

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 18-453/A/A

Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam
van 7 januari 2019

in de zaak 18-453/A/A

naar aanleiding van de klacht van:

klagers

over:

verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief van 5 januari 2018 hebben klagers 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 7 juni 2018 met kenmerk 4018-327659, door de raad ontvangen op 8 juni 2018, heeft de deken de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.3 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 12 november 2018 in aanwezigheid van de gemachtigde van klagers, vergezeld door zijn kantoorgenoot mr. J.W.H. Oudelaar, en verweerder, vergezeld door zijn kantoorgenoot mr. F. Peters. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.4 De raad heeft kennis genomen van:

- de onder 1.2 bedoelde brief van de deken aan de raad en van de stukken 1 tot en met 10 van de bij die brief gevoegde inventarislijst;
- de e-mail met bijlage van verweerder aan de raad van 2 november 2018.

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 Tussen klagers en de cliënten van verweerder, waaronder Airolux AG (hierna: Airolux), zijn verschillende procedures aanhangig. Klager sub 1 is enige tijd bestuurder geweest van Airolux.

2.2 Op 29 december 2017 heeft verweerder een brief gestuurd aan (onder meer) klagers, met onder meer de volgende inhoud:

“Subject: filing of criminal complaint regarding the theft or Airopack® technology

Dear [klager sub 1],

On behalf [cliënten verweerder] I inform you as follows.

The Clients are currently preparing a criminal complaint against you in person with regard to the facts as described in this letter. Due to the involvement of [klager sub 2], [klager sub 3], and [klager sub 4] ((...)) jointly referred to as [klager sub 2] c.s.”) with the facts concerned it is conceivable that the judicial authorities will also involve them in the investigations. Furthermore, these facts are the basis for the demand as you will find at the end of this letter. For these reasons a copy of this letter is also addressed to [klager sub 2] c.s.

(...)

You are director of [klager sub 2], [klager sub 3], [klager sub 4], RS and previously were of Airolux. In addition you are (indirect) (major) shareholder of [klager sub 2] c.s. and RS and previously were of Airolux.

(...)

Recently it has become clear that you have seriously and culpably failed in the performance of your obligations.

More specifically, it has come to light that at the time you were a director of Airolux, [klager sub 2] applied for patents, of which it is evident that these applications aim to acquire a patent on already patented Airolux technology. These patent applications always mention you as co-inventor.

It concerns the following applications and/or granted patents:

(...)

The Clients have called [klager sub 2] to account on 10 February 2017 and requested confirmation that they will not use (...) and (...) to the detriment of the manufacturing and trading of products based on Airopack technology. In response to this [klager sub 2] immediately transferred aforementioned patent rights to [klager sub 3], in order to keep aforementioned patents further from ATG's reach.

And there is more. Recently it has come to light that also [klager sub 4] filed several patent applications during the period that you were director of Airolux. It is obvious that these applications also aim to acquire a patent (again) on Airopack technology. It concerns the following applications and/or granted patents:

(...)

All of this took place without the knowledge, let alone consent, of Airolux. Worse still, during the protracted and intense settlement negotiations that resulted in IPS acquiring the shares RS held in the capital of Airolux, you and [klager sub 2] c.s. have purposefully not disclosed the application(s) in question. This is all the more cogent given that you, as director of Airolux, as part of the transfer stated the following:

“ I have transferred all of the information and documents regarding the Airolux Group in my possession to Airolux and/or IPS and I did not withhold any information or documents regarding the Airolux Group.

The Clients were very surprised when they coincidentally discovered that you also filed patent applications with regard to Airopack technology, knowingly and wilfully through [klager sub 4], a company of which you are director and shareholder. Again this happened during your time as director of Airolux, to the detriment of Airolux and ATG (as patent holder) and in breach of the JV Agreement and the Licensing Agreement. Moreover, the patents applied for have been developed on the basis of the knowledge that was solely available at Airolux and consequently could not have been attained through any other means than through the performance of work for Airolux.

The Clients can only conclude that these are criminal offences comparable to theft, and other criminal actions and a very serious breach of the tasks and obligations that have been trusted to you, as director of Airolux.

With regard to the abovementioned facts arbitration procedures have already been instigated against you and [klager sub 2] c.s. The course of action adopted during these proceedings shows you and [klager sub 2] c.s. are vehemently resisting having to surrender the patent rights to the Clients. Furthermore, you are doing your utmost to conceal the patent positions of [klager sub 2] c.s. from Airopack group, as you have intentionally concealed the patent application(s) in question and made use of different vehicles to apply for the patents in question. Moreover, [klager sub 2] has been moving the patent applications around since being held liable.

It follows from the facts as described above that, while it was your duty as director to represent the interests of Airolux in good faith, you instead have used the confidential information you acquired in that capacity for your own (intended) benefit, or have misappropriated confidential information, or passed the information on the third parties (including at least [klager sub 4]), or you have at least committed (criminal) administrative mismanagement in your period as director of Airolux by knowingly and wilfully acting contrary to the interests of Airolux by using a technology that belongs to Airolux, for patent applications under your own name, or through a third party. As you evidently know, such behaviour is a punishable offence in various jurisdictions, including Switzerland.

Before the Clients proceed to file a criminal complaint of the criminal offences described above, they offer you the opportunity to provide a reaction, if any, no later than 5 January 2018.

Furthermore, the Clients offer you the final chance to confirm within 5 days following the date of this letter that you will effectuate and ensure that [klager sub 2] c.s. will transfer aforementioned patents to Airopack.

Additionally, I demand on behalf of the Clients that the consequences they have suffered or might suffer as a result of the acts and omissions by you and [klager sub 2] c.s. as described above are undone and reversed, so that the Clients will be in the same position in which they would have been if these actions and omissions had not taken place.”

2.3 Op 29 december 2017 heeft verweerder per e-mail een afschrift van de hiervoor onder 2.2 genoemde brief aan de gemachtigde van klagers gestuurd.

2.4 Bij brief van 5 januari 2018 hebben klagers bij de deken een klacht ingediend over verweerder.

2.5 Tot op heden is er door de cliënten van verweerder geen strafrechtelijke aangifte tegen klager sub 1 gedaan.

3 KLACHT

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

- a) op “losse gronden” dreigt met een strafrechtelijke aangifte tegen klager sub 1;
- b) (de brief met) dat dreigement rechtstreeks richt aan klagers terwijl verweerder wist dat de gemachtigde de belangen van klagers behartigd.

4 VERWEER

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

5 BEOORDELING

Ad klachtonderdeel a)

5.1 Klagers verwijten verweerder dat hij op “losse gronden” dreigt met een strafrechtelijke aangifte tegen klager sub 1. Ter toelichting voeren klagers aan dat er zware beschuldigingen in de brief van 29 december 2017 zijn opgenomen, die zijn gebaseerd op aannames die niet nader zijn onderbouwd. Ook is in de brief niet aangegeven welke strafrechtelijke bepalingen van welke jurisdictie precies zouden zijn overtreden. De dreiging met een strafrechtelijke aangifte is bedoeld als pressiemiddel. Voorts worden klagers gesommeerd om ervoor te zorgen dat de cliënten van verweerder in de positie worden gebracht alsof de beweerde “acts and omissions” niet zouden zijn begaan, waaruit blijkt dat verweerder heeft gedreigd met een strafrechtelijke aangifte om een civielrechtelijk doel te bereiken. Een en ander is tuchtrechtelijk verwijtbaar, aldus klagers.

5.2 Verweerder betwist dit. Ondanks dat klager sub 1 bestuurder was van Airolux en zich verplicht had zich volledig ten dienste van die vennootschap te stellen en gehouden was aan een afspraak dat verdere ontwikkeling van de technologie van Airopack aan ATG zou toekomen, heeft hij verschillende IP-rechten die juist expliciet zien op de ver-

dere ontwikkeling van de technologie van Airpoack laten registreren door aan hem verbonden partijen. In feite heeft klager sub 1 intellectuele eigendomsrechten van Airolux heimelijk bij andere vennootschappen ondergebracht. Naar Nederlands recht is dit strafrechtelijk laakbaar. Aangezien Airolux in Zwitserland is gevestigd is evenwel besloten om in Zwitserland aangifte te doen. Alvorens daartoe over te gaan leek het juist om klager sub 1 in de gelegenheid te stellen een reactie te geven en de aangeschreven partijen op de hoogte te brengen. Het aankondigen van een strafrechtelijke aangifte is volgens vaste tuchtrechtspraak in principe geoorloofd. Van onheuse dreiging of oneigenlijke druk is geen sprake geweest. De aangifte is in voorbereiding en zal worden ingediend. Verweerder is met zijn cliënten van mening dat de aangifte gezien de feiten goede grond heeft. Overigens is het niet zo dat, als klager sub 1 de gevolgen van zijn handelen ongedaan zou hebben gemaakt en aldus zou hebben voldaan aan de sommatie, de strafrechtelijke aangifte van de baan zou zijn. Een en ander stond los van elkaar, aldus verweerder.

5.3 De raad overweegt als volgt. Het in de Advocatenwet voorziene recht om een klacht in te dienen tegen een advocaat komt niet aan een ieder toe, doch slechts aan diegene die door het handelen of nalaten waarover wordt geklaagd rechtstreeks in zijn belang is of kan worden getroffen. Voor zover in het algemeen belang een tuchtrechtelijke procedure is vereist, wordt het klachtrecht uitgeoefend door de deken. Uit de tekst van de brief van verweerder van 29 december 2017 (zie hiervoor onder randnummer 2.2) blijkt dat daarin een strafrechtelijke aangifte wordt aangekondigd gericht tegen klager sub 1. Klagers sub 2 t/m 4 hebben niet gesteld in welk belang zij rechtstreeks zijn of kunnen worden getroffen door het gestelde handelen en/of nalaten van verweerder waar het onderhavige klachtonderdeel betrekking op heeft. Dat is de raad ook niet gebleken. Dat de brief van 29 december 2017 van verweerder ook aan klagers sub 2 t/m 4 is gericht maakt op zichzelf niet dat zij een rechtstreeks belang hebben. De raad zal klagers sub 2 t/m 4 daarom niet-ontvankelijk verklaren in klachtonderdeel a).

5.4 Nu, zoals hiervoor overwogen, uit de tekst van de brief van verweerder van 29 december 2017 blijkt dat daarin een strafrechtelijke aangifte wordt aangekondigd gericht tegen klager sub 1, kan klager sub 1 wel in dit klachtonderdeel worden ontvangen.

5.5 Uitgangspunt is dat aan de advocaat van de wederpartij een grote mate van vrijheid toekomt om de belangen van zijn cliënt te behartigen op een wijze die hem passend voorkomt. Deze vrijheid mag niet ten gunste van een tegenpartij worden beknod, tenzij diens belangen nodeloos en op ontoelaatbare wijze worden geschaad. De advocaat behoeft in het algemeen niet af te wegen of 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.

5.6 In het licht van bovengenoemde maatstaf is de raad van oordeel dat het verweerder in de gegeven omstandigheden vrijstond de beschuldigingen te uiten jegens klager sub 1 op de wijze als hij dat heeft gedaan. Met de brief van 29 december 2017 diende verweerder het belang van zijn cliënten. Voorts zijn de door de cliënten van verweerder aan klager sub 1 verweten gedragingen in de brief van 29 december 2017 naar het oordeel van de raad voldoende concreet gesteld. Het aankondigen van een strafrechtelijke aangifte is op zichzelf niet tuchtrechtelijk verwijtbaar. Dat de cliënten de strafrechtelijke aangifte nog niet hebben gedaan maakt dat niet anders. Het is in beginsel aan de cliënten van verweerder om te bepalen of en zo ja, wanneer, zij tot het doen van aangifte overgaan. Ook het feit dat verweerder in de brief van 29 december 2017 niet

concreet heeft aangegeven welke strafrechtelijke bepalingen door klager sub 1 zijn geschonden maakt niet dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld. Uit de brief van 29 december 2017 blijkt immers duidelijk welke (door de cliënten van verweerder gestelde) gedragingen van klager sub 1 door verweerder als strafbaar worden gekwalificeerd. Het is uiteindelijk – indien het tot vervolging komt – aan de strafrechter om zich over de gegrondheid van de beschuldigingen uit te spreken. Dat de aankondiging van een strafrechtelijke aangifte is bedoeld als pressiemiddel wordt betwist en is de raad overigens ook niet gebleken. Hoewel verweerder klager sub 1 in de brief van 29 december 2017 tevens sommeert om (kort gezegd) de gevolgen van zijn handelen ongedaan te maken, kan hiermee niet worden gezegd dat verweerder heeft gedreigd met een strafrechtelijke aangifte om een civielrechtelijk doel te bereiken. In de brief wordt immers geen koppeling gemaakt tussen het ongedaan maken van de gevolgen van zijn handelen door klager sub 1 en het doen van een strafrechtelijke aangifte door de cliënten van verweerder. Klachtonderdeel a) is, voor zover ingediend door klager sub 1, ongegrond.

Ad klachtonderdeel b)

5.7 Klagers verwijten verweerder dat hij (de brief met) dat dreigement rechtstreeks richt aan klagers terwijl verweerder wist dat de gemachtigde de belangen van klagers behartigt.

5.8 Verweerder voert aan dat de uitzondering van Gedragsregel 18 lid 2 (Gedragsregels 1992) geldt, nu in de brief van 29 december 2017 een aanzegging met rechtsgevolg is verrat, namelijk de volgende: Additionally, I demand on behalf of the Clients that the consequences they have suffered or might suffer as a result of the acts and omissions by you and [klager sub 2] c.s. as described above are undone and reversed, so that the Clients will be in the same position in which they would have been if these actions and omissions had not taken place.” Daarnaast was het de wens om de opsporingsautoriteiten aan de hand van de brief te kunnen informeren dat klager sub 1 in de gelegenheid is gesteld om te reageren. Men zou kunnen discussiëren over de vraag of het een aanzegging is geweest waarvan het rechtsgevolg slechts kan intreden indien de brief rechtstreeks aan partijen zelf is gericht. Indien dat niet het geval is, is een verkeerde inschatting gemaakt waarvoor excuses worden aangeboden. De brief is in kopie aan de gemachtigde van verweerder verzonden, waarmee een mogelijk bezwaar tegen het rechtstreeks benaderen van de wederpartij is weggenomen, althans beperkt. Ter zitting heeft verweerder aangegeven dat hij in de veronderstelling verkeerde dat een sommatie gericht op rechtsgevolg rechtstreeks aan de partij zelve gericht kon worden. Indien dat niet zo blijkt te zijn is dat voor verweerder een leerzame ervaring, en wordt (nogmaals) excuses aangeboden. Overigens is nog van belang dat namens klagers op 15 januari 2016 ook een brief met een strafrechtelijke dreiging rechtstreeks aan de cliënten van verweerder is gestuurd, aldus verweerder.

5.9 De raad overweegt als volgt. In het eerste lid van Gedragsregel 18 (Gedragsregels 1992) is vastgelegd dat een advocaat die zich in verbinding wil stellen met een wederpartij waarvan hij weet dat deze wordt bijgestaan door een advocaat, dit slechts doet door tussenkomst van die advocaat, tenzij deze hem toestemming geeft zich rechtstreeks tot diens cliënt te wenden. Een uitzondering op deze regel kan worden aanvaard – het tweede lid van gedragsregel 18 voorziet daarin – wanneer het gaat om een aanzegging die, om het daarmee beoogde rechtsgevolg te kunnen bewerkstelligen, niet anders gedaan kan worden dan rechtstreeks aan de andere partij. Aan een advocaat komt niet de vrijheid toe om rechtstreeks een aanzegging aan de wederpartij te doen alleen omdat hij dit nuttig of nodig acht. Vereist is een rechtens aanvaardbare reden om de aanzegging niet aan de advocaat te doen, bijvoorbeeld omdat het beoogde rechtsgevolg anders

niet kan worden bewerkstelligd. Gesteld noch gebleken is dat het beoogde rechtsgevolg van de in de brief van 29 december 2017 vervatte aanzegging niet had kunnen worden bewerkstelligd als deze aan de advocaat van klagers was gedaan. Van een andere rechtens aanvaarbare reden om de aanzegging niet aan de advocaat te doen is de raad niet gebleken. Klachtonderdeel b) is gegrond.

6 MAATREGEL

6.1 Gelet op het voorgaande is klachtonderdeel b) gegrond. De specifieke omstandigheden van het geval brengen de raad echter tot het oordeel dat geen maatregel behoeft te worden opgelegd. Daarbij weegt de raad onder andere mee dat verweerder zijn excuses heeft aangeboden en de raad de kans op herhaling uitgesloten acht. Daarbij is er geen sprake van antecedenten.

7 GRIFFIERECHT

7.1 Omdat de raad de klacht gedeeltelijk gegrond verklaart, moet verweerder op grond van artikel 46e, vijfde lid, Advocatenwet het door klagers betaalde griffierecht van € 50 aan hen vergoeden.

BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart klagers sub 2 t/m 4 niet-ontvankelijk in klachtonderdeel a);
- verklaart klachtonderdeel a), voor zover ingediend door klager sub 1, ongegrond;
- verklaart klachtonderdeel b) gegrond;
- bepaalt dat geen maatregel wordt opgelegd;
- veroordeelt verweerder tot betaling van het griffierecht van EUR 50 aan klagers.

Aldus beslist door mr. E.J. van der Molen, voorzitter, mrs. R. Lonterman en M. Middeldorp, leden, bijgestaan door mr. P.J. Verdam als griffier en uitgesproken in het openbaar op 7 januari 2019.

Griffier Voorzitter

Deze beslissing is in afschrift op 7 januari 2019 verzonden.