaat over de wederpartij, b) feiten poneert waarvan hij weet of redelijkerwijs kan weten dat ze in strijd met de waarheid zijn dan wel c) (anderszins) bij de behartiging van de belangen van zijn cliënt de belangen van de wederpartij onnodig of onevenredig schaadt zonder redelijk doel. De raad zal het optreden van verweerders derhalve aan de hand van deze maatstaf beoordelen.

#### *Klachtonderdeel a)*

5.2 Klachtonderdeel a) ziet op de opmerking in de Borgersbrief dat verweerders aan klagers hebben voorgesteld om de cassatieprocedure te royeren. Verweerders hebben over de communicatie tussen de advocaten inzake dit afwikkelingsvoorstel mededeling gedaan aan de rechter. Ingevolge Gedragsregel 12 (oud) mag op mededelingen van de ene advocaat aan de ander in rechte geen beroep worden gedaan zonder voorafgaand overleg met de betrokken advocaat. Ingevolge Gedragsregel 26 (nieuw) moet een advocaat die een vertrouwelijke mededeling aan een andere advocaat wenst te doen, dit vooraf duidelijk kenbaar te maken. De overgangsregel bij de inwerkingtreding van Gedragsregel 26 (nieuw) luidt dat communicatie die tot inwerkingtreding van de nieuwe Gedragsregel plaatsvond, vertrouwelijk blijft.

5.3 De raad stelt vast dat de communicatie over een eventuele intrekking van de cassatieprocedure heeft plaatsgevonden met cassatieadvocaat mr. [G] in maart 2019. De nieuwe Gedragsregels 2018 waren op dat moment van kracht. Het overgangsrecht bij Gedragsregel 26 is naar het oordeel van de raad in het onderhavige geval niet van

toepassing aangezien medio april 2018 een cassatieadvocaat in verband met de aanhangig gemaakte cassatieprocedure de behartiging van de belangen van klagers van de vorige advocaat heeft overgenomen. Nu verweerders onweersproken hebben gesteld dat over vertrouwelijkheid van de communicatie geen afspraken zijn gemaakt tussen verweerders en de cassatieadvocaat mr. [G], hebben verweerders niet in strijd met Gedragsregel 26 gehandeld door in de Borgersbrief mededeling te doen over hun voorstel aan mr. [G] om de cassatieprocedure te royeren. Klachtonderdeel a) zal dan ook ongegrond worden verklaard.

*Klachtonderdeel b)*

5.4 Klachtonderdeel b) betreft het verwijt dat verweerders in de Borgersbrief mededeling aan de rechter hebben gedaan over de inhoud van gevoerde schikkingsonderhandelingen. Zoals verweerders in hun verweer tegen klachtonderdeel c) naar voren hebben gebracht, leek de Advocaat-Generaal in zijn conclusie het negatieve beeld dat klagers over de bank hadden geschetst, te hebben overgenomen. Dit beeld was dat de bank de twee andere garanten op oneigenlijke gronden had gespaard en daarom al haar pijlen op klager als de derde garant had gericht. Verweerders wilden hierop reageren omdat het voortbestaan van een dergelijk beeld schadelijk zou zijn voor de reputatie van hun cliënt. Door in de Borgersbrief erop te wijzen dat verweerders in de e-mail van 27 maart 2018 namens de bank tevergeefs een schikkingsvoorstel hebben gedaan, hebben verweerders willen aangeven dat de bank wel degelijk bereid is geweest om met klagers tot een vergelijk te komen. In deze context bezien, hebben verweerders naar het oordeel van de raad niet tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld door in reactie op de conclusie van de Advocaat-Generaal, het (daardoor) ontstane beeld recht te willen zetten met de opmerking dat de bank een schikkingsvoorstel heeft gedaan waar klagers niet op hebben gereageerd. De raad neemt hierbij in aanmerking dat het een korte en globale verwijzing naar de inhoud van hun eigen schikkingsvoorstel betrof, waarmee niets werd prijsgegeven over de grenzen van de schikkingsbereidheid van klagers. In het midden kan worden gelaten of de mededeling strijdig zou zijn met Gedragsregel 27, nu een eventuele schending daarvan het hiervoor vermelde oordeel dat een dergelijke summiere mededeling onder deze bijzondere omstandigheden niet onbetamelijk was, niet anders zou maken. Klachtonderdeel b) zal ongegrond worden verklaard.

*Klachtonderdeel c)*

5.5 Klachtonderdeel c) betreft het verwijt dat verweerders de rechter onvolledig hebben geïnformeerd door geen melding te maken van een schikkingspoging van de kant van klagers. Zoals is vermeld onder 5.1, heeft de advocaat van de wederpartij volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Discipline een grote mate van vrijheid in de wijze waarop hij de belangen van zijn cliënt behartigt. Naar het oordeel van de raad hebben verweerders de grenzen van deze vrijheid door de mededelingen in de Borgersbrief niet overschreden. Ingevolge Gedragsregel 8 mag een advocaat geen feitelijke informatie aan de rechter verstrekken waarvan hij weet, althans behoort te weten, dat die onjuist is. Een advocaat is echter niet gehouden om bij het leveren van de feitelijke informatie aan de rechter ook de voor de wederpartij relevante informatie aan te leveren. Dat zou anders kunnen liggen als het weglaten van bepaalde informatie zou neerkomen op het vertellen van halve waarheden. Daarvan is echter in het onderhavige geval niet gebleken. Verweerders hadden een redelijk belang bij de mededelingen, nu zij daarmee hebben getracht het ontstane negatieve beeld over hun cliënt recht te zetten. Verder zijn de mededelingen naar het oordeel van de raad niet onnodig grievend en kan evenmin worden vastgesteld dat de belangen van de wederpartij daardoor onevenredig zijn geschaad. Klachtonderdeel c) zal ongegrond worden verklaard.

## **BESLISSING**

*in beide klachtzaken*

De raad van discipline:

- verklaart de klacht in alle onderdelen ongegrond.

Aldus beslist door mr. J.R. Veerman, voorzitter, mrs. P. Mantel en S.J. de Vries, leden, bijgestaan door mr. W.E. Markus-Burger als griffier en uitgesproken in het openbaar op 2 november 2020.

Griffier

Voorzitter