

waar zij zelf 30 dagen had voor het indienen van het appelschrift, in strijd is met artikel 6 EVRM. Naar het oordeel van het hof is dat evenwel niet het geval. De termijn van 30 dagen dient de rechtszekerheid: de wederpartij moet tijdig weten of, en in hoeverre, de beslissing in eerste aanleg onherroepelijk is geworden. De verweertermijn dient ter bevordering van de voortgang van de procedure en stelt het hof in staat om tijdig een mondelinge behandeling te bepalen. Een en ander rechtvaardigt het verschil. (...).’ De verzochte extra termijn wordt niet vergund.

31. Deze motivering van het HvD geeft in wezen geen enkel antwoord op het verweer. Sterker nog, de gebezigde motivering is onbegrijpelijk. In elk geval kan deze motivering in mijn optiek de toets van de Ismayilov-doctrine niet doorstaan, vanwege het feit dat deze motivering niet ‘specific and explicit’ is. Dat dit verweer van invloed kan zijn op enig door de tuchtrechter te nemen beslissing is evident. Het feit dat dit verweer een zogenaamd formeel verweer lijkt te zijn, maakt dit niet anders.

Conclusie

32. Ook in de tuchtprocedure mogen (en moeten) eisen worden gesteld aan de motivering van de (tucht)rechtelijke beslissingen. Juist bij het ontbreken van de mogelijkheid van cassatie, is het van groot belang dat in de beslissingen van het HvD recht wordt gedaan aan alle gevoerde (toereikende) verweren. De motiveringsplicht in tuchtzaken moet praktisch toepasbaar zijn, effectief en aldus niet theoretisch of illusoir. Ik verwacht dat ten gevolge van deze Ismayilov-uitspraak van het EHRM ook (uitgebreidere) motiveringen ten aanzien van prelimiaire verweren en getuigenverzoeken in tuchtrechtjurisprudentie terug te lezen zullen zijn. Het stellen van eisen aan de motivering van tuchtrechtelijke beslissingen, en daardoor aan de (onderbouwning van) verweren in tuchtzaken, draagt immers bij aan de (verdere) ontwikkeling en kwaliteit van het tuchtrecht.

Mr. N.A. de Leon-van den Berg
Advocaat bij Advocatenkantoor De Leon en
hoofdredacteur van Tijdschrift Tuchtrecht.

22

De nieuwe kantoorgenoot en de aanbevelingen van het Hof van Discipline

Hof van Discipline
13 december 2019, 180330D, 180331,
ECLI:NL:TAHVD:2019:235
(Mr. T. Zuidema, Mr. A.R. Sturhoofd, Mr. N.H. van Everdingen, Mr. J.M. Rowel-van der Linde, Mr. G.J.K. Elsen)
Noot Mr. N.A. de Leon-van den Berg

Advocatentuchtrecht. Kernwaarden. Geheimhoudingsplicht. Samenwerkingsverband. Belangenconflict.

[art. 10, 11a en 46 Advocatenwet; art. 5.3 Voda; Gedragsregel 7 (1992) / Gedragsregel 15 (2018); art. 3.2. CCE]

In deze tuchtzaak staat de vraag centraal in hoeverre een advocaat (hierna: verweerder), als advocaat-gemachtigde tegen klaagster mag optreden, nu de nieuwe kantoorgenoot van verweerder, inmiddels verbonden aan de Zwitserse vestiging van het kantoor van verweerder, bij diens voormalige kantoor als advocaat voor die klaagster heeft opgetreden.

Het Hof van Discipline (HvD) oordeelt dat dit indirecte samenwerkingsverband tussen de Zwitserse en de Nederlandse vestiging een samenwerkingsverband is in de zin van art. 5.3 Voda. De gedragsregels voorzien echter niet in onderhavige situatie, waardoor het HvD in deze beslissing maatstaven formuleert voor advocaten in een (toekomstige) vergelijkbare situatie.

Het HvD geeft een aantal aanbevelingen met betrekking tot te nemen maatregelen: zo dient verweerder onder meer direct de nodige maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat de overgestapte advocaat wordt afgeschermd van alle informatie over de zaak. Het verdient aanbeveling dat de advocaat de overgestapte advocaat vraagt contact op te nemen met zijn voormalige cliënt om te vragen of die cliënt ermee instemt dat een andere advocaat binnen zijn nieuwe samenwerkingsverband namens zijn wederpartij tegen hem optreedt. Ook verdient het aanbeveling dat

de overgestapte advocaat geen (direct) deel zal ontvangen van de vergoeding van die zaak (anders dan zijn salaris of winstdeel) zodat de overgestapte advocaat geen enkel (direct) belang bij de zaak heeft. Het HvD verwijst bij deze aanbevelingen voor de handelwijze voor de advocaat in een vergelijkbare situatie ook expliciet naar de verschillende kernwaarden en hetgeen in dat kader van een betamelijk handelend advocaat mag worden verwacht. Indien een vergelijkbare situatie zich zou voordoen, dan zou de deken aldus het HvD in zijn dekenale onderzoek mee kunnen wegen of, en in hoeverre, deze aanbevelingen van het HvD zijn gevolgd.

de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Amsterdam
de deken en
klagers
tegen:
verweerder

Hof van Discipline:

1. De procedure bij de Raad van Discipline

De Raad van Discipline in het ressort Amsterdam (verder: de raad) heeft op 27 november 2018 uitspraak gedaan op het bezwaar van de deken (zaaknummer raad 18-556/A/A/D) en de klacht van klagers (zaaknummer raad 18-557/A/A) tegen verweerder. De raad heeft de klacht en het dekenbezwaar bij gecombineerde beslissing gegrond verklaard en aan verweerder de maatregel van waarschuwing opgelegd. Verder is verweerder veroordeeld tot betaling van het griffierecht van € 50,- aan klagers, de proceskosten van € 750,- aan de Nederlandse Orde van Advocaten en de proceskosten van € 500,- aan de Staat.

De beslissing is op de datum van de uitspraak aan partijen toegezonden.

Het hof verwijst naar de beslissing van de raad, die op tuchtrecht.nl is gepubliceerd als ECLI:NL:TADRAMS:2018:228.

2. De procedure in hoger beroep bij het Hof van Discipline

2.1 Verweerder heeft hoger beroep ingesteld tegen de beslissing van de raad. Het hof heeft het beroepschrift (met bijlagen) op 24 december 2018 per telefax ontvangen en op 27 december 2018 per post.

2.2 Verder is het hof bekend met:

- het dossier van de raad;
- het verweerschrift in hoger beroep van de deken van 24 januari 2019, dat op 25 januari 2019 door het hof is ontvangen;
- het telefaxbericht van klagers dat op 14 februari 2019 door het hof is ontvangen.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld tijdens de openbare zitting van 30 augustus 2019 in aanwezigheid van de deken, verweerder, bijgestaan door zijn gemachtigde de heer mr. A. Croiset van Uchelen, advocaat in Amsterdam. Namens klagers is niemand verschenen. De deken en verweerder hebben een nadere toelichting gegeven. Verweerder heeft daarbij gebruik gemaakt van pleitaantekeningen.

3. Klacht

3.1 De klacht en het dekenbezwaar houden, zake-lijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat hij als advocaat optreedt tegen klaagster sub 1 terwijl een kantoorgenoot van hem eerder als advocaat voor deze klaagster is opgetreden.

4. Feiten

Het hof gaat uit van de volgende feiten.

4.1 Klaagster sub 1 en [Bedrijf 1] zijn een joint venture aangegaan. Vervolgens is een geschil tussen deze partijen ontstaan. Ter beëindiging van dit geschil is in april 2016 een vaststellingsovereenkomst gesloten tussen klaagster sub 1 en Resilux. [Bedrijf 1] is daarbij bijgestaan door (onder andere) verweerder. Verweerder is werkzaam bij de Nederlandse vestiging van het internationale [naamadvocatenkantoor 1]. Amsterdam. Klaagster sub 1 is, in ieder geval in één ander geschil tussen klaagster sub 1 en Resilux, bijgestaan door (onder meer) advocaat [naam advocaat klaagster sub 1] die tot oktober 2016 werkzaam was bij het Zwitserse [naam advocatenkantoor 2].

4.2 In oktober 2016 is [naam advocaat klaagster sub 1] overgestapt naar de Zwitserse vestiging van [naam advocatenkantoor 1] in Zürich. Voorafgaand aan zijn vertrek heeft [naam advocaat klaagster sub 1] zijn cliënten en relaties, waaronder klaagster sub 1, geïnformeerd over zijn overstap.

4.3 In februari 2017 is opnieuw een geschil ontstaan tussen klaagster sub 1 en Resilux. Dit geschil heeft geleid tot twee arbitrageprocedures voor het Nederlands Arbitrage Instituut (NAI). Verweer-

der staat [Bedrijf 1] daarin (opnieuw) bij. Klager sub 2 staat klaagster sub 1 daarin bij.

4.4 Op 15 december 2017 heeft verweerder namens [Bedrijf 1] in één van deze arbitrageprocedures voor het NAI een “Memorie van antwoord, tevens eis in reconventie, tevens provisionele vordering tot zekerheidsstelling” ingediend. Op pagina 41 van dit stuk staat onder voetnoot 91:

“[naam advocaat klaagster sub 1], voorheen [naam advocatenkantoor 2] werkt thans bij [naam advocatenkantoor 1] in Zurich. Dit is [Klaagster sub 1] bekend. [naam advocaat klaagster sub 1] heeft uiteraard geen enkele bemoeienis met dit dossier.”

4.5 Op 2 februari 2018 heeft klager sub 2 een brief gestuurd aan verweerder, met onder andere de volgende inhoud:

“Namens mijn cliënte [klaagstersub 1] vraag ik uw dringende aandacht voor het navolgende.

Zoals u weet heeft uw kantoorgenoot, Mr. [naam advocaat klaagster sub 1], [Klaagster sub 1] in het betrekkelijk recente verleden zeer intensief bijgestaan. Zijn voormalige kantoor [naam advocatenkantoor 2], met [naam advocaat klaagster sub 1] als verantwoordelijke partner, heeft [Klaagster sub 1] gedurende het gehele schikkingstraject tussen [Klaagster sub 1] en [Bedrijf 1] geadviseerd: (...). Het verbaast [Klaagster sub 1] daarom dat u zich vrij heeft geacht [Bedrijf 1] c.s. bij te staan in de thans tussen onze cliënten lopende arbitrageprocedures. Gelet op de nauwe betrokkenheid van uw kantoorgenoot [naam advocaat klaagster sub 1] bij de aanloop naar de Settlement Agreement de onderhandelingen daarover en de totstandkoming daarvan staat het u, op grond van Gedragsregel 7, lid 4, immers niet vrij om tegen uw voormalige cliënt [Klaagster sub 1] op te treden. Deze norm is ook opgenomen in de Code of conduct for European lawyers, art. 3.2 (...)

Ik verzoek u daarom dringend u uiterlijk vrijdag 9 februari van de thans tussen onze cliënten bij het NAI lopende procedures te onttrekken door dat schriftelijk te bevestigen aan de arbiters en mij van die bevestiging een afschrift te zenden. Indien u aan dit verzoek geen gehoor geeft zal ik niet aarzelen een klacht tegen u in te dienen bij de deken.”

4.6. Op 9 februari 2018 heeft verweerder een brief gestuurd aan klager sub 2, met onder andere de volgende inhoud:

“Ik heb kennisgenomen van uw brief van 2 februari 2018. Daarin vraagt u mij te bevestigen dat ik

mij aan de procedures tussen [Bedrijf 1] en [Klaagster sub 1] zal onttrekken.

Ik zal geen gehoor geven aan dat verzoek.

U schrijft in uw brief dat het mij niet vrijstaat tegen mijn “voormalige cliënte [Klaagster sub 1] op te treden”. Die stelling ontbeert allereerst feitelijke grondslag. [Klaagster sub 1] is nimmer mijn cliënte geweest. Evenmin is [Klaagster sub 1] ooit cliënte geweest van [naam advocatenkantoor 1]. [Klaagster sub 1] was cliënte van [naam advocaat klaagster sub 1] in de tijd dat hij werkzaam was bij het kantoor [naam advocatenkantoor 2] (dus voor zijn overstap naar [naam advocatenkantoor 1]). [Klaagster sub 1] kan weliswaar worden gezien als voormalig cliënte van [naam advocaat klaagster sub 1] en het samenwerkingsverband [naam advocatenkantoor 2], maar dat maakt haar nog geen (voormalige) cliënte van mij of mijn kantoor in de zin van Gr. 7 lid 4 jo. Gr 7 lid 7 en art. 3.2 Code of conduct for European Lawyers. Uw daarop gestoelde stellingen rusten op een onjuiste lezing van Gr 7.

De vrees van [Klaagster sub 1] dat “de vertrouwelijkheid die [naam advocaat klaagster sub 1] jengers haar [waarmee, naar ik aanneem, wordt bedoeld: ten aanzien van hetgeen [Klaagster sub 1] hem heeft toevertrouwd toen hij, werkende bij [naam advocatenkantoor 2] haar advocaat was] in acht behoort te nemen in deze procedures niet kan worden gewaarborgd” is zonder grond, nu [naam advocaat klaagster sub 1] zelf niet tegen [Klaagster sub 1] mag optreden (en dat uiteraard ook niet zal doen) en gehouden is en blijft hetgeen [Klaagster sub 1] hem destijds als advocaat heeft toevertrouwd voor een ieder geheim te houden (artikel 13 BGFA, overtreding waarvan is strafbaar gesteld met ten hoogste drie jaar gevangenisstraf; zie artikel 321 Schweizerisches Strafgesetzbuch). Voor zover dat al relevant is in het licht van het bovenstaande, teken ik hierbij aan dat uw suggestie dat ik zou weten welke werkzaamheden [naam advocaat klaagster sub 1] voor [Klaagster sub 1] heeft verricht en dat hij [Klaagster sub 1] “zeer intensief” heeft bijgestaan onjuist is. Ik weet niet meer dan blijkt uit de openbare bronnen waarnaar wordt verwezen in de MvA (en die u vervolgens aanhaalt in uw brief).

[naam advocaat klaagster sub 1] werkt sinds medio oktober 2016 bij [naam advocatenkantoor 1] in Zürich. Naar aanleiding van uw brief heb ik inlichtingen ingewonnen bij het management van onze Zwitserse vestiging. Ik heb van hen begrepen

dat [naam advocaat klaagster sub 1] voorafgaande aan zijn vertrek zijn cliënten bij [naam advocatenkantoor 2] heeft geïnformeerd over zijn overstap naar [naam advocatenkantoor 1]. Daaruit volgt dat [Klaagster sub 1] sedert (in elk geval) medio oktober 2016 daarvan op de hoogte is, terwijl [Klaagster sub 1] sinds januari 2016 ervan op de hoogte is dat ik optreed voor Resilux. [Klaagster sub 1] weet sinds 3 april 2017 dat ik voor [Bedrijf 1] optreed met betrekking tot de geschillen die u noemt in uw brief.

De voetnoten 90 en 91 van de Memorie van Antwoord in NAI 4539 heb ik louter opgenomen ter voorlichting van arbiters. Voor [Klaagster sub 1] was dat geen nieuwe informatie. [Klaagster sub 1] is al geruime tijd (meer dan een jaar) op de hoogte van de feiten die zij nu ten grondslag legt aan haar “dringende” verzoek. Het had voor de hand gelegen dat [Klaagster sub 1] haar “nadrukkelijk[e] bezwaar” tegen mijn betrokkenheid dan (veel) eerder naar voren had gebracht.

(...)

Ik zal mij dan ook niet onttrekken.”

4.7 Bij brief van 22 februari 2018 hebben klagers bij de deken een klacht ingediend over verweerder. In deze brief verwijzen klagers herhaaldelijk naar Regel 7 van Gedragsregels 1992 en concluderen klagers dat verweerder: “door op te treden tegen een (voormalige) cliënt van [naam advocaat klaagster sub 1] ondanks het feit dat [naam advocaat klaagster sub 1] thans zijn kantoorgenoot is althans bij de zelfde samenwerkingsverband werkzaam is:

(a) in strijd handelt met de Advocatenwet door zich bij de uitoefening van zijn beroep zich onvoldoende rekenschap te geven van:

(i) de kernwaarde van partijdigheid (art. 10a lid 1 sub b Advocatenwet);

(ii) het feit dat een advocaat een vertrouwenspersoon is en geheimhouding dient te betrachten (art. 10a lid 1 sub e Advocatenwet)

(b) het vertrouwen in de advocatuur schaadt door niet te handelen en na te laten zoals een behoorlijk advocaat betaamt.”

4.8 De klacht is door de deken aanvankelijk aangemerkt als een verzoek tot het krijgen van advies omtrent een (mogelijk) tegenstrijdig belang. Op 8 mei 2018 heeft de deken zijn advies uitgebracht, waarin de deken (kort gezegd) overweegt dat tussen de Nederlandse en de Zwitserse vestiging van het kantoor van verweerder sprake is van een samenwerkingsverband in de zin van artikel 5.3

Verordening op de advocatuur (hierna: Voda) alsmede dat Regel 15 van Gedragsregels 2018 van toepassing is en niet is voldaan aan de drie cumulatieve voorwaarden van Regel 15 lid 3 van Gedragsregels 2018 (hierna ook: Regel 15 (2018)). Het advies van de deken luidt dat klagers van verweerder mogen verlangen dat hij in de thans lopende procedures niet voor [Bedrijf 1] tegen [Klaagster sub 1] optreedt.

4.9 Verweerder heeft naar aanleiding van het advies van de deken en na consultatie van de compliance-officer binnen [naam advocatenkantoor 1] besloten de bijstand aan [Bedrijf 1] niet neer te leggen, waarop klagers de deken hebben laten weten de klacht voort te zetten. Nadat het onderzoek door de deken is afgerond heeft de deken de klacht en zijn bezwaar bij brief van 19 juli 2018 ter kennis van de raad gebracht.

4.10 Vanaf 5 november 2018 is [naam advocaat klaagster sub 1] niet meer verbonden aan [naam advocatenkantoor 1].

5. Boordeling

5.1 Op de zitting heeft de deken zijn bezwaar (dat in de visie van de deken beperkter is dan de klacht van klagers) ingetrokken, omdat het hof in hoger beroep op de klacht zal beslissen en de deken daarom geen belang heeft bij afzonderlijke beoordeling van het bezwaar. Het hof zal de beslissing van de raad ten aanzien van het dekenbezwaar vernietigen en verstaan dat op dit bezwaar niet meer hoeft te worden beslist.

5.2 In het beroepschrift voert verweerder zes grieven aan tegen de bestreden beslissing van de raad.

5.3 Grief I, gericht tegen de door de raad vastgestelde feiten (met name de onder rechtsoverweging 2.1 van de bestreden beslissing genoemde feiten), behoeft geen nadere bespreking omdat het hof de feiten, zoals hiervoor uiteengezet, zelfstandig vaststelt.

5.4 De grieven II en III zijn gericht tegen het oordeel van de raad over de ontvankelijkheid van de deken en de gegrondheid van het dekenbezwaar. Omdat de deken zijn bezwaar tijdens de behandeling van het hoger beroep heeft ingetrokken, behoeven deze grieven bij gebrek aan belang evenmin nadere bespreking.

5.5 Het hof ziet aanleiding eerst grief V te bespreken. Deze grief richt zich tegen het oordeel van de raad in rechtsoverweging 5.3 van de bestreden beslissing dat een indirect samenwerkingsverband zoals tussen de Zwitserse en Nederlandse

vestiging van het kantoor van verweerder onder de reikwijdte van artikel 5.3 Voda valt. De raad heeft hierbij mede in aanmerking genomen dat de door verweerder verdedigde opvatting ten aanzien van de reikwijdte van artikel 5.3 Voda en Regel 7 van de Gedragsregels 1992 (hierna ook: Regel 7 (1992)) en Regel 15 (2018) tekort zou doen aan de bescherming die de genoemde Gedragsregels in een situatie als deze beogen te bieden. Het is, aldus de raad, niet goed voorstelbaar dat advocaten, werkzaam bij twee verschillende vestigingen van hetzelfde internationale kantoor, die onder een gemeenschappelijke naam naar buiten treden, aan de toepasselijkheid van Regel 7 (1992) en Regel 15 (2018) zouden kunnen ontkomen door de oprichting van een internationaal samenwerkingsverband via welke band zeggenschap wordt uitgeoefend en winst wordt gedeeld. Een en ander leidt volgens de raad tot de conclusie dat voor zowel de toepassing van artikel 5.3 Voda als Regel 7 (1992) en Regel 15 (2018) het indirecte samenwerkingsverband tussen het kantoor van verweerder en het kantoor van [naam advocaat klaagster sub 1] als een samenwerkingsverband in de zin van die bepalingen moet worden aangemerkt.

5.6 Verweerder meent dat de raad met dit oordeel buiten de klacht is getreden nu [Klaagster sub 1] immers uitsluitend heeft geklaagd over handelen in strijd met de genoemde Gedragsregels en zij artikel 5.3 Voda niet aan haar klacht ten grondslag heeft gelegd.

5.7 Deze grief faalt. Uit de onder rechtsoverweging 4.7 aangehaalde passage uit de inleidende klachtbrief van 22 februari 2018 blijkt ontegenzeggelijk dat het tussen [naam advocaat klaagster sub 1] en verweerder bestaand hebbende samenwerkingsverband mede in het licht van het bepaalde in Regel 7 (1992), nu Regel 15 (2018), deel uitmaakt van de klacht. Lid 7 van Regel 7 (1992) respectievelijk lid 6 van Regel 15 (2018) bepalen dat de betreffende regel zich uitstrekt tot alle advocaten die deel uitmaken van eenzelfde samenwerkingsverband. Bij de uitleg van wat als samenwerkingsverband als bedoeld in de Gedragsregels heeft te gelden, heeft de raad aansluiting gezocht bij (de toelichting op) artikel 5.3 Voda. Deze aansluiting is op goede gronden gezocht, nu uit de toelichting op Regel 7 (1992) onder het kopje Begripsomschrijving bij “samenwerkingsverband” verwezen wordt naar de Samenwerkingsverordening die als voorloper van de Voda kan worden

aangemerkt. Niet valt in te zien dat de raad door aldus te overwegen buiten de klacht is getreden. Overigens heeft het hof in het beroepschrift geen grieven gelezen die zijn gericht tegen het (inhoudelijke) oordeel van de raad in rechtsoverweging 5.3 van de bestreden beslissing. Integendeel, verweerder heeft ter zitting verklaard dat een beperkte interpretatie van het begrip “samenwerkingsverband” de minst aantrekkelijke oplossing is en dat hij begrip heeft voor de bedenkingen die de deken en de raad hiertegen hebben (zie punten 9 en 10 van de spreekantekeningen van verweerder). Met de raad is het hof van oordeel dat het indirecte samenwerkingsverband als waarvan tussen de Zwitserse en de Nederlandse vestiging van het kantoor sprake is, een samenwerkingsverband is in de zin van artikel 5.3 Voda.

5.8 Grief IV richt zich tegen het oordeel van de raad in rechtsoverwegingen 5.5 tot en met 5.9 van de bestreden beslissing. In de overwegingen 5.5 en 5.6 stelt de raad zich de vraag of sprake is van schending van Regel 7 (1992), nu Regel 15 (2018). Daarbij stelt de raad voorop dat een advocaat in het algemeen niet mag optreden tegen een voormalige cliënt of een bestaande cliënt van hem of een kantoorgenoot van hem en dat een advocaat zich niet in een situatie moet begeven dat hij in een belangenconflict met zijn cliënt geraakt, terwijl voorts de cliënt erop moeten kunnen vertrouwen dat vertrouwelijke informatie niet tegen hem kan worden gebruikt en dat dit ook geldt voor advocaten binnen hetzelfde samenwerkingsverband. In rechtsoverwegingen 5.7 tot en met 5.9 past de raad Regel 7 (1992), nu Regel 15 (2018), toe en oordeelt dat verweerder de genoemde Gedragsregels heeft geschonden.

5.9 In essentie voert verweerder aan dat de raad de voormalige cliënten van [naam advocaat klaagster sub 1], als gevolg van zijn overstap naar [naam advocatenkantoor 1], kennelijk en ten onrechte (als het ware) is gaan beschouwen als voormalige cliënten van [naam advocatenkantoor 1], ook in het geval [naam advocaat klaagster sub 1] zijn cliënten niet heeft “meegenomen” naar het nieuwe samenwerkingsverband.

5.10 Deze grief treft doel. Daarbij stelt het hof het volgende voorop. Naar vaste jurisprudentie van het hof moet de tuchtrechter bij de beoordeling van een tegen een advocaat ingediende klacht het aan de advocaat verweten handelen of nalaten toetsen aan de in artikel 46 Advocatenwet omschreven normen. Bij deze toetsing is de tucht-

rechter niet gebonden aan de Gedragsregels maar die regels kunnen, gezien het open karakter van de wettelijke normen, daarbij ter invulling van deze norm wel van belang zijn. Of sprake is van tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen, hangt af van de feitelijke omstandigheden en wordt door de tuchtrechter per geval beoordeeld (vergelijk HvD 15 mei 2017, ECLI:NL:TAHVD:2017:86 en HvD 25 mei 2018, ECLI:NL:TAHVD:2018:102).

5.11 Regel 7 (1992), nu Regel 15 (2018), ziet op de situatie dat zich een nieuwe cliënt aandient. Deze regels bevatten de binnen de beroepsgroep algemeen aanvaarde norm dat het een advocaat, behoudens bijzondere omstandigheden, niet is toegestaan tegen zijn eigen (voormalige) cliënt of die van zijn kantoorgenoten op te treden. De ratio daarvan is dat de cliënt ten volle erop moet kunnen vertrouwen dat (vertrouwelijke) gegevens over zijn zaak, zijn persoon of zijn onderneming, die de cliënt de advocaat of zijn kantoorgenoot ter beschikking stelt, niet op enig moment tegen hem worden gebruikt. Het onderzoek van de advocaat of het hem vrijstaat tegen een cliënt of voormalig cliënt op te treden strekt zich ook uit tot alle deelnemers die aan zijn kantoor zijn verbonden of het samenwerkingsverband waarvan zijn kantoor deel uitmaakt.

5.12 In deze zaak is geen sprake van een nieuwe cliënt, maar van een reeds bestaande cliënt waarbij een belangenverstengeling zou kunnen ontstaan omdat een advocaat tot het samenwerkingsverband is toegetreten die de wederpartij van die cliënt heeft bijgestaan. Wanneer deze (overstappende) advocaat deze cliënt – in deze zaak de wederpartij van een advocaat van het samenwerkingsverband – bij zijn overstap “meeneemt” naar het samenwerkingsverband, is er aanleiding deze Gedragsregels ook in deze situatie toe te passen. Immers het gevolg van de overstap en het “meenemen” van deze cliënt is, dat de onder rechts-overweging 5.11 bedoelde vertrouwelijke gegevens binnen het samenwerkingsverband bekend (kunnen) raken en dan is niet uit te sluiten dat die gegevens binnen dat samenwerkingsverband worden gedeeld met anderen. Als een cliënt ervoor kiest “mee te gaan” met de overstappende advocaat, behoeft de geheimhoudingsplicht van deze advocaat ten opzichte van de cliënt hem overigens niet te beletten deze vertrouwelijke gegevens in te brengen in het nieuwe samenwerkingsverband. De Gedragsregels beogen een cliënt te waarborgen dat (vertrouwelijke) gegevens over

zijn zaak, zijn persoon of zijn onderneming, die de cliënt de advocaat of zijn kantoorgenoot ter beschikking stelt, niet op enig moment tegen hem worden gebruikt.

In dit geval is de cliënt van de overstappende advocaat niet meegegaan met de overstappende advocaat naar het nieuwe samenwerkingsverband. De geheimhoudingsplicht van de overgestapte advocaat belet deze advocaat aan het nieuwe samenwerkingsverband mededelingen te doen over aan hem toevertrouwde informatie met betrekking tot zijn voormalige cliënt. Hierdoor mogen vertrouwelijke gegevens over de voormalige cliënt niet in het nieuwe samenwerkingsverband worden ingebracht en mogen deze niet met anderen binnen dat samenwerkingsverband worden gedeeld, behoudens wanneer deze cliënt daar expliciet toestemming voor geeft. De bescherming die de betreffende Gedragsregels beogen te bieden voert dan te ver en zou in deze situatie praktisch niet uitvoerbaar zijn omdat van het nieuwe kantoor, juist vanwege de geheimhoudingsverplichting van een advocaat jegens zijn (voormalige) cliënt, in redelijkheid niet verwacht kan worden op voorhand inzicht te hebben in cliënten die een toetredende advocaat bij zijn vorige kantoor(en) heeft bijgestaan, maar niet heeft meegenomen naar het nieuwe kantoor. Nu de Gedragsregels niet voor deze situatie zijn geschreven, acht het hof deze regels niet van belang voor de beoordeling van de klacht.

5.13 Omdat de Gedragsregels niet zijn bedoeld voor de situatie waarbij de cliënt van de overstappende advocaat niet met hem/haar is meegegaan naar het nieuwe samenwerkingsverband, heeft het hof (rechtsvergelijkend) ook naar andere internationale stelsels gekeken. De door de CCBE opgestelde Gedragscode voor Europese advocaten blijkt echter evenmin houvast te bieden. Daarnaast heeft het hof de “Rules of Professional Conduct” van de American Bar Association (hierna: ABA-gedragsregels) geraadpleegd, waarvan verweerder stelt dat [naam advocatenkantoor 1] deze regels toepast. De ABA-gedragsregels bevatten in Rule 1.10 (a) 2 wel een uitzondering die specifiek ziet op de positie van de kantoorgenoot van een overgestapte advocaat. Die uitzondering komt er samengevat op neer dat als een advocaat vanwege een belangenverstengeling is “disqualified”, de kantoorgenoten van die advocaat ook zijn “disqualified”, tenzij deze diskwalificatie van de advocaat te maken heeft met de associatie van hem/

haar met een vorig kantoor. Deze uitzondering op de hoofdregel geldt alleen als aan een aantal cumulatieve voorwaarden is voldaan, onder meer over het afschermen van de overgestapte advocaat van enige bemoeienis met de zaak en het schriftelijk informeren van de voormalige cliënt over de ontstane situatie en de manier waarop daarmee is en zal worden omgegaan, maar daarnaast bijvoorbeeld ook de afgifte van een verklaring van de overgestapte advocaat en het nieuwe samenwerkingsverband dat overeenkomstig de toepasselijke Gedragsregels zal worden gehandeld. In aanvulling op deze uitzondering is in Rule 1.10 (c) nog als algemene uitzondering opgenomen dat het (nieuwe) samenwerkingsverband van de overgestapte advocaat wel mag optreden in een zaak tegen de voormalige cliënt indien de voormalige cliënt daar toestemming voor heeft gegeven (vergelijk Regel 15 lid 4 (2018)). Achtergrond van deze ABA-gedragsregels is rekening te houden met de bestaande praktijk dat advocaten onderdeel zijn van een samenwerkingsverband, dat veel advocaten gespecialiseerd zijn en gedurende hun carrière van kantoor wisselen en cliënten de mogelijkheid te bieden van advocaat te wisselen.

5.14 Het hof is van oordeel dat aansluiting kan worden gezocht bij de genoemde voorwaarden, zij het dat deze moeten worden vertaald naar het in Nederland geldende wettelijke systeem, waaronder het beoordelingskader en de bijzondere positie van de deken. Met inachtneming daarvan overweegt het hof als volgt.

5.15 Beoordeeld moet worden of de handelwijze van verweerder, die als advocaat is opgetreden tegen klagster sub 1, terwijl een nadien toetreden kantoorgenoot van hem eerder als advocaat voor klagster sub 1 is opgetreden, onbetamelijk is als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet en dit mede tegen de achtergrond van de kernwaarden partijdigheid, integriteit en vertrouwelijkheid als bedoeld in artikel 10a aanhef en onder b, d en e Advocatenwet.

5.16 De kernwaarde partijdigheid brengt mee dat verweerder de bijstand van zijn cliënt niet al te lichtvaardig mag beëindigen wanneer een wederpartij stelt dat sprake is van mogelijke belangenverstrengeling. Zeker als het gaat om een hechte relatie en de advocaat goed is ingevoerd in de gang van zaken bij zijn (vaste) cliënt, moet daar niet al snel toe worden overgegaan. Dat neemt niet weg dat als verweerder kennis neemt van een mogelijke belangenverstrengeling de kernwaarde

integriteit meebrengt dat hij alert en binnen de kaders van zijn eigen geheimhoudingsplicht transparant moet optreden om iedere schijn te voorkomen dat (vertrouwelijke) gegevens, die een voormalige cliënt aan een kantoorgenoot van verweerder heeft toevertrouwd, op enig moment tegen de voormalige cliënt zouden kunnen worden gebruikt.

5.17 Zodra een advocaat die zich in een vergelijkbare positie bevindt als verweerder, ervan op de hoogte is gekomen dat de tot zijn samenwerkingsverband toegetreden advocaat bijstand heeft verleend aan de wederpartij van zijn cliënt, moet deze advocaat direct de nodige maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat de overgestapte advocaat wordt afgeschermd van alle (schriftelijk beschikbare en mogelijk mondeling uit te wisselen) informatie over de zaak die de advocaat in behandeling heeft. Vervolgens verdient het aanbeveling dat de advocaat de overgestapte advocaat vraagt contact op te nemen met zijn voormalige cliënt om te vragen of die cliënt ermee instemt dat een andere advocaat binnen zijn nieuwe samenwerkingsverband (in deze zaak verweerder) namens zijn wederpartij tegen hem optreedt. Deze overgestapte kantoorgenoot kan, zonder zijn geheimhoudingsplicht te schenden, aan zijn voormalige cliënt uitleg geven over zijn geheimhoudingsplicht ten opzichte van hem en toelichten op welke wijze hij daar na zijn overstap naar het nieuwe samenwerkingsverband uitvoering aan heeft gegeven en zal geven. Tegen de achtergrond van de genoemde kernwaarden verdient het daarbij aanbeveling dat de overgestapte advocaat geen (direct) deel zal ontvangen van de vergoeding van die zaak (anders dan zijn normale salaris of winstdeel) zodat de overgestapte advocaat geen enkel (direct) belang bij de zaak heeft.

5.18 Mocht de voormalige cliënt van de overgestapte kantoorgenoot de gevraagde toestemming weigeren, dan kan vervolgens advies aan de deken worden gevraagd. De deken kan als geheimhouder bij de voormalige cliënt, de overgestapte advocaat en de nieuwe kantoorgenoot van de overgestapte advocaat nadere inlichtingen vragen om zo een eigen oordeel te vormen over de vraag of er naar objectieve maatstaven enige grond bestaat voor de vrees dat de door de voormalige cliënt aan de overgestapte advocaat verstrekte vertrouwelijke gegevens op enig moment door een kantoorgenoot van de overgestapte advocaat tegen hem zouden kunnen worden gebruikt. Daarbij zou de

deken onder andere in aanmerking kunnen nemen of, en zo ja in hoeverre, de hiervoor omschreven aanbevelingen zijn gevolgd.

5.19 Vast staat dat [naam advocaat klagster sub 1] klagster sub 1 schriftelijk heeft geïnformeerd over zijn overstap naar [naam advocatenkantoor 1]. Daarnaast staat vast dat verweerder, kort nadat hem bekend was geworden dat een naar het samenwerkingsverband van verweerder overgestapte advocaat de wederpartij van zijn cliënt had bijgestaan, hiervan op voor klagers kenbare wijze mededeling heeft gedaan – zij het enkel als voetnoot in een omvangrijk processtuk, terwijl het beter was geweest als dit bij afzonderlijke brief aan klagster sub 2 was meegedeeld – en daarbij heeft gemeld dat [naam advocaat klagster sub 1] uiteraard geen enkele bemoeienis heeft met dit dossier dat verweerder onder handen heeft. Toen klagers met deze toelichting geen genoegen namen en wilden dat verweerder zich aan de zaak zou onttrekken, heeft verweerder medewerking verleend aan inschakeling van de deken om over deze kwestie advies te vragen. Opmerking verdient daarbij dat verweerder, bij gebrek aan Nederlandse regelgeving die hem houvast zou kunnen bieden, ook te rade is gegaan bij de compliance-officer van het samenwerkingsverband.

5.20 De deken is in zijn advies vervolgens tot de conclusie gekomen dat klagers van verweerder mogen verlangen dat hij in de nu lopende procedures niet voor [Bedrijf 1] tegen [Klaagster sub 1] optreedt. Zo'n advies is niet bindend; het is de eigen verantwoordelijkheid van verweerder om dit advies al of niet te volgen. Uit het voorgaande blijkt dat het hof van oordeel is dat verweerder goede gronden had om dit advies niet te volgen, omdat de deken naar het oordeel van het hof ten onrechte (uitsluitend) Regel 15 (2018) met de in het derde lid genoemde drie cumulatieve voorwaarden aan zijn advies ten grondslag heeft gelegd.

5.21 Het hof stelt vast dat klagers niet hebben gesteld dat enige vertrouwelijke informatie via [naam advocaat klagster sub 1] bij verweerder is terechtgekomen; volgens verweerder heeft [naam advocaat klagster sub 1] hem meegedeeld dat dossiers en (elektronische) gegevens met betrekking tot (de zaken van) zijn voormalige cliënt zijn achtergebleven bij zijn vorige kantoor. Evenmin is door klagers gesteld dat [naam advocaat klagster sub 1] zijn geheimhoudingsplicht ten opzichte

van klagster sub 1 heeft geschonden dan wel dat aanleiding bestaat te vermoeden dat daarvan in de toekomst sprake zal zijn. Ook het dekenale onderzoek geeft daarvoor geen aanleiding. Opmerking verdient daarbij dat klager sub 2 bij schrijven van 14 februari 2019 aan het hof kenbaar heeft gemaakt zich aan het oordeel van het hof te refereren en dat hij niet is verschenen bij de mondelinge behandeling van het hoger beroep. Onduidelijk is of dit schrijven ook namens klagster sub 1 (de cliënt van klager sub 2) is gedaan. Klager sub 1 heeft niet gereageerd op het beroepschrift van verweerder en is ook niet bij de mondelinge behandeling aanwezig geweest.

5.22 Weliswaar heeft verweerder in dit geval niet volledig voldaan aan de in 5.17 en 5.18 (nog niet eerder) omschreven aanbevelingen, maar het hof acht de wijze waarop verweerder in de gegeven omstandigheden heeft gehandeld niet van dien aard dat hem daarvan een tuchtrechtelijk verwijt valt te maken.

5.23 Het voorgaande brengt het hof tot de conclusie dat de beslissing van de raad moet worden vernietigd en dat de klacht van klagers alsnog ongegrond moet worden verklaard. Met deze uitkomst behoeft grief VI, gericht tegen (de motivering van) de gegrondverklaring van de klacht door de raad en de daarbij opgelegde maatregel in de bestreden beslissing, geen verdere bespreking.

7. Beslissing

Het Hof van Discipline:

- vernietigt de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam van 27 november 2018, gewezen onder nummers 18-557/A/A en 18-556/A/A/D; en opnieuw rechtdoende:
- verklaart de klacht in de zaak 18-557/A/A alsnog ongegrond;
- verstaat dat op het bezwaar in de zaak 18-556/A/A/D niet meer hoeft te worden beslist.

NOOT

Inleiding

1. Een bedrijf is een joint-venture aangegaan met klagster. Tussen partijen is een geschil ontstaan. De beklaagde advocaat (hierna: verweerder) is werkzaam bij de Nederlandse vestiging van een internationaal advocatenkantoor en heeft het bedrijf bijgestaan in het kader van dat geschil. Klagster is onder meer bijgestaan door een

Zwitserse advocaat van een ander kantoor. Deze Zwitserse advocaat stapt in oktober 2016 over naar de Zwitserse vestiging van het internationale advocatenkantoor van verweerder. Voorafgaand aan zijn vertrek informeert de Zwitserse advocaat zijn cliënten (onder wie klagster) en relaties (schriftelijk) omtrent zijn overstap.

2. In februari 2017 ontstaat er opnieuw een geschil tussen dezelfde partijen, hetgeen leidt tot een tweetal arbitrageprocedures voor het Nederlands Arbitrage Instituut (hierna: NAI). Verweerder staat zijn cliënt (opnieuw) bij.

3. Klagster eist (en beroept zich daarbij in elk geval op Gedragsregel 7 (hierna: GR 7 (1992) en art. 3.2. van de *Code of Conduct for European Lawyers* (hierna: art. 3.2 CCE)) dat verweerder zich onttrekt aan de lopende procedures bij het NAI, nu de voormalig advocaat van klagster een kantoorgenoot is geworden van verweerder, ook al hij is werkzaam bij de Zwitserse vestiging van het kantoor.

4. Verweerder legt de zaak niet neer en stelt zich op het standpunt dat klagster geen (voormalig) cliënt van hem, verweerder, is geweest.

5. Op 22 februari 2018 dient klagster een klacht in bij de deken. De deken overweegt in zijn dekenstandpunt dat er sprake is van een samenwerkingsverband in de zin van art. 5.3 Verordening op de Advocatuur (Voda) en voorts dat GR 15 lid 3 (2018) van toepassing is, aan welke gedragsregel niet is voldaan. De deken neemt het standpunt in dat klagster van verweerder dan ook mag verlangen dat hij zich onttrekt aan de behandeling van deze zaak.

6. De deken dient ook een klacht/dekenbezwaar in.¹

De norm

7. Het HvD heeft onder 5.10 in deze beslissing het algemene uitgangspunt, het tuchtrechtelijk toetsingscriterium herhaald: heeft verweerder gehandeld overeenkomstig de norm van art. 46 Adv.w, mede tegen de achtergrond van de kernwaarden partijdigheid, integriteit en vertrouwelijkheid? Het is vaste jurisprudentie van het HvD dat de tuchtrechter bij deze toetsing niet is ge-

bonden aan de Gedragsregels (GR). Die Gedragsregels kunnen, gelet op het open karakter van de wettelijke normen, daarbij wel ter invulling van deze norm van belang zijn. Of sprake is van tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen, hangt af van de feitelijke omstandigheden en wordt door de tuchtrechter per geval beoordeeld.²

Samenwerkingsverband

8. Het HvD laat er in deze beslissing geen onduidelijkheid over bestaan dat, indien advocaten werkzaam zijn voor hetzelfde internationale advocatenkantoor en onder een gemeenschappelijke naam naar buiten treden, dat als een internationaal samenwerkingsverband moet worden aangemerkt in de zin van art 5.3 Voda.

Kernwaarde vertrouwelijkheid

9. De klacht van klagster is op zichzelf genomen geen opmerkelijke klacht. Integendeel. De vrees, of beter de redelijke bezwaren (zie art. 7 lid 5 Adv.w. (1992)), van klagster dat haar vertrouwelijke gegevens, die zij aan haar voormalig advocaat heeft toevertrouwd, tegen haar kunnen worden gebruikt, omdat haar voormalig advocaat is gaan werken bij hetzelfde samenwerkingsverband als verweerder, is niet ondenkbaar. De kernwaarde vertrouwelijkheid kan in dat geval in het geding zijn. Het belang van deze kernwaarde voor de individuele cliënt en ook voor de goede rechtsbedeling, volgt uit de wettelijke verankering van de kernwaarden in art. 10 Adv.w. en meer specifiek in art. 11a Adv.w. De kernwaarde vertrouwelijkheid, meer in het bijzonder de geheimhoudingsplicht, komt ook tot uitdrukking in de strafbaarstelling van het niet-naleven van het ambts- of beroepsgeheim in art. 272 van het Wetboek van strafrecht.³ Zonder vertrouwelijkheid zouden adequate rechtshulpverlening en een goede rechtsbedeling in het gedrang kunnen komen.⁴

10. In de Memorie van Toelichting wordt het belang van de geheimhoudingsplicht een onmisbaar element voor de goede beroepsuitoefening genoemd. Iedere rechtzoekende moet zich im-

1 Het dekenbezwaar is ter zitting in hoger beroep ingetrokken nu het HvD op de klacht zal beslissen en de deken derhalve geen belang heeft bij afzonderlijke beoordeling (r.o. 5.1).

2 Zie bijvoorbeeld HvD 15 mei 2017, ECLI:NL:TAHV:2017:86.

3 *Kamerstukken II* 2011/12, 32382, Tweede Nota van Wijziging, nr. 10, p. 50.

4 *Kamerstukken II*, 2009/10, 32382, nr.3, p. 10.

mers zonder vrees en voorbehoud tot een advocaat kunnen wenden om zijn rechtspositie te kunnen bepalen en om zo nodig een verdediging te kunnen voorbereiden. Zonder een geheimhoudingsplicht kan het recht op een eerlijk en onafhankelijk proces, zoals dat is neergelegd in art. 6 EVRM, onder druk komen te staan. Het is dit algemeen maatschappelijk belang dat de grondslag vormt voor het beroepsgeheim van de advocaat.⁵ De plicht tot geheimhouding behoort tot de kernwaarden van de advocatuur. Doorbreking daarvan door de advocaat kan slechts in zeer uitzonderlijke gevallen aan de orde komen.⁶

Functie van het tuchtrecht

11. Fanoy⁷ wijst erop dat de bescherming van de vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt een algemeen maatschappelijk belang dient, dat erop gericht is aan de rechtzoekende onbelemmerde rechtshulp door de advocaat te garanderen. Het HvD laat in zijn beslissing dit maatschappelijk belang niet meewegen.

12. Het belang van de klagster bij de bescherming van de vertrouwelijkheid tussen haar en haar voormalig advocaat is groot en overstijgt in mijn optiek ook het individuele niveau. Het raakt immers mede het maatschappelijk belang van een goede rechtsbedeling en het vertrouwen in de advocatuur. Bannier⁸ noemt dit de functie van het tuchtrecht: de waakhond te zijn over het vertrouwen dat de samenleving in het functioneren van een advocaat moet kunnen hebben. Gelet op deze functie van het tuchtrecht, en het belang ervan, had het HvD dit belang in elk geval behoren mee te wegen in zijn beslissing in onderhavige zaak.

13. Soeharno⁹ stelt dat het tuchtrecht niet de behoorlijkheid toetst maar de *on*behoorlijkheid, niet of iemand gewenst maar ongewenst gedrag

vertoont, niet aan het optimaal maar het minimaal voldoen aan de norm. Het HvD heeft in deze beslissing evenwel het omgekeerde gedaan en de behoorlijkheid niet alleen getoetst maar ook geëxpliciteerd.

14. De klacht van klagster legt niet alleen een lacune in de Gedragsregels bloot, maar rechtvaardigt zeer zeker ook de vraag wat het doel is van het tuchtrecht.

Rechtsvergelijking

15. Naar oordeel van het HvD zien GR 7 (1992) oud, GR 15 (2018) en de Code of Conduct for European Lawyers van CCBE op een andere situatie, te weten de situatie dat er sprake is van een nieuwe cliënt, terwijl in de onderhavige situatie sprake is van een cliënt die reeds cliënt was van verweerder voor de komst van de nieuwe, overstappende kantoorgenoot.

16. Nu de gedragsregels niet in een regeling voor deze specifieke situatie van de nieuwe overstappende kantoorgenoot voorzien, ook niet op Europees niveau, heeft het HvD rechtsvergelijkend onderzoek gedaan naar de regeling van de 'Rules of Professional Conduct' van de American Bar Association (hierna: ABA). Verweerder heeft gesteld dat zijn kantoor deze *Rules of Conduct* toepast.

17. Hoofddregel in die Rules of Conduct is dat indien een advocaat is 'disqualified' vanwege een belangenverstremming, dat ook geldt ten aanzien van de kantoorgenoten van die advocaat. Dat zou betekenen dat verweerder in het onderhavige geval 'disqualified' is. Echter, de Rules of Conduct van de ABA bevatten ook een uitzondering op die hoofddregel. Deze uitzondering ziet op de specifieke situatie van de overstapt advocaat, net als in het onderhavige geval. De uitzondering op de hoofddregel, inhoudende dat de nieuwe kantoorgenoten van de overgestapte advocaat niet als 'disqualified' worden aangemerkt, geldt slechts indien aan een aantal voorwaarden is voldaan. Het HvD zoekt in zijn beslissing aansluiting bij deze voorwaarden voor deze uitzondering van de Rules of Conduct, zij het in een aan het in Nederland geldende wettelijke systeem aangepaste vorm, en formuleert aldus aanbevelingen.

18. En daarmee lijkt het HvD verder te gaan dan in zijn beslissingen waarin de maatstaven, waaraan het HvD toetst, nader worden gedefinieerd. Bijvoorbeeld bij de beoordeling van de kwaliteit van

5 *Kamerstukken II* 2011/12, 32382, Tweede Nota van Wijziging, nr. 10, p. 50.

6 Bijv. HvD 3 april 2020; ECLI:NL:TAHV:2020:81.

7 N. Fanoy, *De geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat*, 2017, Maklu, p. 97.

8 F.A.W. Bannier, *Handboek advocatengedragsrecht, zoals een behoorlijk advocaat betaamt*, Gompels & Svacina, 2020, 5^e druk, p. 189.

9 J.E. Soeharno: 'Een nieuw panopticon, Over het doel van tuchtrecht', *Ars Aequi*, juli 2016; AA20160494, p. 495.

de dienstverlening, indien daarover wordt geklaagd, houdt de tuchtrechter rekening met de vrijheid die de advocaat heeft, met betrekking tot de wijze waarop hij een zaak behandelt en met de keuzes waar de advocaat bij de behandeling van de zaak voor kan komen te staan. Aan de hand van deze maatstaf zal de tuchtrechter de klacht beoordelen. Daarbij wordt in de beslissing meestal opgemerkt dat binnen de beroepsgroep met betrekking tot de vaktechnische kwaliteit geen sprake is van breed gedragen, schriftelijk vastgelegde professionele standaarden. De tuchtrechter toetst dan in hoeverre verweerder heeft gehandeld zoals van een redelijk bekwame en redelijk handelende advocaat in de gegeven omstandigheden mag worden verwacht.¹⁰ Waarom in het onderhavige geval het HvD verder gaat, of wellicht moet gaan, dan de toetsing aan de zorgvuldigheidsnorm van art. 46 Adv.w., wordt niet duidelijk.

Aanbevelingen

19. De beoordeling of de handelwijze van een advocaat, die als advocaat is opgetreden tegen klagster, terwijl een nadien toegetreden kantoorgenoot van hem eerder als advocaat voor klagster is opgetreden, onbetamelijk is ex art. 46 Adv.w., dient mede tegen de achtergrond van de kernwaarden partijdigheid, integriteit en vertrouwelijkheid als bedoeld in art. 10a aanhef en onder b, d en e Adv.w. te worden beoordeeld. Voor de volledigheid herhaal ik de aanbeveling hier.

Niet lichtvaardig rechtsbijstand eigen cliënt beëindigen in geval van mogelijke belangenverstremgeling

20. De kernwaarde partijdigheid brengt mee dat verweerder de bijstand van zijn cliënt niet al te lichtvaardig mag beëindigen wanneer een wederpartij stelt dat sprake is van mogelijke belangenverstremgeling. Het HvD benadrukt dat dit bij een hechte cliënt-advocaatrelatie (vaste cliënt), zwaarder weegt.

Kennisnemen van mogelijke belangenverstremgeling, dan alert en transparant optreden

21. Indien de advocaat kennisneemt van een mogelijke belangenverstremgeling, dan brengt de kernwaarde integriteit mee dat de advocaat alert – en binnen de kaders van zijn eigen geheimhoudingsplicht – transparant moet optreden om iedere schijn te voorkomen dat (vertrouwelijke) gegevens, die een voormalige cliënt aan een kantoorgenoot van verweerder heeft toevertrouwd, op enig moment tegen de voormalige cliënt zouden kunnen worden gebruikt.

Afschermen overgestapte advocaat

22. De advocaat in een vergelijkbare positie als verweerder in onderhavige kwestie, moet, zodra hij ervan op de hoogte is dat de tot zijn samenwerkingsverband toegetreden advocaat bijstand heeft verleend aan de wederpartij van zijn cliënt, direct de nodige maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat de overgestapte advocaat wordt afgeschermd van alle (schriftelijk beschikbare en mogelijk mondeling uit te wisselen) informatie over de zaak die de advocaat in behandeling heeft.

Contact opnemen met voormalig cliënt door overgestapte advocaat

23. Het verdient aanbeveling, aldus het HvD, dat verweerder de overgestapte advocaat verzoekt contact op te nemen met diens voormalige cliënt en te vragen of die voormalige cliënt ermee instemt dat een andere advocaat binnen het nieuwe samenwerkingsverband van zijn voormalige advocaat (namens zijn wederpartij) tegen klagster optreedt. Deze overgestapte kantoorgenoot kan daarbij een toelichting geven over zijn geheimhoudingsplicht ten opzichte van die cliënt en op welke wijze de overgestapte advocaat daarna zijn overstap naar het nieuwe samenwerkingsverband uitvoering aan heeft gegeven en zal geven.

Geen (direct/financieel) belang van overgestapte advocaat bij zaak

24. Onder verwijzing naar de kernwaarden verdient daarbij aanbeveling dat de overgestapte advocaat geen (direct) deel zal ontvangen van de vergoeding van die zaak (anders dan zijn salaris of winstdeel) zodat de overgestapte advocaat geen enkel (direct) belang bij de zaak heeft, aldus het HvD.

¹⁰ Zie bijv. HvD 11 oktober 2019, ECLI:NL:TAHVD:2019:182; HvD 5 februari 2018; ECLI:NL:TAHVD:2018:32.

Ingeval van weigering toestemming voormalig cliënt; dan dekenadvies

25. In het geval dat de voormalige cliënt van de overgestapte kantoorgenoot de gevraagde toestemming weigert, dan kan verweerder vervolgens advies vragen aan de deken. Het HvD geeft daarbij de maatstaf aan voor het dekenale onderzoek: de deken kan als geheimhouder nader onderzoek doen naar de vraag in hoeverre er naar objectieve maatstaven enige grond bestaat voor de vrees dat de door de voormalige cliënt aan de overgestapte advocaat verstrekte vertrouwelijke gegevens op enig moment door een kantoorgenoot van de overgestapte advocaat tegen diens oud-client zouden kunnen worden gebruikt.

26. Het HvD geeft daarbij ook aan dat de deken bij dat onderzoek – onder andere – in aanmerking kan nemen in hoeverre de aanbevelingen van het HvD als in deze beslissing weergegeven, door de betrokken advocaat zijn gevolgd. Wat precies de status of waarde van de aanbevelingen is, wordt niet nader door het HvD toegelicht. Hebben de aanbevelingen de waarde van een vrijwillige keuze, een richtlijn, een voorgeschreven regel? Door de deken deze ogenschijnlijke (?) mogelijkheid te bieden om in geval van een dekenaal onderzoek in aanmerking te nemen in hoeverre deze aanbevelingen zijn opgevolgd en op welke wijze, krijgen de aanbevelingen veeleer de status van voorgeschreven regel, van een gedragsregel.

27. Hoewel verweerder niet volledig aan alle aanbevelingen had voldaan, oordeelde het HvD dat de handelwijze van verweerder niet van dien aard was dat dit een tuchtrechtelijk verwijt inhield. Het HvD heeft de beslissing in eerste aanleg vernietigd en de klacht in hoger beroep als nog ongegrond verklaard.

Het Hof: dubbele pet?

28. Het is niet ondenkbaar dat vergelijkbare situaties als de onderhavige zich in de toekomst zullen voordoen. Het is dan ook op zich begrijpelijk dat het HvD aanbevelingen doet die een advocaat die in dezelfde situatie verkeert kan opvolgen, nu een expliciet op deze situatie toegespits-te (gedrags)regel ontbreekt.

29. Dat laat onverlet dat naar mijn mening het HvD in deze beslissing in wezen wel wat verder gaat dan het doen van aanbevelingen. Immers, in het geval dat de voormalige cliënt van de overgestapte advocaat er niet mee instemt dat

verweerder tegen hem optreedt, kan advies aan de deken worden gevraagd. Het HvD geeft de deken daarbij in overweging dat deze daarbij onder andere in aanmerking zou kunnen nemen of, en zo ja in hoeverre deze aanbevelingen van het HvD zijn gevolgd. Het HvD hanteert daarbij weliswaar de frase 'onder andere', hetgeen lijkt te impliceren dat deze aanbevelingen vrijblijvend (ook voor de deken) zouden zijn en wellicht dat deze niet limitatief zouden zijn, maar heel overtuigend is het niet. Integendeel. De aanbevelingen van het HvD zijn zo duidelijk en concreet (en bovendien een kopie van de Amerikaans gedragsregels op dat punt van de ABA) dat het de vraag oproept wat de betrokken advocaat nog meer zou kunnen doen (of moet willen doen) naast het exact opvolgen van deze aanbevelingen. Bovendien is het maar de vraag of een advocaat (of deken) van deze aanbevelingen van het HvD moet willen en/of durven af te wijken.

30. Dat legt meteen het probleem voor het HvD in deze zaak bloot: er is in de gedragsregels niet voorzien in een situatie als de onderhavige, maar de situatie roept wel tuchtrechtelijke vragen op. Is het nu de taak van het HvD om algemene regels, gedragsregels, vast te stellen bij het ontbreken van die regels of had het HvD kunnen en moeten volstaan met het beoordelen van de betamelijkheid van de handelwijze van de beklagde advocaat, dus de verweerder? Met andere woorden: is het HvD te ver gegaan door aanbevelingen te formuleren? Heeft het HvD een dubbele pet op?

31. Deze beslissing van het HvD lijkt vergelijkbaar met de zogenoemde overzichtsarresten van de Hoge Raad. De Hoge Raad formuleert in die arresten een criterium voor een begrip, geeft daaraan een nadere uitleg en noemt factoren aan de hand waarvan het begrip en het criterium kunnen worden toegepast in een concreet geval.¹¹ Met dien verstande dat een kenmerkend verschil daarbij is dat het HvD in tegenstelling tot de HR ook een feitenrechter is.

32. Het HvD heeft in deze beslissing bij de beoordeling van de eventuele overtreding van de norm van art. 46 Adv.w. in feite de stappen gegeven die een advocaat moet doorlopen om betamelijk

11 Zie bijv: N. Rozemond 'Een overzichtsarrest voor medeplegen', *Ars Aequi* november 2015; AA20150892, p. 894.

te handelen in de zin van art. 46 Adv.w. De ruimte om van deze aanbevelingen af te wijken, zonder daarmee tuchtrechtelijk verwijtbaar te handelen, lijkt daardoor evenwel nihil.

33. Deze werkwijze, het formuleren van aanbevelingen met het karakter van een Gedragsregel, is verwarrend. Het HvD heeft immers de kans om te benadrukken dat de tuchtrechter deze aanbevelingen, of liever richtlijnen, altijd moet beoordelen in de gegeven omstandigheden van het geval, onbenut gelaten. Terwijl het HvD als hoogste feitenrechter over de omstandigheden van het geval oordeelt.

34. Het HvD doet in deze beslissingen aanbevelingen die het specifieke, casuïstische geval van de beslissing overstijgen en – naar het lijkt – opgevolgd moeten worden door iedere advocaat met een vergelijkbare nieuwe en overstappende collega. Ook de deken wordt aangespoord om mee te wegen of en in hoeverre deze aanbevelingen zijn opgevolgd ter beantwoording van de vraag of er naar objectieve maatstaven enige grond kan bestaan voor de vrees dat de aan de overstappende advocaat verstrekte gegevens op enig moment door de advocaat tegen de cliënt van de overstappende advocaat zouden kunnen worden gebruikt. Met andere woorden, kan (en/of durft) de deken nu nog in zijn dekenale onderzoek deze aanbeveling terzijde schuiven zonder dat dit tuchtrechtelijke consequenties heeft voor de verweerder ingeval van een dekenbezwaar?

35. Dus, indien een advocaat (reeds verbonden aan het kantoor) deze aanbevelingen heeft opgevolgd, mag de advocaat er dan op vertrouwen dat hem in dat opzicht geen tuchtrechtelijk verwijt valt te maken? Ben je bij het opvolgen van de aanbevelingen gevrijwaard van een gegronde tuchtrechtelijke klacht in de kwestie als de onderhavige? Of zit de nuance in het feit dat de overstappende advocaat (fysiek) elders werkt, namelijk in een buitenlandse vestiging, en derhalve (ook fysiek) vermijdt in een belangenconflict terecht te komen? En verschilt deze zaak derhalve van de situatie¹² van de kantoorgenoten, van wie een voor klaagster had opgetreden, terwijl de andere kantoorgenoot tegen klaagster ging optreden en het HvD de redelijke bezwaren van klaagster wel gegrond achtte.

36. Dit is mijn optiek niet de bedoeling van het tuchtrecht. De hoogste tuchtrechter kan weliswaar in algemene termen een aanbeveling doen hoe de advocaat als advocaat in deze specifieke situatie betamelijk heeft te handelen, maar deze aanbeveling is nimmer in beton gegoten. Ze is afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval. Het handelen van een advocaat, zoals verweerder, moet door de tuchtrechter in de omstandigheden van het geval worden beoordeeld en is om die reden casuïstisch.

37. Bovendien heeft de tuchtrechter ook het vertrouwen in de advocatuur mee te wegen. En dat belang, evenals het belang van klaagster bij de geheimhouding van hetgeen zij aan die (overstappende) advocaat heeft toevertrouwd, lijkt in deze beslissing niet te zijn meegewogen.

38. Het lijkt nu alsof de te beschermen norm in deze zaak niet het belang van de goede rechtsbedeling is bij de geheimhoudingsplicht, maar veel eerder lijkt dat het belang van de advocaat, verweerder, te zijn bij het behouden van zijn cliënt. Dit laatste belang lijkt zwaarder te wegen, zonder dat het HvD dit nader motiveert.

39. Het HvD had in deze beslissing naar mijn mening meer aandacht voor dit belang moeten hebben. Het belang van de klaagster bij de bescherming van de vertrouwelijkheid tussen haar en haar voormalig advocaat is groot en overstijgt in mijn optiek ook het individuele niveau. Het raakt ook het maatschappelijk belang bij een goede rechtsbedeling en het vertrouwen in de advocatuur. Ik herhaal hetgeen ik onder 12 reeds heb genoemd (Banner). Deze functie van het tuchtrecht laat het HvD in deze beslissing onbesproken. Integendeel. Het HvD vult de open norm van art. 46 Adv.w. in deze zaak wel heel concreet in. En dat schuurt, ook omdat het HvD niet alleen als hoogste tuchtrechter heeft te gelden, maar tegelijkertijd ook de hoogste feitenrechter is.

De overstappende advocaat

40. Het HvD laat in deze beslissing de positie en de verplichting van de overstappende advocaat verder onbesproken, terwijl dit in het kader van het hiervoor genoemde van maatschappelijk belang van betekenis is. Het vertrouwen in de advocatuur kan toch niet los worden gezien van de rol en de geheimhoudingsverplichting van de overstappende advocaat?

41. De indruk zou kunnen ontstaan dat het enkel opvolgen van de aanbevelingen van het HvD af-

12 HvD 26 januari 2018, ECLI:NL:TAHVD:2018:12.

doende is voor een betamelijk handelende advocaat. Bovendien laten deze aanbevelingen een aantal vragen onbeantwoord die in het kader van een tuchtrechtelijke procedure ook van betekenis zijn. Het zou zo kunnen zijn dat deze overstappende advocaat niet onder het Nederlandse advocatentuchtrecht valt, maar stel nu dat de overstappende advocaat wel onder het Nederlandse tuchtrecht valt? Zou deze overstappende advocaat dan, onder verwijzing naar de aanbevelingen, voldoende hebben gedaan om de op hem rustende beroepsethische verplichting en rechtsplicht¹³ tot geheimhouding te respecteren? En hoe is dat naar objectieve maatstaven vast te stellen? Is het opvolgen van de aanbevelingen van het HvD voldoende voor verweerder om niet tuchtrechtelijk verwijtbaar te hebben gehandeld? Schendt de overstappende advocaat zijn geheimhoudingsverplichting niet reeds op het moment dat hij zijn nieuwe kantoorgenoten informeert dat hij klagster heeft bijgestaan? Wanneer moet de overstappende advocaat ter sprake brengen dat klagster zijn voormalige cliënt was? Is dat anders indien de overstappende advocaat bij dezelfde vestiging (in Nederland) gaat werken als verweerder? Wanneer bevindt een advocaat (verweerder) zich in een vergelijkbare positie als verweerder in deze zaak (HvD, onder 5.17)? Is dat indien er reeds een juridisch geschil aanhangig is gemaakt tussen deze partijen of kan dat ook het geval zijn indien zijn cliënt voornemens is zijn (vaste) wederpartij opnieuw in rechte te betrekken? Zou dan bij de voormalige cliënt niet naar objectieve maatstaven 'de gegronde vrees c.q. redelijke bezwaren' kunnen ontstaan dat het in rechte betrekken is ingegeven door de overstap van diens voormalig advocaat? En indien de overstappende advocaat nu juist wordt weggekocht (en aldus overstapt) omdat het kantoor van verweerder ook op die wijze de voormalige cliënt van de overstappende advocaat wil dwarsbomen? Is dat ondenkbaar? En, indien dat voor mogelijk wordt gehouden, is er wellicht geen financieel belang voor de overstappende advocaat indien hij de aanbevelingen opvolgt, maar is er dan niet toch een mogelijk financieel belang van het kantoor waarnaartoe de advocaat overstapt denkbaar? En, *last but not least*, hoe kan een klager aantonen dat er door de nieuwe advocaat-

ten-collega's niet onderling over zijn zaak is gesproken indien de aanbevelingen zijn opgevolgd?

42. Het HvD had er wat mij betreft beter aan gedaan om, hoewel het op zich begrijpelijk is dat het HvD deze situatie handvatten wil bieden nu gedragsregels ontbreken, duidelijker te zijn omtrent de status van de aanbevelingen. De indruk zou kunnen bestaan dat het HvD aansluit bij reeds bestaande gedragsregels van de ABA en deze overneemt en tot onze Nederlandse Gedragsregels maakt, zonder eventuele ruimte voor afwijking van deze gedragsregels, niet voor de advocaat, niet voor de deken en niet voor de tuchtrechter. Daarin had het HvD in zijn aanbevelingen explicieter kunnen en moeten zijn. Het HvD had zeker moeten benadrukken dat deze aanbevelingen verweerder en zijn overstappende collega geenszins sauveren van de op hen rustende beroepsethische verplichtingen, waarbinnen iedere advocaat zelf een wegging moet maken ten aanzien van zijn handelwijze. De tuchtrechter beoordeelt de betamelijkheid van de handelwijze van de advocaat immers in een concreet geval.

Mr. N.A. de Leon-van den Berg
Advocaat bij Advocatenkantoor De Leon en
hoofdredacteur van Tijdschrift Tucht recht.

13 Idem, p. 85.