

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 22-558/AL/MN

Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Arnhem Leeuwarden van 19 juni 2023

in de zaak **22-558/AL/MN**

naar aanleiding van de klacht van:

klager

over

verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Op 18 februari 2021 heeft klager bij de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Midden-Nederland (hierna: de deken) een klacht ingediend over verweerder.

1.2 Op 8 juli 2022 heeft de raad het klachtdossier met kenmerk 1344338 van de deken ontvangen.

1.3 De klacht is behandeld op de zitting van de raad van 27 maart 2023. Daarbij waren klager en verweerder, beiden met hun gemachtigde, aanwezig. Van de behandeling is proces verbaal opgemaakt.

1.4 De raad heeft kennisgenomen van het in 1.2 genoemde klachtdossier en van de op de inventarislijst genoemde bijlagen 1 tot en met 5. Ook heeft de raad kennisgenomen van de e-mail van verweerder met bijlagen van 13 maart 2023.

2 FEITEN

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

2.1 Klager is een advocaat. Hij is namens zijn cliënte vennootschap M. bij dagvaarding van 9 juli 2015 een procedure bij de rechtbank Midden-Nederland gestart tegen verweerder en mr. [D.] in hun hoedanigheid van curatoren van vennootschap H., die op 7 oktober 2014 failliet is verklaard.

2.2 Na het faillissement van vennootschap M. op 31 december 2015 heeft klager de procedure voortgezet ten behoeve van de curatoren van die vennootschap. Tevens heeft klager in die procedure de belangen van een aantal banken behartigd.

2.3 In de procedure hebben de curatoren van M. van verweerder en mr. [D.] afdracht van de opbrengst van aan M. verpande voorraden, vorderingen en intellectuele eigendomsrechten gevorderd. Verweerder en mr. [D.] hebben de rechtsgeldigheid van het pandrecht betwist en hebben gesteld dat de verkregen zekerheden paulianeus zijn gevestigd. Zij hebben vernietiging van de zekerheidsstelling gevorderd.

2.4 Verweerder en mr. [D.] hebben in dat kader een deskundigenonderzoek laten uitvoeren door [K]. De uitkomst van dit onderzoek was dat de ten tijde van de zekerheidsstelling door M. toegezegde tijdelijke kredietfaciliteit onvoldoende was om het gemaakte businessplan te kunnen uitvoeren. Verweerder en mr. [D.] hebben het rapport van [K.] van 10 augustus 2017 in het geding gebracht. Door klager zijn bij akte van 25 oktober 2017 diverse inhoudelijke bezwaren aangevoerd tegen het rapport van

[K.] en de daarin getrokken conclusie.

2.5 Partijen zijn met elkaar in overleg getreden over een minnelijke regeling en hebben de procedure op de parkeerrol laten zetten.

2.6 Onderhandelingen hebben geleid tot een regeling die is uitgewerkt in een vaststellingsovereenkomst, die deelt uitmaakt van een door vennootschap H. nog aan te bieden schuldeisersakkoord, waarbij alle schuldeisers van vennootschap H. die belang hebben bij de uitkomst van de procedure tegen de banken een bepaald percentage van hun vordering betaald krijgen tegen finale kwijting.

2.7 Per e-mailbericht van 30 september 2020 heeft één van de curatoren van M. aan klager het laatste commentaar op de conceptvaststellingsovereenkomst gestuurd. Klager heeft dit emailbericht op 2 oktober 2020 vanaf zijn mobiele telefoon doorgezonden aan mr. [D.]. Dit doorgezonden e-mailbericht werd echter voorafgegaan door een lange reeks aan interne vertrouwelijke e-mails tussen klager, zijn collega en zijn cliënten. Deze e-mailcorrespondentie is dus ook aan mr. [D.] gestuurd.

2.8 Eén van die e-mails is een e-mail van klager van 20 oktober 2017 aan zijn cliënten waarin hij schrijft dat [...].

2.9 Op 16 oktober 2020 heeft mr. [D.] aan klager laten weten dat hij en verweerder hebben besloten om alle e-mailcorrespondentie te bestuderen, waarbij zij zijn gestuit op interne communicatie die hen "*schokkend*" voorkwam.

2.10 Kort na het lezen van de e-mail hebben verweerder en mr. [D.] de rechter-commissaris over de inhoud van de e-mail geïnformeerd.

2.11 Op 3 november 2020 heeft een bespreking plaatsgevonden tussen klager, zijn advocaat en verweerder en mr. [D.] over het lezen en gebruiken van de onderliggende e-mailberichten. Op 12 november 2020 heeft er een vervolgbespreking plaatsgevonden, waarin verweerder en mr. [D.] te kennen hebben gegeven van plan te zijn de informatie waarvan zij kennis hadden genomen te gebruiken.

2.12 Klager heeft vervolgens zijn cliënten geadviseerd een nieuwe advocaat in de arm te nemen en dat hebben zij ook gedaan. Dit is mr. Van G.

2.13 Bij brief van 20 november 2020 heeft de advocaat van klager aan verweerder en mr. [D.] verzocht het e-mailbericht van 2 oktober 2020 te verwijderen en van de inhoud van de e-mail geen gebruik te maken.

2.14 Op 27 november 2020 heeft verweerder aan de advocaat van klager bericht dat hij de brief van 20 november 2020 heeft doorgeleid naar hun advocaat en na terugkoppeling op de brief zal terugkomen.

2.15 Mr. Van G. heeft bij brief van 22 december 2020 aan de advocaat van verweerder om een bevestiging gevraagd dat de tot stand gekomen regeling wordt nagekomen.

2.16 Op 15 januari 2021 heeft de advocaat van verweerder en mr. [D.] zich tot de deken van de Orde van Advocaten Amsterdam gewend met een verzoek om dekenadvies.

2.17 Bij brief van 21 januari 2021 heeft de advocaat van verweerder aan mr. Van G. laten weten dat zijn cliënten de regeling niet zullen nakomen omdat de vaststellingsovereenkomst mogelijk tot stand is gekomen door bedrog, dan wel dwaling, hetgeen zou moeten leiden tot een nieuwe regeling op basis van andere uitdelingspercentages en die recht doet aan de belangen van de overige schuldeisers. Hij verwijst in dat kader naar passages uit de e-mail van klager van 20 oktober 2017, die onderdeel uitmaakt van de e-mailcorrespondentie onder de e-mail van 2 oktober 2020. Tot slot wordt te kennen gegeven dat verweerder zich vrij voelt de informatie uit de e-mail van 2 oktober 2020 in het kader van het vervolg van de procedure te gebruiken na een ingewonnen extern gedragsrechtelijk advies.

2.18 Bij brief van 13 april 2021 heeft de Amsterdamse deken laten weten zich niet vrij te achten te adviseren in het licht van de onderhavige klacht tegen verweerder.

2.19 Verweerder heeft de rechter-commissaris geïnformeerd en heeft in het kader van voortzetting van de procedure de rechtbank verzocht een datum voor pleidooi te bepalen. De rechtercommissaris heeft bij brief van 23 april 2021 aangegeven van mening te zijn dat de procedure moet worden voortgezet en heeft partijen gevraagd eerst nog te reageren op dit voorgenomen standpunt.

2.20 Na reacties van partijen heeft de rechter-commissaris in het faillissement van H. heeft bij beschikking van 28 mei 2021 verweerder opgedragen de procedure voort te zetten.

3 KLACHT

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

a) kennis te nemen van abusievelijk aan hem toegezonden interne vertrouwelijke correspondentie;

b) de aan hem abusievelijk toegezonden interne vertrouwelijke correspondentie - en dan in het bijzonder het e-mailbericht van 20 oktober 2017 - te gebruiken tijdens de besprekingen van 3 en 12 november 2020 en in de brief van zijn advocaat van 21 januari 2021.

4 VERWEER

4.1 Verweerder heeft tegen de klacht onder meer het volgende aangevoerd. Klager stelt ten onrechte dat er een categorisch verbod is op de gebruikmaking door de wederpartij van vertrouwelijke correspondentie tussen een advocaat en zijn cliënt. Het Hof van Discipline heeft geoordeeld dat van een categorisch verbod geen sprake is maar dat het aankomt op een belangenafweging. Er zal derhalve een redelijk doel moeten zijn bij gebruikmaking van vertrouwelijke correspondentie, afgezet tegen het nadeel voor de wederpartij dat gebruik wordt gemaakt van vertrouwelijke correspondentie tussen advocaat en cliënt. Uit de beslissing van het Hof van Discipline volgt dat een advocaat kennis mag nemen van de inhoud van de vertrouwelijke correspondentie, aangezien een advocaat anders ook niet in staat zou zijn de bewuste belangenafweging te maken.

4.2 Verweerder beschikte in het onderhavige geval over een gerechtvaardigd belang gebruik te maken van de correspondentie, te weten de waarheidsvinding die ermee is gediend dat de door klager en zijn cliënten verzwegen informatie moet worden gebruikt in de procedure en in het kader van de afwikkeling van het faillissement. Naar het oordeel van verweerder is het gebruik van vertrouwelijke correspondentie gerechtvaardigd nu er sprake is van een situatie waarin een conflict van belangen en de waarheidsvinding tot het overleggen van die correspondentie daartoe dringend nopen.

5 BEOORDELING

Klachtonderdeel a) en b)

5.1 De raad ziet aanleiding om de beide klachtonderdelen gezamenlijk te behandelen. Het is vaste rechtspraak van het Hof van Discipline dat een advocaat zich dient te onthouden van handelingen waardoor het vertrouwen in de advocatuur als zodanig wordt geschaad, en zich te allen tijde dient te onthouden van een handelen of nalaten dat een behoorlijk advocaat niet betaamt. Dergelijk handelen is immers in strijd met de in artikel 46 van de Advocatenwet omschreven normen. Uitgangspunt is dat een advocaat moet handelen met de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsbeoefenaar mag worden verwacht.

5.2 Vast staat dat klager een e-mailbericht aan mr. [D.] heeft verzonden, met

daaronder het commentaar van de cliënten van klager op een conceptvaststellingsovereenkomst tussen enerzijds de cliënt van klager en anderzijds verweerder en mr. [D.]. Die e-mail werd voorafgegaan door een lang 'lint' aan vertrouwelijke communicatie tussen klager en zijn cliënten. Gelet op de inhoud van die communicatie en de verschillende 'disclaimers' van (onder meer) het advocatenkantoor van klager, moet het voor verweerder vrijwel direct duidelijk zijn geweest dat dit vertrouwelijke communicatie tussen klager en zijn cliënten was. Verweerder en mr. [D.] hebben besloten om die e-mailcommunicatie te bestuderen en vervolgens in de procedure te gebruiken.

5.3 De raad is - overeenkomstig de jurisprudentie van het Hof van Discipline - van oordeel dat gelet op de onmiskenbare vertrouwelijk aard van de correspondentie tussen een advocaat en zijn cliënt, de advocaat van de wederpartij (verweerder) daar in beginsel geen kennis van behoort te nemen of gebruik van te maken, behoudens uitdrukkelijke en ondubbelzinnige toestemming van de advocaat of bijzondere omstandigheden. Schending van dit respect voor het vertrouwelijk karakter zal, behoudens zeer bijzondere omstandigheden, door de verweerder te stellen en aannemelijk te maken, moeten worden aangemerkt als een handelwijze die een behoorlijk advocaat niet betaamt. Zo'n uitzondering zou kunnen worden aanvaard als er een conflict van belangen bestaat en de waarheidsvinding tot het overleggen van die correspondentie daartoe dringend zou nopen (Hof van Discipline 7 juli 2014, ECLI:NL:TAHVD:2014:214).

5.4 Uit de hiervoor aangehaalde jurisprudentie volgt dat de verplichting om geen kennis te nemen van correspondentie tussen klager en zijn cliënten en de verplichting om die correspondentie niet in geding te brengen op onaanvaardbare wijze aan waarde inboeten als het verweerder vrij zou staan om naar eigen goeddunken en op grond van een eigen opvatting omtrent de betekenis van de inhoud van die correspondentie en omtrent hetgeen het belang van zijn of haar cliënt meebrengt, zonder de wederpartij daarin te kennen, te bepalen om van die correspondentie gebruik zal worden gemaakt.

5.5 De raad passeert het verweer van verweerder dat hij en mr. [D.] handelden als curatoren en dat om die reden de in de vorige rechtsoverweging genoemde voorschriften op hen niet van toepassing zijn. Uit de uitspraak van het Hof van Discipline van 30 mei 2022 (ECLI:NL:TAHVD:2022:105) volgt dat in gevallen als deze, waar het het verschoningsrecht betreft, voor het handelen als curator precies dezelfde maatstaf geldt als voor andere handelingen als advocaat.

5.6 De raad is gelet op het voorgaande van oordeel dat verweerder op het moment dat hij zag dat de inhoud van de onbedoelde aan hem gezonden e-mailcorrespondentie tussen klager en zijn cliënten bevatte, had moeten stoppen met het kennismaken van die correspondentie, deze moeten terugsturen aan klager en de e-mail moeten verwijderen. Voor zover verweerder er aan twijfelde of de e-mailcorrespondentie als vertrouwelijk is aan te merken en onder het verschoningsrecht valt, lag het op de weg van verweerder om zonder kennismaking van de inhoud van het stuk de deken te consulteren over de vraag of het stuk als vertrouwelijk is aan te merken en onder het verschoningsrecht valt. De deken kan dan advies uitbrengen en eventueel bemiddelen (vgl. Hof van Discipline van 30 mei 2022 (ECLI:NL:TAHVD:2022:105)).

5.7 De raad concludeert dat verweerder door op deze wijze - zonder overleg met de deken - kennis te nemen van de genoemde e-mailcorrespondentie niet heeft gehandeld met de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat mag worden verwacht. Klachtonderdeel a) wordt daarom gegrond verklaard.

5.8 Verweerder heeft vervolgens in de procedure - in het bijzonder in de besprekingen van 3 en 12 november 2020 en in de brief van zijn advocaat van 21 januari 2021 - ook gebruik gemaakt van de correspondentie tussen klager en zijn cliënten. Verweerder heeft aangevoerd dat hij een gerechtvaardigd belang had om gebruik te maken van de correspondentie, te weten de waarheidsvinding die ermee is gediend dat de door klager en zijn cliënten verzwegen informatie moet worden gebruikt in de procedure en in het kader van de afwikkeling van het faillissement. De raad is - overeenkomstig de jurisprudentie van het Hof van Discipline - van oordeel dat de vraag of de onder 5.3. genoemde uitzonderling zich voordoet, pas in overweging wordt genomen als de advocaat (verweerder), voorafgaande aan het in geding brengen van die correspondentie, de advocaat van wederpartij (klager) van dit voornemen op de hoogte heeft gesteld en om toestemming heeft gevraagd en indien dit overleg niet tot een oplossing zou hebben geleid, de deken om advies heeft gevraagd.

5.9 De raad constateert dat verweerder en mr. [D.] deze processuele weg niet hebben gevolgd. Zij hebben eerst hun advocaten en de rechter-commissaris op de hoogte gebracht van de inhoud van de correspondentie, terwijl zij dus eerst klager op de hoogte hadden moeten brengen en hem om toestemming moeten vragen en (zo nodig) advies aan de deken moeten vragen.

5.10 Door op deze wijze gebruik te maken van deze vertrouwelijke informatie heeft verweerder niet gehandeld met de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat mag worden verwacht. Dat betekent dat ook klachtonderdeel b) gegrond wordt verklaard.

6 MAATREGEL

6.1 Verweerder heeft de vertrouwelijkheid tussen klager en zijn cliënten in ernstige mate geschonden en is daar, ook nadat hij op die schending is gewezen, mee doorgegaan. Daarmee heeft verweerder in strijd gehandeld met artikel 46 Advocatenwet en heeft hij de kernwaarde geheimhouding geschonden. Daarbij komt dat verweerder nauwelijks doordrongen lijkt van het laakbare van zijn gedrag. Omdat verweerder geen tuchtrechtelijk verleden heeft, zal de raad volstaan met het opleggen van de maatregel van berisping.

7 GRIFFIERECHT EN KOSTENVEROORDELING

7.1 Omdat de raad de klacht gegrond verklaart, moet verweerder op grond van artikel 46e lid 5 Advocatenwet het door klager betaalde griffierecht van € 50,- aan hem vergoeden binnen vier weken nadat deze beslissing onherroepelijk is geworden. Klager geeft binnen twee weken na de datum van deze beslissing zijn rekeningnummer schriftelijk aan verweerder door.

7.2 Nu de raad een maatregel oplegt, zal de raad verweerder daarnaast op grond van artikel 48ac lid 1 Advocatenwet veroordelen in de volgende proceskosten:

- a) € 50,- aan forfaitaire reiskosten van klager,
- b) € 750,- kosten van de Nederlandse Orde van Advocaten en
- c) € 500,- kosten van de Staat.

7.3 Verweerder moet het bedrag van € 50,- aan forfaitaire reiskosten binnen vier weken nadat deze beslissing onherroepelijk is geworden, betalen aan klager. Klager geeft binnen twee weken na de datum van deze beslissing zijn rekeningnummer schriftelijk aan verweerder door.

7.4 Verweerder moet het bedrag van € 1.250,- (het totaal van de in 7.2 onder b en c genoemde kosten) binnen vier weken nadat deze beslissing onherroepelijk is geworden, overmaken naar rekeningnummer IBAN: NL85 INGB 0000 0790 00, BIC: INGBNL2A, Nederlandse Orde van Advocaten, Den Haag, onder vermelding van "kostenveroordeling raad van discipline" en het zaaknummer 22-557/AL/MN.

BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart de klacht gegrond;
- legt aan verweerder de maatregel van berisping van op;
- veroordeelt verweerder tot betaling van het griffierecht van € 50,- aan klager;
- veroordeelt verweerder tot betaling van de reiskosten van € 50,- aan klager, op de manier en binnen de termijn als hiervóór bepaald in 7.3;
- veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten van € 1.250,- aan de Nederlandse Orde van Advocaten, op de manier en binnen de termijn als hiervóór bepaald in 7.4.

Aldus beslist door mr. J.U.M. van der Werff, voorzitter, mrs. F.B.M. van Aanhold en M. Tijsseling, leden, bijgestaan door mr. W.B. Kok als griffier en uitgesproken in het openbaar op 19 juni 2023.

Griffier

Voorzitter

Verzonden d.d. 19 juni 2023