

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 17-578/A/A

Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam
van 18 december 2017

in de zaak 17-578/A/A

naar aanleiding van de klacht van:

klager

tegen:

verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief van 8 maart 2016 heeft klager bij de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Amsterdam (hierna: de deken) een klacht ingediend over verweerder.

1.2 Bij brief aan de raad van 3 augustus 2017 met kenmerk 4016-0165, door de raad ontvangen op 4 augustus 2017, heeft de deken de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.3 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 6 november 2017 in aanwezigheid van partijen en hun gemachtigden. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.4 De raad heeft kennisgenomen van de onder 1.2 bedoelde brief van de deken aan de raad en van de stukken A, B, en 1 tot en met 14 van de bij die brief gevoegde inventarislijst.

2 FEITEN

Voor de beoordeling van de klacht wordt, gelet op de stukken en hetgeen ter zitting is verklaard, van de volgende feiten uitgegaan.

2.1 Het kantoor van verweerder heeft N.V. Nederlandse Spoorwegen (hierna: NS) bijgestaan als advocaat in verschillende aangelegenheden.

2.2 De provincie Limburg heeft op 26 juni 2014 een openbare aanbesteding uitgeschreven voor het openbaar vervoer in de provincie Limburg voor de periode 2016-2031 (hierna: de aanbesteding). Het openbaar vervoer in Limburg werd op dat moment verzorgd door Veolia Transport Limburg B.V. (hierna: Veolia).

2.3 Klager was tot 1 mei 2014 in dienst bij Veolia als concessiedirecteur Limburg. Tussen klager en Veolia is bij aanvang van het dienstverband een concurrentiebeding afgesproken voor de duur van één jaar na het einde van het dienstverband. Klager is op 1 mei 2014 in dienst getreden van een extern adviesbureau. Dit externe adviesbureau heeft met een dochtermaatschappij van NS, Qbuzz B.V. (hierna: Qbuzz), een overeenkomst van opdracht gesloten voor de periode van 1 mei 2014 tot en met 1 mei 2015, die feitelijk inhield dat klager werkzaamheden voor Qbuzz zou verrichten. Daarnaast zijn klager en Qbuzz een arbeidsovereenkomst overeengekomen met ingangsdatum 1 mei 2015.

2.4 NS heeft via haar dochtermaatschappij Abellio Limburg B.V. (hierna: Abellio) ingeschreven op de aanbesteding. De bieding is voorbereid door Qbuzz. Op 10 maart 2015 is de concessie gegund aan Abellio.

2.5 Bij brieven van 5 en 23 september 2014 heeft Veolia Transport Holding Nederland B.V. de Autoriteit Consument en Markt (ACM) verzocht handhavend op te treden tegen NS in verband met verschillende gedragingen van NS in het kader van de aanbesteding. Dit heeft geleid tot een onderzoek door de ACM (hierna: het ACM-onderzoek). NS heeft vervolgens het kantoor van verweerder verzocht haar in het kader van het ACM-onderzoek bij te staan.

2.6 Op 15 februari 2015 heeft de raad van bestuur van NS naar aanleiding van het ACM-onderzoek opdracht gegeven tot het instellen van een intern compliance onderzoek.

2.7 Naar aanleiding van de resultaten van het interne compliance onderzoek heeft NS het kantoor van verweerder op 19 maart 2015 opdracht gegeven een onderzoek te verrichten naar mogelijke onregelmatigheden bij de voorbereiding van de aanbesteding. Dit onderzoek is vervolgens onder leiding van een kantoorgenoot van verweerder, mr. K, verricht.

2.8 Op 28 april 2015 is door NS een persbericht uitgegeven en een geanonimiseerde versie van een (door het kantoor van verweerder uitgebracht) rapport van bevindingen d.d. 28 april 2015 (hierna: het rapport 28/4) op de website van NS gepubliceerd. Boven aan elke pagina van het rapport 28/4 staat dat het bestemd is voor publicatie. Op de eerste pagina van het rapport 28/4 staat de kantoor naam van verweerder en dat het rapport bestemd is voor NS. Verder staat ingekaderd op die eerste pagina:

“Dit rapport geeft de huidige status van het onderzoek weer. Nader onderzoek vindt nog plaats. Nadere onderzoekshandelingen kunnen aanleiding geven tot het bekend worden van andere feiten en omstandigheden dan die waarop het rapport is gebaseerd. Deze kunnen er vervolgens toe leiden dat een of meer bevindingen niet langer juist zijn, dan wel aanpassing of aanvulling behoeven.”

2.9 In het rapport 28/4 is voorts onder meer het volgende opgenomen:

“1 INLEIDING

(...)

1.1.3 Het onderzoek heeft zich gericht op het verkrijgen van een objectief en onafhankelijk beeld van de feitelijke gang van zaken rondom:

(a) mogelijke onregelmatigheden die betrekking hebben op de indiensttreding van een voormalig medewerker van Veolia bij Qbuzz B.V. (“Qbuzz”), en

(b) mogelijke onregelmatigheden die betrekking hebben op deling van informatie van Veolia door deze voormalig medewerker met Qbuzz en Abellio Limburg, een en ander in het licht van de voorbereiding door Qbuzz en Abellio Limburg op de inschrijving op de Aanbesteding.

(...)

2 SAMENVATTING

(...)

2.1.1 (...) Deze onregelmatigheden hebben betrekking op de aanstelling van een voormalige medewerker van Veolia, Medewerker X, en deling van informatie door deze Medewerker X met Qbuzz en Abellio Limburg.

2.2 Aanstelling Medewerker X

2.2.1 In het kader van de voorbereiding van de Aanbesteding, wenste Qbuzz haar regionale kennis in Limburg te versterken. In dat licht is Medewerker X in beeld gekomen. Medewerker X was destijds concessiedirecteur bij Veolia in Limburg en beschikte derhalve over ruime ervaring en kennis van Limburg.

2.2.2 Begin januari 2014 heeft een bestuurder van Qbuzz, Bestuurder 1, samen met een lid van het biedingsteam met Medewerker X gesproken over een mogelijke aanstelling bij Qbuzz. Tijdens dit gesprek is ter sprake gekomen dat in de arbeidsovereenkomst van Medewerker X met Veolia een non-concurrentiebeding was opgenomen, waardoor

Medewerker X niet bij Qbuzz in dienst zou kunnen treden. De duur van het non-concurrentiebeding was één jaar.

2.2.3 Door Bestuurder 1 en Medewerker X is vervolgens naar een alternatief gekeken. Uiteindelijk is Medewerker X per 1 mei 2014 bij een extern adviesbureau in dienst getreden. Qbuzz en het Externe Adviesbureau hebben voor de periode 1 mei 2014 tot 1 mei 2015 een overeenkomst van opdracht afgesloten. De kosten voor deze opdracht komen overeen met de salariskosten van Medewerker X over de periode van één jaar. Eventuele werkzaamheden door Medewerker X voor andere partijen dan NS werden op mindering gebracht op de door Qbuzz te betalen bedragen uit hoofde van de overeenkomst van opdracht. Medewerker X en Qbuzz zijn tevens een arbeidsovereenkomst overeengekomen waarbij Medewerker X zou worden aangesteld als Regiodirecteur met als standplaats Amersfoort. De arbeidsovereenkomst zou ingaan per 1 mei 2015.

2.2.4 Naast Bestuurder 1 waren tevens Bestuurder 2 en 3 van Qbuzz bekend met de aanstelling van Medewerker X en de overeengekomen constructie met betrekking tot het non-concurrentiebeding. Er zijn geen aanwijzingen dat de Raad van Bestuur van NS hiermee bekend was.

2.3 Informatiedeling door Medewerker X

2.3.1 Door Medewerker X is op verschillende momenten informatie van Veolia met medewerkers van Qbuzz gedeeld. De informatiedeling heeft plaatsgevonden zowel op verzoek als op eigen initiatief van Medewerker X. De verstrekte informatie betreft zowel concrete (cijfermatige) informatie van Veolia als opgedane kennis en ervaring van Medewerker X. Daarnaast nam Medewerker X deel aan het biedingsteam van Qbuzz en schreef hij mee aan de offerte.

2.3.2 Een gedeelte van deze informatiedeling vond plaats op het moment dat Medewerker X nog in dienst was bij Veolia. Daarnaast heeft Medewerker X begin februari 2014 – voordat hij uit dienst was getreden bij Veolia – de beschikking gekregen over een telefoon, computer en e-mailaccount van Qbuzz. De e-mailaccount was onder een andere naam verstrekt.

2.3.3 Naast de verstrekt documentatie per e-mail heeft Medewerker X informatie per USB verstrekt. Bestuurder 1 heeft verklaard een USB stick te hebben ontvangen en de informatie die daarop stond te hebben gekeken. Volgens Bestuurder 1 betrof dit onder andere financiële informatie van Veolia. Bestuurder 1 heeft verklaard de informatie op de USB stick te hebben gewist of de USB te hebben weggegooid en de door hem gelezen informatie verder niet te hebben gebruikt.

2.3.4 De informatiedeling door Medewerker X gebeurde met medeweten van de directie van Qbuzz. Er zijn geen aanwijzingen dat de Raad van Bestuur van NS bekend was met de informatiedeling door Medewerker X met Qbuzz en Abellio Limburg.

(...)

6 KRING VAN PERSONEN NS GROEP

(...)

6.4 Raad van Bestuur NS

6.4.1 In de Onderzoeksdocumentatie zijn geen aanwijzingen aangetroffen die duiden op betrokkenheid van de Raad van Bestuur van de NS bij de onregelmatigheden.

(...)

7 ONDERZOEK EN RAPPORTAGE

(...)

Interviews

7.1.2 Er zijn met 10 personen interviews gehouden (de “Interviews”). Bestuurders 1, 2 en 3 hebben meegewerkt aan een eerste Interview. Zij zijn daarna niet meer bereid geweest verdere medewerking te verlenen. Bestuurders 1, 2 en 3 hebben via hun ad-

vocaat aangegeven wel over nadere informatie te beschikken, maar zijn desverzocht niet bereid geweest deze aan [kantoor van verweerder] te verschaffen.

Rapport

7.1.3 Op basis van de hierboven beschreven werkzaamheden heeft [kantoor van verweerder] de relevant geachte informatie geanalyseerd. De resultaten van het Onderzoek zijn neergelegd in dit rapport van bevindingen (het "Rapport").

7.2 Beperkingen Onderzoek

(...)

7.2.2 Een belangrijke beperking in het Onderzoek vormt de mogelijke additionele informatie waarover de Bestuurders 1,2 en 3 hebben aangegeven te beschikken.

7.2.3 Als belangrijkste beperkingen kunnen verder worden genoemd:(...)

(iv) Bij de Aanbesteding is een groot aantal personen betrokken geweest. Uit het oogpunt van proportionaliteit konden niet al deze personen geïnterviewd worden. Op basis van de beschikbare informatie is een selectie gemaakt van de personen die vermoedelijk voor het Onderzoek het meest relevant zijn. Hoewel deze selectie zorgvuldig is gemaakt, blijft het mogelijk dat personen niet zijn geïnterviewd terwijl zij wel over voor het Onderzoek relevante informatie beschikken.

(v) Het onderzoek had een intern karakter. Dit betekent dat wij ons in hoofdzaak gebaseerd hebben op de informatie waarover NS beschikt.

vi) [kantoor van verweerder] is uitgegaan van de juistheid en volledigheid van (de verzameling van) de Onderzoeksdocumentatie en heeft geen werkzaamheden verricht deze zelfstandig te verifiëren. Een dergelijke verificatie heeft ook niet plaatsgevonden.

(...)

Aard van het Rapport

7.3.1 Dit rapport geeft de huidige status van het onderzoek weer. Nader onderzoek vindt nog plaats. Deze nadere onderzoekshandelingen kunnen aanleiding geven tot het bekend worden van andere feiten en omstandigheden dan die waarop het Rapport is gebaseerd. Deze kunnen er vervolgens toe leiden dat een of meer bevindingen niet langer juist zijn, dan wel aanpassing of aanvulling behoeven.

(...)

Algemene voorwaarden

7.3.3 Dit rapport is opgesteld ten behoeve van NS. Derden kunnen in geen geval aan het Rapport rechten ontlelen."

2.10 Klager is degene die in het rapport 28/4 'Medewerker X' wordt genoemd. Klager is op of kort na 28 april 2015 op non-actief gesteld en ontslagen, bij welk traject verweerder NS als advocaat heeft bijgestaan.

2.11 Na inmenging van de deken heeft verweerder de zaken die hij namens NS behandelde die voortvloeiden uit het rapport 28/4 begin juli 2015 overgedragen aan een andere advocaat.

3 KLACHT

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

a) er binnen het kantoor van verweerder sprake was van belangenverstrengeling/dubbele petten en er geen sprake was van functiescheiding;

b) hij klager niet heeft gehoord voorafgaand aan de publicatie van het rapport 28/4, en heeft meegewerkt aan het feit dat een niet afgerond onderzoek met foute conclusies is gepubliceerd;

c) hij standpunten uit het rapport 28/4 heeft overgenomen zonder klager te hebben gehoord of de informatie te hebben geverifieerd.

4 VERWEER

4.1 Verweerder voert verweer dat hierna, voor zover relevant, zal worden weergegeven.

5 BEOORDELING

5.1 De raad stelt voorop dat een advocaat een ruime mate van vrijheid toekomt om de belangen van zijn cliënt te behartigen op de wijze als hem in overleg met zijn cliënt goedgeeft. Deze vrijheid is niet absoluut, maar kan onder meer beperkt worden doordat (a) de advocaat zich niet onnodig grievend mag uitlaten over de wederpartij, (b) de advocaat geen feiten mag poneren waarvan hij de onwaarheid kent of redelijkerwijs kan kennen, (c) de advocaat bij de behartiging van de belangen van zijn cliënt de belangen van de wederpartij niet onnodig of onevenredig mag schaden zonder redelijk doel. Daarbij geldt voorts dat de advocaat de belangen van zijn cliënt dient te behartigen aan de hand van het feitenmateriaal dat zijn cliënt hem verschaft, en dat hij in het algemeen mag afgaan op de juistheid daarvan en slechts in uitzonderingsgevallen gehouden is de juistheid daarvan te verifiëren. De advocaat behoeft in het algemeen niet af te wege van het voordeel dat hij voor zijn cliënt wil bereiken met de middelen waarvan hij zich bedient, opweegt tegen het nadeel dat hij daarmee aan de wederpartij toebrengt. Wel moet de advocaat zich onthouden van middelen die op zichzelf beschouwd ongeoorloofd zijn of die, zonder dat zij tot enig noemenswaardig voordeel van zijn cliënt strekken, onevenredig nadeel aan de wederpartij toebrengen. De raad zal het handelen van verweerder aan deze maatstaf toetsen.

Ad klachtonderdeel a)

5.2 Klager verwijt verweerder dat er binnen het kantoor van verweerder sprake was van belangenverstrengeling/dubbele petten en dat er geen sprake was van functiescheiding. Klager voert daartoe aan dat verweerder de arbeidsrechtelijke zaak tegen klager heeft behandeld terwijl deze zaak voortvloeide uit het onderzoek naar de aanbesteding in Limburg, welk onderzoek is geleid door de kantoorgenoot van verweerder, mr. K. Daarnaast was het kantoor van verweerder ook betrokken bij de bijstand aan NS in het kader van het ACM-onderzoek naar het gedrag van NS tijdens de aanbesteding in Limburg. Voorts heeft verweerder informatie ontvangen van en gedeeld met mr. K, zodat er geen sprake was van functiescheiding binnen het kantoor van verweerder, aldus steeds klager.

5.3 Verweerder voert aan dat klager geen belang heeft bij dit klachtonderdeel. Verweerder heeft de zaken overgedragen aan een andere advocaat. Daarmee is de discussie vermeden over de vraag of in het onderzoek verkregen informatie wel of niet mag worden aangewend in een bij dat onderzoek betrokkene te voeren civiele procedure. In het onderzoek is overigens ook geen informatie rechtstreeks van klager ontvangen, zodat klager niet in enig belang is getroffen.

5.4 De raad overweegt dat verweerder van eind april tot begin juli 2015 namens NS tegen klager is opgetreden. Dit klachtonderdeel ziet op het handelen van verweerder dat in die periode heeft plaatsgevonden. Het standpunt van verweerder dat klager door het handelen van verweerder waarover wordt geklaagd niet rechtstreeks in zijn belang kan worden getroffen kan niet worden gevolgd. Klager is mitsdien ontvankelijk in dit klachtonderdeel. De raad beoordeelt de omstandigheid dat verweerder de arbeidsrechtelijke zaak tegen klager heeft behandeld, terwijl die arbeidsrechtelijke zaak voortvloeide uit het onderzoek wat door zijn kantoorgenoot is geleid, evenwel niet tuchtrechtelijk verwijtbaar. Dat zou mogelijk anders zijn geweest als verweerder zelf betrokken was geweest bij het onderzoek dat heeft geleid tot het rapport 28/4, en in dat kader vertrouwelijke gegevens van klager had ontvangen, maar daarvan is niet gebleken. Klachtonderdeel a) is daarom ongegrond.

Ad klachtonderdeel b)

5.5 Klager verwijt verweerder dat hij klager niet heeft gehoord voorafgaand aan de publicatie van het rapport 28/4, en heeft meegewerkt aan het feit dat een niet afgerond onderzoek met foute conclusies is gepubliceerd.

5.6 Verweerder voert aan dat hij niet betrokken is geweest bij het onderzoek dat heeft geleid tot het rapport 28/4, noch bij het opstellen van het rapport 28/4, noch bij de publicatie daarvan.

5.7 De raad overweegt dat, gelet op de uitvoerige betwisting van verweerder, niet kan worden vastgesteld dat verweerder betrokken is geweest bij het onderzoek dat heeft geleid tot het rapport 28/4, noch bij het opstellen en de publicatie daarvan. Dat klager in het kader van het rapport 28/4 niet is gehoord kan verweerder derhalve niet tuchtrechtelijk worden verweten. Ook kan verweerder niet tuchtrechtelijk verantwoordelijk worden gehouden voor de publicatie van het rapport 28/4. Klachtonderdeel b) is mitsdien ongegrond.

Ad klachtonderdeel c)

5.8 Klager verwijt verweerder dat hij standpunten uit het rapport 28/4 heeft overgenomen zonder klager te hebben gehoord of de informatie te hebben geverifieerd. Het gaat daarbij volgens klager over de vraag of klager heeft gehandeld in strijd met het concurrentiebeding dat was opgenomen in zijn arbeidsovereenkomst en omtrent de vertrouwelijkheid van de informatie die klager heeft gedeeld of zou hebben gedeeld met NS.

5.9 Verweerder voert aan dat hij in het kader van het ontslag op staande voet inderdaad namens NS het standpunt heeft ingenomen dat klager in strijd met zijn concurrentiebeding en geheimhoudingsbeding heeft gehandeld. Verweerder stelt dat hij dat (partij)standpunt op basis van het rapport 28/4 in redelijkheid mocht innemen. Daarbij is van belang dat klager in de gelegenheid is gesteld zijn visie in het kader van het arbeidsrechtelijk horen uiteen te zetten, maar dat klager van die gelegenheid geen gebruik heeft willen maken omdat geen overeenstemming kon worden bereikt over de voorwaarden waaronder dit arbeidsrechtelijk horen zou moeten plaatsvinden. Bij de behandeling van de zaak is derhalve de vereiste zorgvuldigheid in acht genomen, aldus steeds verweerder.

5.10 Naar het oordeel van de raad heeft verweerder, door namens zijn cliënte NS het standpunt in te nemen dat klager zou hebben gehandeld in strijd met het concurrentiebeding dat was opgenomen in zijn arbeidsovereenkomst, en dat klager vertrouwelijke informatie zou hebben gedeeld met NS, de grenzen van de vrijheid om de belangen van zijn cliënt te behartigen zoals hiervoor onder paragraaf 5.1 weergegeven niet overschreden. De raad overweegt daartoe dat niet is gebleken dat er aanleiding was om aan deze feiten te twifelen, zodat het uitzonderingsgeval dat de advocaat de juistheid van de betreffende feiten had behoren te verifiëren zich niet voordoet. Ook dit klachtonderdeel is mitsdien ongegrond.

BESLISSING

De raad van discipline:

verklaart de klacht in alle onderdelen ongegrond.

Aldus beslist door mr. Q.R.M. Falger, voorzitter, mrs. R.J.A. Dil, H. Dulack, B. de Regt en E.J.M. van Rijckevorsel-Teeuwen, leden, bijgestaan door mr. P.J. Verdam als griffier en in het openbaar uitgesproken op 18 december 2017.

Griffier Voorzitter

mededelingen van de griffier ter informatie:

verzending

Deze beslissing is in afschrift op 18 december 2017 verzonden.