

Disciplinaire

Publicatie in deze rubriek geschiedt door de Commissie Disciplinaire Rechtspraak,

bestaande uit mr. A.G. Beets, mr. J.C.P. Ekering, mr. H.J.A. Knijff, mr. I.E.M. Sutorius, mr. G.J. Kemper en mr. C.H.B. Winters.

Tegenstrijdige belangen

Raad van Discipline Leeuwarden, 1 juni 2001

(mrs. Giltay, Groenewegen, Van Hartingsveld, Rotshuizen en Winkel)

De advocaat die aanvankelijk voor een besloten vennootschap en haar beide aandeelhouders optreedt, staat het niet vrij voor die vennootschap en één van de aandeelhouders te blijven optreden, wanneer tussen de aandeelhouders een geschil ontstaat of kan ontstaan, naar aanleiding van een door hem aan de vennootschap uitgebracht advies.

Diverse andere verwickelingen.

- Advocatenwet artikel 46 (2.4 vermijden van belangenconflicten, 2.4.2 tegenstrijdige belangen van verschillende cliënten, 3 wat een behoorlijk advocaat betaamt tegenover de wederpartij)
- Gedragsregels 7, lid 2 en 18.

Feiten

Mr. X is de vaste raadsman van een besloten vennootschap, A B.V., en van de twee aandeelhouders B B.V. en C B.V. die elk 50% van de aandelen in A B.V. houden. A B.V. is voornemens haar voornaamste bedrijfsmiddel te verkopen, waarmee tevens een einde zou komen aan de belangrijkste zakelijke activiteiten van A B.V. De algemene vergadering van aandeelhouders van A B.V. vraagt in verband daarmee aan mr. X advies over de vraag wat een behoorlijke afvloeiingsregeling met de directeur, J., zou zijn. Eén van de twee aandeelhouders, C B.V., is het met het vervolgens door mr. X. gegeven advies niet eens en besluit een andere advocaat, mr. Y., te raadplegen. Mr. X. legt vervolgens ten behoeve van de directeur, J., beslag op het bedrijfsmiddel in kwestie, tot zekerheid voor de betaling van een schadeloosstelling aan die directeur.

De klacht bestaat uit vijf onderdelen:

1. Mr. X had niet voor J. mogen optreden in het geschil met A B.V. over de beëindiging van hun relatie, nu hij de vaste advocaat van A B.V. was.
2. Mr. X heeft ten onrechte rechtstreeks contact opgenomen met C B.V., terwijl hij wist dat op dat ogenblik mr. Y de belangen van C B.V. behartigde.
3. Mr. X had geen conservatoir beslag mogen leggen op het bedrijfsmiddel van A B.V., nu hij wist welke problemen daarvoor voor A B.V. zouden kunnen ontstaan, die het bedrijfsmiddel immers op korte termijn aan een koper zou hebben te leveren.
4. Ten onrechte heeft mr. X aan de accountant om advies gevraagd over een door hemzelf aan J. geadviseerde faillissementsaanvraag van A B.V., terwijl hij wist dat bij A B.V. geen sprake was van een toestand van te hebben opgehouden te betalen.

5. Door B B.V. te adviseren heeft mr. X een patstelling in de aandeelhoudersvergadering doen ontstaan, waardoor het J. mogelijk gemaakt werd om in de procedure, die hij zelf met bijstand van mr. X tegen A B.V. was aangevangen, A B.V. verstek te doen laten gaan.

Beoordeling door de Raad

Ad 1 en 3

Aan de orde is de vraag of mr. X zich op enig moment had moeten terugtrekken als advocaat uit een zaak van J. tegen A B.V. als gevolg van een (niet aanstonds) overbrugbaar belangenconflict.

De Raad beantwoordt die vraag bevestigend. Mr. X was de vaste advocaat van A B.V. Als zodanig is hij betrokken geweest bij de verkoop en de voorgenomen levering van het enige (belangrijke) actief van A B.V. Hij wist op welk tijdstip de levering moest plaatsvinden. A. B.V. had er het grootst mogelijke belang bij dat de levering doorgang zou vinden. Volgens mr. X heeft hij in opdracht van de aandeelhouders van A B.V. en van J. geadviseerd over de positie van J., statutair directeur, in geval van beëindiging van de relatie tussen A B.V. en J. Mr. X heeft een advies uitgebracht. Hij vernam daarna dat één van de aandeelhouders, C B.V., zich daarin niet kon vinden. Hij wist dus ook dat dit voor conflictstof zou kunnen zorgen. Op een gegeven moment heeft hij zich ook de persoonlijke belangen van J. aangetrokken en heeft hij namens hem actie ondernomen. De Raad is van oordeel dat mr. X hier het punt bereikte dat hij zich als advocaat uit de gehele zaak had moeten terugtrekken. Hij heeft dat niet gedaan. Integendeel, hij heeft vervolgens voor de vordering van J. beslag gelegd op het spoedig daarna te leveren bedrijfsmiddel. Mr. X was ermee bekend, dat bij staking der stemmen J. de dienst uitmaakte binnen A B.V. Dit betekende dat J. het in de hand had of A B.V. in de namens hem tegen haar aanhangig gemaakte procedure verweer zou kunnen voeren. Bij het staken der stemmen vertegenwoordigde hij A B.V. en kon hij al dan niet een advocaat opdracht geven namens A B.V. verweer te voeren. Daarbij komt dat mr. X als advocaat van de andere aandeelhouder het stemgedrag van die aandeelhouder binnen A B.V. kon beïnvloeden. Onder deze omstandigheden had mr. X J. in zijn zaak tegen A B.V. niet mogen bijstaan, doch had hij zich uit de gehele zaak dienen terug te trekken. Die conflictstof lag besloten in de dubbel functie van J. Enerzijds was hij degene die zou kunnen worden ontslagen, anderzijds was hij degene die dit zou kunnen voorkomen. Toen J. mr. X vroeg hem in de ontslagzaak als raadsman bij te staan, had mr. X dit moeten weigeren nu – ook voor hem evident – een onoverbrugbaar belangenconflict was ontstaan of zou ontstaan. Mr. X had dan ook geen beslag mogen laten leggen en vervolgens een procedure tegen A B.V. beginnen.

Ad 2

Vaststaat dat mr. X telefonisch contact heeft gehad met C B.V., terwijl toen mr. Y de advocaat van C B.V. was. Mr. X heeft niet

Alle disciplinaire beslissingen die sinds 1986 in het *Advocatenblad* zijn gepubliceerd zijn ook te vinden

op www.advocatenorde.nl en *BalieNet*

bestreden dat mr. Y de advocaat van C B.V. was, en dat hij dit wist. Mr. X heeft aangevoerd, dat hij over iets anders belde dan de ontslagkwesie. Hij informeerde ernaar of C B.V. bereid was zekerheid te stellen voor de vordering die J. op A B.V. had. De Raad kan mr. X in dit betoog niet volgen. Die zekerheidstelling hield onmiddellijk verband met de schadeloosstelling ten behoeve van J. bij de beëindiging van diens relatie met A B.V. Mr. X had zich derhalve in verbinding moeten stellen met mr. Y en wel diens toestemming moeten vragen om zich rechtstreeks in verbinding te mogen stellen met C B.V. Hij heeft dit nagelaten.

De klacht is mitsdien gegrond.

Ad 4

Mr. Y heeft ter zitting van de Raad meegedeeld dat hij van C B.V. gehoord had dat het vermogen van A B.V. na de verkoop van het bedrijfsmiddel positief was. Hij heeft aldus de stelling van mr. X dat het vermogen na verkoop negatief zou zijn, weersproken. Over meer informatie beschikt de Raad niet. Onder die omstandigheden komt het de Raad voor dat de mededeling van mr. X in zijn faxbrief aan de accountant ten onrechte is gedaan, althans dat deze mededeling beoogde C B.V. – gelet op de verzonden kopie aan haar advocaat – onder druk te zetten.

Dit klachtonderdeel is mitsdien eveneens gegrond.

Ad 5

Naar het oordeel van de Raad vloeit dit klachtonderdeel voort uit de omstandigheid, dat mr. X voor diverse partijen met onderling verschillende eigen (tegenstrijdige) belangen tegelijkertijd optrad, zodat het kon gebeuren, dat C B.V. als aandeelhouder van A B.V. buitenspel kon worden gezet. Mr. X had het zo ver niet mogen laten komen. Toen hij na het uitbrengen van zijn advies over de positie van J. vernam dat C B.V. zich hierin niet kon vinden, had hij C B.V. of haar raadsman op korte termijn duidelijk moeten maken dat het bezwaar van C B.V. gelet op het feit dat mr. X ook voor de andere aandeelhouder optrad en deze diens advies onderschreef, kansloos was.

Dit klachtonderdeel is aldus gezien eveneens gegrond.

Beslissing

De Raad verklaart de klacht in al haar onderdelen gegrond. Hij legt terzake aan mr. X een berisping op.

Onrechtmatig verkregen bewijs

Raad van Discipline 's-Gravenhage, 11 juni 2001

(mrs. Robbers, Claassen, Baas, Maat en Van Nispen tot Sevenaer)

Het bepaalde in artikel 6 EVRM verzet zich ertegen dat in een tuchtrechtelijke procedure gebruik wordt gemaakt van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal.

EVRM artikel 6

WvSv artikelen 125h (oud) en 126aa (nieuw)

– *Advocatenwet* artikel 46 (2.3 *Gedragingen in strafzaken*).

Feiten

Mr. X heeft de verdachte A bijgestaan in een strafzaak. Op 24 maart 2000 heeft de rechter-commissaris in die strafzaak aan A de volgende beperkingen opgelegd. Verdachte mag zonder toestemming van de rechter-commissaris geen bezoek ontvangen. Deze beperking geldt niet ten aanzien van bezoek door de raadsman van verdachte, de politie en de reclasseringsambtenaar. Verdachte mag geen brieven verzenden of ontvangen zonder toestemming van de rechter-commissaris. Deze beperking geldt niet ten aanzien van correspondentie met de raadsman, justitiële autoriteiten en commissie van toezicht. Verdachte mag geen gebruiken van de telecommunicatie-infrastructuur zonder toestemming van de rechter-commissaris. Deze beperking geldt niet ten aanzien van communicatie met de raadsman, justitiële autoriteiten en commissie van toezicht. Verdachte mag geen contact hebben met (de) medegedetineerde(n).

Op 12 april 2000 zijn deze beperkingen opgeheven.

Op 29 maart en 12 april 2000 heeft mr. X telefoongesprekken gevoerd met een broer van A. Van deze gesprekken zijn tapverslagen gemaakt door de recherche. De tapverslagen zijn door de rechter-commissaris in handen van de president van de rechtbank gesteld. Deze heeft de verslagen ter kennis van de deken gebracht en de deken verzocht ambtshalve een onderzoek in te stellen.

Bij brief van 26 juli 2000 heeft de rechter-commissaris onder meer het volgende aan mr. X meegedeeld: 'Uw conclusie dat deze verslagen in één of meer dossiers zijn terechtgekomen of verwerkt is misplaatst, ik weet niet op welke dossiers u doelt. Als vermeld hebben de verslagen slechts gediend ter informatie van de deken.'

Klacht

De deken stelt dat mr. X heeft gehandeld zoals een behoorlijk advocaat niet betaamt door in de beide telefoongesprekken de door de rechter-commissaris opgelegde beperkende maatregelen illusoir te maken.

Verweer

Mr. X verweert zich onder meer als volgt. De aangeleverde tapverslagen zijn het resultaat van afgeluisterde gesprekken die niet afgeluisterd hadden mogen worden en daarom niet als bewijs in de strafzaak mogen worden gebruikt en evenmin als bewijs in de onderhavige klachtzaak.

Overwegingen van de Raad

Uit de door mr. X overgelegde brief van 26 juli 2000 van de rechter-commissaris in de strafzaak tegen A blijkt dat de in opdracht van de officier van justitie gemaakte tapverslagen niet in enig strafdossier terecht zijn gekomen. De Raad houdt het er derhalve

Disciplinaire

voor dat de tapverslagen op grond van de desbetreffende bepaling van het Wetboek van Strafvordering vernietigd moesten worden. Deze vernietiging moest plaatsvinden zowel indien artikel 125h WvSv (oud) van toepassing was als indien artikel 126aa WvSv (nieuw) van toepassing is.

Gelet op het vorenstaande is de wetenschap die de deken heeft verkregen en welke hij ten grondslag heeft gelegd aan de onderhavige klacht, verkregen door kennisneming van materiaal, te weten de tapverslagen, dat vernietigd had moeten worden. De Raad is van oordeel dat dit materiaal dan ook niet mag worden gebruikt. Het bepaalde in artikel 6 EVRM verzet zich er tegen dat in een tuchtrechtelijke procedure gebruik wordt gemaakt van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal. De raad zal ook de tapverslagen en de daarop gebaseerde wetenschap van de deken buiten beschouwing laten.

Vaststaat dat zonder kennisneming van de tapverslagen geen eventueel belastende feiten, die voor de tuchtrechter van belang zijn, tegen mr. X bekend zijn geworden. De klacht dient dan ook, bij gebreke van feitelijke grondslag, ongegrond te worden verklaard.

Volgt

Ongegrondverklaring.

Grievende uitlatingen

Raad van Discipline Arnhem, 25 juni 2001

(mrs. Van Ginkel, Bosma, Breuning-Ten Cate, Poelmann en Van Wijmen)

- *Advocatenwet Artikel 46 (geheimhoudingsplicht; 3.3.1 grievende uitlatingen).*
- *Gedragsregels 6 lid 1 en 31.*

Feiten

Mr. X is in een procedure opgetreden voor klager. Klager diende een eigen bijdrage aan mr. X te betalen van f 886,88. Omdat klager die eigen bijdrage niet betaalde, is mr. X die eigen bijdrage langs gerechtelijke weg gaan invorderen. De president van de rechtbank geeft een bevelschrift af. In de verzetprocedure die klager daartegen is gestart, stelt mr. X onder meer dat ... (klager) overigens een notoire bedrieger is, die een spoor heeft nagelaten van wanbetaling, faillissement, belastingfraude, inning van gestolen cheques, bedrog en valsheid in geschrifte en daarvoor ook strafrechtelijk is veroordeeld. Klager beklagt zich er ook over dat mr. X, die hem in een tweetal strafzaken voor valsheid in geschrifte heeft bijgestaan die uiteindelijk niet tot enige veroordeling hebben geleid, zijn geheimhoudingsplicht heeft geschonden en zich onnodig grievend tegen hem en zijn partner heeft uitgelaten.

In de klachtprocedure schrijft mr. X aan de deken dat het juist klager en zijn partner zijn die hem schade berokkenen 'door welbewust op grond van leugens en bedrog onterecht te klagen'.

Overwegingen Raad

Het eerste onderdeel van het verwijt ziet op de uitlating van mr. X in het kader van zijn verweer tegen een klacht. De Raad is van oordeel dat mr. X zich in dat verband heeft mogen uitlaten zoals hij dat heeft gedaan. Een advocaat moet zich vrijuit tegen klachten kunnen verweren en wanneer hij meent dat klagers hem schade berokkenen door welbewust op grond van leugens en bedrog onterecht klagen moet hij dat ook aan de deken kunnen schrijven. De in dit verband door mr. X gekozen bewoordingen zijn voldoende zakelijk en niet onnodig grievend.

Anders moet worden geoordeeld ten aanzien van het door mr. X gestelde in de conclusie van antwoord in de oppositie. In de context van (de onderbouwing van) de vordering tot betaling van een eigen bijdrage tegen klager/ex-cliënt en de weerlegging van diens verweer gaat het niet aan deze in de stukken af te schilderen als een notoire bedrieger et cetera. Dergelijke kwalificaties worden niet gerechtvaardigd door hetgeen klager in de verzetdagvaarding heeft doen stellen. Niet alleen zijn de gekozen bewoordingen onnodig grievend, zij ontberen ook relevantie voor de beoordeling van de vordering. Daar komt bij dat, zoals klager ter zitting heeft verduidelijkt, het gestelde met betrekking tot de strafrechtelijke veroordelingen ook nog onjuist is.

Bovendien heeft mr. X hier geput uit wetenschap die hij heeft verkregen in zijn hoedanigheid van advocaat van klager. Door daarvan mededeling te doen in de processtukken heeft mr. X zijn geheimhoudingsplicht geschonden. Mr. X is uitgegaan van de onjuiste veronderstelling dat, wanneer een uitspraak in het openbaar gedaan is, hij daarvan ook mededeling mag doen aan derden. Een cliënt – in dit geval klager – moet er op kunnen vertrouwen dat zijn advocaat – in casu mr. X – nimmer zonder toestemming van de cliënt mededelingen doet aan derden omtrent diens persoon, de aard en omvang van zijn belangen of over bijzonderheden van door hem behandelde zaken. Met de hiervoor geciteerde zinsnede in de conclusie van antwoord in oppositie heeft mr. X aldus gehandeld in strijd met hetgeen een behoorlijk advocaat betaamt.

Volgt

Gegrondbevinding van het tweede onderdeel en oplegging van de maatregel van een enkele waarschuwing.

Schending vertrouwelijkheid

Raad van Discipline Amsterdam, 25 juni 2001

(mrs. Kist, Van den Biesen, Breederveld, Karsten en Knipscheer)

Het is niet op voorhand ontoelaatbaar te achten dat een advocaat een gesprek onder vier ogen heeft met het minderjarige kind van zijn cliënt, omtrent welk kind tussen de ouders een gezags- en omgangsregeling in discussie is. Wel is het ontoelaatbaar wanneer de advocaat vervolgens in rechte een verslag produceert van dat gesprek, waarbij de minderjarige zich in ongun-

beslissingen

stige zin uitlaat over de andere ouder, omdat daarmee de advocaat de fundamentele vertrouwelijkheid van het met de minderjarige besprokene schendt.

- Advocatenwet artikel 46 (4. Wat een behoorlijk advocaat betaamt tegenover derden).
- Gedragsregels 1, 6.5.

De klacht

De klacht houdt zakelijk weergegeven in dat mr. X, optredend voor de ex-echtgenote van de klager, A,

- heeft meegewerkt aan de beraming van ontvoering van de minderjarige dochter van A en de cliënte van mr. X;
- buiten medeweten en zonder toestemming van A een gesprek heeft gevoerd met zijn dochter;
- het door mr. X gemaakte verslag van zijn gesprek met de dochter van A heeft openbaar gemaakt zonder toestemming van de dochter van A;
- zich bereid heeft verklaard als getuige op te treden over hetgeen de dochter van A tegen hem gezegd heeft;
- zich lijkt te vereenzelvigen met zijn cliënte.

Feiten

Mr. X heeft de ex-echtgenote van A vanaf januari 2000 bijgestaan in een geschil tussen deze ex-echtgenote en A met betrekking tot het gezag over hun (toen) 11-jarige dochter en over de omgangsregeling. A was belast met het gezag over de dochter.

In juli 2000, toen de dochter wegens vakantie bij de cliënte van mr. X verbleef, heeft mr. X ten huize van zijn cliënte een gesprek gehad met zijn cliënte en de dochter, gevolgd door een gesprek onder vier ogen met de dochter. Van dit gesprek heeft mr. X aantekeningen gemaakt. Uit die aantekeningen blijkt onder meer dat de dochter zich tegenover mr. X in zeer ongunstige zin zou hebben uitgelaten over haar vader en stiefmoeder. Besproken werd tevens dat mr. X enige maanden later een verzoek tot wijziging van de gezagsvoorziening zou indienen en dat diezelfde dag de kinderrechtster, de Raad voor de Kinderbescherming en de politie zou waarschuwen, zulks in verband met het opgevatte plan dat de dochter op die dag zou weglopen naar haar moeder.

In oktober 2000, bij gelegenheid van een door zijn cliënte tegen A aangespannen kort geding, heeft mr. X zijn aantekeningen van het gesprek met de dochter in het geding gebracht. Ter zitting heeft mr. X vervolgens aangeboden als getuige te worden gehoord omtrent hetgeen de dochter tegen hem had verklaard.

Beoordeling door de Raad

Ad a

Mede gelet op hetgeen mr. X daaromtrent heeft gesteld, is niet komen vast te staan dat mr. X een onoorbare rol heeft gespeeld met het kennelijk door zijn cliënte en de dochter opgevatte plan dat de dochter zou weglopen bij A. De afspraak dat mr. X op de voorgenomen datum onder meer de politie en de Raad voor de Kinderbescherming zou waarschuwen acht de Raad, vanuit tuchtrechtelijk perspectief, niet ontoelaatbaar.

Ad b

De beslissing van mr. X om voorafgaand aan het indienen van het verzoek tot wijziging van het gezag een onderhoud te hebben met de dochter, acht de Raad weinig gelukkig. Mede gelet op het feit dat het hier een voor de dochter en haar beide ouders uiterst precaire aangelegenheid betrof en gelet op de heikle voorgeschiedenis van de zaak, had mr. X er verstandig aan gedaan het horen van de dochter aan een terzake kundige buitenstaander over te laten. Door dat niet te doen heeft mr. X onder meer het risico genomen dat het (mogelijk) bij de dochter bestaande loyaliteitsconflict zou worden aangewakkerd en dat bij de dochter verwarring zou ontstaan over de rol van mr. X. Daarnaast heeft mr. X, zoals blijkt uit de onderhavige klachtzaak en het hierna overwogene, ook zichzelf in een lastige positie gemanoeuvreed door de dochter te horen.

Naar het oordeel van de Raad heeft mr. X met het enkele horen van de dochter echter geen tuchtrechtelijke grens overschreden, ook niet nu dit geschiedde zonder toestemming of medeweten van klager.

Ad c en d

Klachtonderdelen c) en d) acht de Raad gegrond. Met A is de Raad van oordeel dat de dochter erop mocht vertrouwen dat hetgeen zij mr. X toevertrouwde tussen haar en mr. X zou blijven en dat dit onder geen beding ter kennis zou worden gebracht van haar vader (en stiefmoeder), en al helemaal niet in de onversneden vorm van de gespreksnotitie van mr. X. Door de desbetreffende gespreksnotitie in het kader van een kort geding over te leggen en door zichzelf terzake het besprokene als te horen getuige aan te bevelen, heeft mr. X de fundamentele – en ook voor mr. X evidente – vertrouwelijkheid van het met de dochter besprokene geschonden, zulks overigens zonder dat daar naar het oordeel van de Raad zelfs maar een begin van objectieve rechtvaardiging voor bestond. De door mr. X genoemde omstandigheid dat A zich bij de deken had beklagd over het optreden van mr. X met betrekking tot de geplande 'ontvoering' en daarbij een mr. X onwelgevallige verklaring van de hand van de dochter had overgelegd, kan naar het oordeel van de Raad in elk geval niet als zodanig gelden.

Ad e

Dit laatste klachtonderdeel is naar het oordeel van de Raad onvoldoende concreet en ook onvoldoende onderbouwd en zal om die reden ongegrond worden verklaard.

Gelet op enerzijds de ernst van de verweten gedraging, voorzover gegrond bevonden, en anderzijds de omstandigheid dat ten aanzien van mr. X nog niet eerder klachten gegrond zijn bevonden, acht de Raad de maatregel van berisping passend.

Beslissing

De Raad van Discipline

- verklaart onderdelen c) en d) van de klacht gegrond;
- verklaart onderdelen a), b), en e) van de klacht ongegrond;
- legt aan mr. X op de maatregel van berisping. ■