

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 14-096A

Beslissing van 15 september 2014

in de zaak 14-096A

naar aanleiding van de klacht van:

mevrouw

gemachtigde: mr. drs.

klaagster

tegen:

de heer mr.

advocaat te Amsterdam

verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief aan de raad van 8 april 2014 met kenmerk 4013-1059, door de raad ontvangen op 10 april 2014, heeft de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Amsterdam de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.2 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 8 juli 2014 in aanwezigheid van klaagster, vergezeld van haar raadsman de heer mr. drs. T., en verweerder, met bijstand van mr. R. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.3 De raad heeft kennis genomen van de in paragraaf 1.1 bedoelde brief van de deken aan de raad en van de stukken genummerd 1 t/m 16 met bijlagen, zoals vermeld in de bij die brief gevoegd inventarislijst.

1.4 Partijen zijn door de griffie geïnformeerd dat de uitspraak - anders dan bij de mondelinge behandeling aan partijen medegedeeld - vandaag wordt gedaan.

2 FEITEN

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

2.2 Klaagster heeft vanaf 1 oktober 2008 een arbeidsovereenkomst gehad met V, die een bedrijfsrestaurant exploiteerde. Zij werkte als koffiejuffrouw. Het betrof een 0-uren contract.

2.3 Per 1 juli 2011 is het bedrijfsrestaurant van V overgenomen door A NV (hierna: A). Hierbij was sprake van een overgang van een onderneming in de zin van artikel 7:663 Burgerlijk Wetboek (BW).

2.4 Verweerder heeft klaagster vanaf 24 juni 2011 in het kader van de overname van het bedrijfsrestaurant als advocaat bijgestaan in verband met haar arbeidsrechtelijke positie. Hij heeft dit gedaan op verzoek van de advocaat van A en verweerder is ook door A voor zijn werkzaamheden betaald.

2.5 In de aanloop naar de overname, op 2 maart 2011, hebben V, diens adviseur en de HR-functionaris van A met klaagster een bespreking gevoerd over de situatie per 1 juli 2011. In een door klaagster op 2 april 2011 ondertekend verslag van die bespreking staat onder meer het volgende:

“Ten aanzien van jouw persoonlijke situatie hebben wij het onderstaande aangeboden cq besproken. We hebben overeenstemming met betrekking tot onderstaande punten:

- Jaarcontract vanaf 1 juli 2011 tot en met 30 juni 2012, met de intentie dat bij goed functioneren en ongewijzigde (bedrijfs)omstandigheden het contract wordt verlengd.
- De huidige arbeidsvoorwaarden, zijnde uurloon, vakantietoelage en reiskostenvergoeding worden gerespecteerd.
- Er wordt afstand genomen van alle opgebouwde rechten, zijnde: CAO voor de Horeca; anciënniteit; huidige (mondeling overeengekomen) contract voor onbepaalde tijd; mondelinge niet vastgelegde afspraken.
- Eénmalige uitkering van € 1.200 bruto, uit te betalen met de eindafrekening begin juli 2011.
- De kantonrechter zal worden gevraagd de arbeidsovereenkomst te ontbinden per 30 juni 2011.
- De afspraken zullen worden vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst, waarin verder ook andere gebruikelijke bepalingen worden opgenomen.”

2.6 Aan de bij A bekende e-mailadressen van klaagster en haar collega's zijn vervolgens namens V respectievelijk A op 31 mei 2011 en 23 juni 2011 e-mails gestuurd met nadere informatie. In de e-mail van 31 mei 2011 stond onder meer dat een brief zou volgen van een “externe jurist die de medewerkers begeleid” (sic), en voorts:

“Deze zal het juridisch proces van proforma verweer etc. nog eens nader toelichten en zal aangeven dat mocht er iemand nog vragen hebben, hij/zij die telefonisch met hem/haar zou kunnen afstemmen.”

In de e-mail van 23 juni 2011 zijn de medewerkers uitgenodigd voor een individueel gesprek met verweerder op 24 juni 2011. Verweerder werd in die mail voorgesteld als de eerder aangekondigde juridisch adviseur, die de procedure zou toelichten en eventuele vragen zou beantwoorden. Bij de mail waren gevoegd: een (door V reeds getekende) vaststellingsovereenkomst tussen V en klaagster, een arbeidsovereenkomst tussen A en klaagster en een concept-pro-forma-verweerschrift.

2.7 Op 24 juni 2013 heeft verweerder voor het eerst contact gehad met klaagster. Verweerder heeft toen ten kantore van A een – slechts tien minuten durend – gesprek gevoerd met klaagster, in aanwezigheid van de HR-functionaris van A. Klaagster was voor dat gesprek van de werkvloer gehaald.

2.8 Verweerder heeft klaagster in dat gesprek geadviseerd de tevoren door A toegezonden stukken te tekenen. Klaagster heeft vervolgens overeenkomstig dat advies tijdens het gesprek een vaststellingsovereenkomst met V ondertekend, waarin onder meer is overeengekomen dat de bestaande arbeidsovereenkomst met V eindigt per 30 juni 2011, dat V in dat kader aan klaagster een beëindigingsvergoeding van € 1.200,- voldoet, en dat partijen elkaar over en weer finale kwijting verlenen.

2.9 Ook de tweede voorliggende overeenkomst heeft klaagster tijdens dat gesprek getekend. Dat betrof een nieuwe arbeidsovereenkomst met A, ingaande per 1 juli 2011, voor de duur van 12 maanden. Het bruto maand-salaris bedraagt volgens artikel 2.4 van deze overeenkomst € 1.600,-. Klaagster heeft hierop met pen aangetekend:

“Ik ben niet akkoord met het huidige bruto maandsalaris art. 2.4. Graag overleg met mijn verantwoordelijke.”

2.10 Vervolgens is voor de rechtbank Amsterdam, sector kanton, een zgn. ‘pro-forma’-ontbindingsprocedure gevoerd, waarin de kantonrechter is verzocht om de arbeidsovereenkomst tussen V en klaagster te ontbinden. Verweerder heeft in deze procedure namens klaagster een pro-forma-verweerschrift ex artikel 7:685 BW ingediend (dat wil zeggen een verweerschrift waarin geen inhoudelijk verweer wordt gevoerd).

2.11 De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst bij vonnis van 29 juni 2011 ontbonden per 30 juni 2011 met toekenning van de beëindigingsvergoeding van € 1.200,-.

2.12 Na het gesprek van 24 juni 2011 heeft het contact tussen klaagster en verweerder zich beperkt tot een brief van verweerder aan klaagster waarbij hij haar de stukken van de pro-forma-ontbindingsprocedure heeft toegezonden en heeft vermeld dat de toegekende ontslagvergoeding spoedig aan haar zou worden uitbetaald.

2.13 De kantonrechter heeft klaagsters arbeidsovereenkomst met A op initiatief van A met ingang van 1 mei 2013 ontbonden. Tijdens de onderhandelingen over de betreffende beëindiging heeft A zich op het standpunt gesteld dat voor de berekening van de beëindigingsvergoeding slechts de periode vanaf 1 juli 2011 moest worden meegerekend en dat de periode dat klaagster bij V in dienst was geweest daarbij niet in ogenschouw moest worden genomen. Klaagster stelt daardoor aanzienlijke schade te hebben geleden.

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) zich als advocaat aan klaagster heeft opgedrongen en klaagster nooit heeft gevraagd of zij gebruik zou willen maken van zijn diensten;

b) klaagster mondeling – zonder een inhoudelijke toelichting – heeft geadviseerd om twee overeenkomsten te ondertekenen welke klaagster niet eerder had gezien en zonder klaagster over de inhoud daarvan te adviseren of de inhoud zelfs maar in een persoonlijk adviesgesprek met klaagster te bespreken;

c) heeft nagelaten om klaagster over haar rechtspositie te adviseren, klaagster er met name niet op heeft gewezen dat er in dit geval sprake was van overgang van een onderneming, wat meebracht dat klaagster – met behoud van haar rechten – als werknemer zou zijn overgegaan van V naar A en dus helemaal geen nieuwe arbeidsovereenkomst had hoeven tekenen, laat staan dat zij had moeten meewerken aan een beëindiging van het dienstverband met V; en

d) namens klaagster een verweerschrift bij de rechtbank heeft ingediend zonder daarover met haar te hebben gesproken.

4 BEOORDELING

4.1 De raad zal de klachtonderdelen in het navolgende afzonderlijk beoordelen, behalve klachtonderdelen b en c, die zich voor gezamenlijke behandeling lenen. Uitgangspunt bij de beoordeling is dat, naar verweerder zelf ook heeft onderschreven, tussen klaagster en verweerder een advocaat-cliënt-relatie heeft bestaan vanaf 24 juni 2011. Dat verweerder is aangezocht door A, de wederpartij van klaagster, en ook door A is betaald, doet daaraan niet af.

Klachtonderdeel a

4.2 Klaagster heeft ter toelichting op klachtonderdeel a gesteld dat de e-mails van 31 mei en 23 juni 2011, hiervoor in 2.6 genoemd, haar niet tijdig hebben bereikt, omdat zij het gebruikte mailadres niet meer actief gebruikte. Zij heeft zich daardoor op 24 juni 2011 overvallen gevoeld toen zij van de werkvloer werd gehaald voor een gesprek met verweerder, zo stelt zij.

4.3 Dit moge zo zijn, klaagster heeft wel erkend (klachtschrift, pagina 1) dat haar namens V was medegedeeld dat er een externe jurist zou worden ingeschakeld die haar en haar collega's zou begeleiden in de overgang van V naar A. Voorts heeft zij niet bestreden de stellingen van verweerder dat zij niet verbaasd reageerde toen zij hem zag op 24 juni 2011, dat hij toen heeft uitgelegd wie hij was en waarvoor hij gekomen was en dat hij haar toen zijn kaartje heeft gegeven. Dit maakt dat niet is komen vast te staan dat verweerder zich aan klaagster heeft opgedrongen. Weliswaar moet worden aange-

nomen dat verweerder niet aan klaagster heeft gevraagd of zij wel van zijn diensten gebruik zou willen maken; dit levert op zichzelf nog geen klachtwaardig handelen op, nu verweerder geen aanleiding had om te veronderstellen dat zij niet van zijn diensten gebruik zou willen maken. Klachtonderdeel a) is dan ook ongegrond.

Klachtonderdelen b en c

4.4 De klachtonderdelen b en c zien op de kwaliteit van de door verweerder aan klaagster verstrekte adviezen. Volgens klaagster heeft verweerder slechts de belangen van A behartigd, die zijn rekening heeft betaald en hem heeft aangezocht. Volgens klaagster had verweerder veel kritischer moeten zijn ten aanzien van de eerder tussen klaagster, V en A gemaakte afspraken, de in dat kader aan klaagster op 24 juni 2011 ter ondertekening voorgelegde stukken en de door A voorgestelde ontbindingsprocedure.

4.5 Verweerder stelt zich op het standpunt dat de reeds tussen klaagster en A gemaakte afspraken, zoals die zijn vastgelegd in het gespreksverslag van 25 maart 2014, de omvang van zijn opdracht beperkten en eraan in de weg stonden dat hij te dien aanzien nog commentaar zou leveren. Hij stelt dat hij klaagster nog slechts zou bijstaan in het uitvoeren van die afspraken en dat de daaraan ten grondslag liggende afspraken een gepasseerd station waren. Verweerder wijst er in dit verband op dat in de e-mails van 31 mei 2011 en 23 juni 2011 (zie hiervoor, in 2.6) ook al aan klaagster en haar collega's duidelijk was gemaakt dat de begeleiding door verweerder beperkt was tot een toelichting op de procedure en het beantwoorden van eventuele vragen.

4.6 Daarnaast stelt verweerder ten aanzien van de gemaakte afspraken dat deze gunstig voor klaagster waren omdat klaagster aan haar bestaande 0-urencontract slechts beperkte rechten kon ontlenen en daarvoor een contract met een vast aantal uren in de plaats kwam. Ten slotte stelt verweerder dat hij van A had vernomen dat de overname geen doorgang zou vinden indien klaagster en haar collega's niet akkoord zouden gaan met de voorgestelde regeling en dat zulks niet in klaagsters belang was, mede gezien de omstandigheid dat V volgens verweerder in een moeilijke financiële situatie verkeerde.

4.7 Ten aanzien van de vraag of de opdracht van verweerder beperkt was door het (door klaagster ondertekende) gespreksverslag van 25 maart 2011, waarin reeds afspraken tussen partijen waren vastgelegd, en/of de e-mails die namens A en V aan klaagster en haar collega's waren gestuurd geldt het volgende. Niet in geschil is dat tussen verweerder en klaagster een advocaat-cliënt-relatie tot stand is gekomen. A en V waren de wederpartijen van klaagster. Een advocaat dient in overleg met zijn cliënt vast te stellen waaruit zijn opdracht zal bestaan en welke werkzaamheden hij voor de cliënt zal verrichten. De advocaat kan zich in dat opzicht geen beperkingen laten opleggen door de wederpartij, ook niet als de wederpartij de kosten van de rechtsbijstand draagt, zoals in dit geval. In dit geval was er alle aanleiding voor verweerder om klaagster te informeren over haar rechtspositie, vervolgens met klaagster na te gaan of zij wel ondubbelzinnig had ingestemd met de afspraken die in het bewuste gespreksverslag waren vastgelegd en aan klaagster te vragen of zijn opdracht ook inhield die afspraken ter discussie te stellen. Verwezen wordt in dit verband naar het uitgangspunt dat de Hoge Raad in arbeidsrechtelijke kwesties hanteert: een werknemer kan slechts dan aan zijn ontslagneming worden gehouden wanneer er sprake is van een ondubbelzinnige, op beëindiging gerichte wilsverklaring. Dat impliceert dat ook als de werknemer de overeenkomst heeft getekend, welke ten doel heeft de bestaande overeenkomst met wederzijds goedvinden te beëindigen, de werkgever zich met een redelijke mate van zorgvuldigheid ervan dient te vergewissen of de werknemer de diverse consequenties van de ondertekening heeft ingezien. In dit licht had a fortiori van verweerder, die immers tot taak had de belangen van klaagster te behartigen, verwacht mogen worden

dat hij zorgvuldig had gecontroleerd of klaagster werkelijk akkoord wilde gaan met de op initiatief van A gekozen route, als vastgelegd in het gespreksverslag, inhoudende een vaststellings-overeenkomst met V waarbij de bestaande arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden werd beëindigd, gevolgd door een pro-forma-ontbinding daarvan, alsmede het sluiten van een nieuwe arbeidsovereenkomst met A voor de duur van een jaar; en of zij de consequenties van die route voor haar arbeidsrechtelijke positie overzag.

4.8 Daartoe was in de eerste plaats alle aanleiding nu de overname door A een overgang van onderneming in de zin van art. 7:663 BW opleverde en klaagster dientengevolge, als zij geen enkele afspraak zou maken, van rechtswege in dienst zou zijn gekomen van A met behoud van haar oorspronkelijke arbeidsvoorwaarden. Daartoe was te meer aanleiding nu op de nieuwe arbeidsovereenkomst (anders dan op de oude) de CAO voor de horeca niet van toepassing zou zijn, het een contract voor de duur van een jaar was (terwijl de oude arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd was) en klaagster haar anciënniteit zou verliezen in de voorgestelde constructie; en de wederpartij kennelijk wilde voorkomen dat klaagster achteraf nog de vaststellings-overeenkomst zou kunnen aantasten en de toepasselijkheid van artikel 7:667 lid 5 BW wilde voorkomen door de vaststellings-overeenkomst door een rechterlijke ontbinding te laten volgen.

4.9 Nu sprake was van een regeling waarbij niet aanstonds duidelijk was welke belangen klaagster daarbij had, hadden bij verweerder alle alarmbellen moeten gaan rinkelen. Verweerder heeft dit betwist en daarbij gewezen op het feit dat klaagster met V een 0-uren-contract had terwijl zij bij A een contract voor 32 uur in de week zou krijgen en dat zij een vergoeding van € 1.200,- zou ontvangen. Verweerder miskent hierbij dat een 0-uren-contract op papier geenszins uitsluit dat klaagster in de praktijk ook 32 uur in de week voor V werkte en daarop ook recht had, in welk geval van een verbetering in dit opzicht geen sprake zou zijn. Verweerder heeft ten onrechte nagelaten hiernaar onderzoek te doen. Verder kan de vergoeding van € 1.200,- in het licht van de afstand van anciënniteit en de andere prijsgegeven rechten zeker niet op voorhand worden betiteld als toereikend, doch eerder als schamel. Verweerder had klaagster dan ook moeten informeren over haar rechten en mogelijkheden en vervolgens moeten nagaan of zij daadwerkelijk afspraken wilde maken als door V en A voorgesteld. Zijn opdracht had hij op de uitkomst van dit overleg moeten afstemmen. Ter zitting heeft verweerder erkend dat hij dit alles heeft nagelaten en dat hij klaagster slechts heeft geadviseerd dat zij de twee op 24 juni 2011 voorliggende overeenkomsten kon tekenen, zonder zich ervan te vergewissen of zij haar rechtspositie respectievelijk de inhoud van de overeenkomsten begreep en zij daaraan haar "informed consent" wilde hechten. Hij heeft voorts, naar hij ter zitting heeft erkend, nagelaten klaagster erover te informeren dat een formele ontbinding van de arbeidsovereenkomst slechts het belang van de wederpartijen diende en bij haar niet geïnformeerd of zij in dat licht wel wenste dat hij voor haar in die ontbindingsprocedure een pro-forma-verweer zou indienen.

4.10 De conclusie van de raad is dan ook dat hij klaagster volstrekt onvoldoende heeft geadviseerd. Verweerdere stelling dat hij in de veronderstelling verkeerde dat A de overname geen doorgang zou laten vinden indien klaagster en haar collega's niet akkoord zouden gaan met de voorgestelde regeling kan aan deze conclusie niet afdoen. Ter zitting is komen vast te staan dat verweerder die veronderstelling louter heeft gebaseerd op informatie die hem door A zelf ter beschikking is gesteld, zodat hij niet van de juistheid daarvan had mogen uitgaan. Ook deze gedachtegang heeft verweerder ten onrechte niet met klaagster gedeeld en bovendien is, als de stellingen van A daarover al juist waren, geenszins komen vast te staan dat klaagster slechter af zou zijn geweest indien de overname geen doorgang had gevonden. Ter zitting is gebleken dat voor de

veronderstelling van verweerder dat V in financiële moeilijkheden zou verkeren, evenmin enige andere aanleiding was dan een mededeling van A aan verweerder. Verweerder is aldus op basis van informatie die van de wederpartij afkomstig was zelfstandig en zonder zijn veronderstellingen en redenering met klaagster te delen tot de conclusie gekomen dat klaagster niet in strijd met haar belang handelde door de voorliggende overeenkomsten te tekenen en in te stemmen met een ontbinding door de rechter.

4.11 Conclusie met betrekking tot het voorgaande is dat verweerder volstrekt onvoldoende aandacht heeft besteed aan klaagsters belangen bij het aangaan en ten uitvoer brengen van de regeling zoals die door V en A was voorgesteld. De kwaliteit van verweerdere dienstverlening is daarmee volstrekt onvoldoende geweest. Verweerder heeft ten opzichte van klaagster onvoldoende zorg betracht zoals bedoeld in art 46 Advocatenwet, hetgeen tuchtrechtelijk ernstig verwijtbaar is. Klachtonderdelen b en c zijn dan ook gegrond.

Klachtonderdeel d

4.12 Ten aanzien van klachtonderdeel d geldt het volgende. Uit het voorgaande volgt weliswaar dat verweerder de juridische consequenties van de gevolgde route onvoldoende aan klaagster heeft toegelicht, maar het is niet komen vast te staan dat klaagster er niet van op de hoogte was dat verweerder namens haar het verweerschrift zou indienen. Klachtonderdeel d is dan ook ongegrond.

5 MAATREGEL

Verweerder is een arbeidsrechtsspecialist die veel bij reorganisaties betrokken is geweest. Ter zitting heeft verweerder erkend dat hij de arbeidsrechtelijke haken en ogen van de door de wederpartijen van klaagster voorgestelde route destijds goed heeft onderkend. Mede in acht nemend dat verweerder ter zitting geen enkel zelfinzicht heeft getoond en erin heeft volhard dat de door hem gevolgde handelwijze de juiste was, acht de raad de maatregel van berisping passend en geboden. Ook zal de raad conform het verzoek van klaagster het oordeel uitspreken dat verweerder niet de zorgvuldigheid heeft betracht die bij een behoorlijke rechtshulpverlening betaamt.

BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart klachtonderdelen b en c gegrond;
- verklaart klachtonderdelen a en d ongegrond;
- legt aan verweerder de maatregel van berisping op;
- spreekt het oordeel uit dat verweerder niet de zorgvuldigheid heeft betracht die bij een behoorlijke rechtshulpverlening betaamt.

Aldus gewezen door mr. A.P. Schoonbrood-Wessels, voorzitter, mrs. A.G. van Marwijk Kooij, E.M.J. van Nieuwenhuizen, J.H.P. Smeets, J.J. Trap, leden, bijgestaan door mr. M.J.E. van den Bergh als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 15 september 2014.

griffier voorzitter

Deze beslissing is in afschrift op 15 september 2014 per aangetekende brief verzonden aan:

- klaagster
- verweerder
- de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Amsterdam
- de deken van de Nederlandse Orde van Advocaten.

Van deze beslissing kan hoger beroep bij het Hof van Discipline worden ingesteld voor zover deze de ongegrond verklaarde klachtonderdelen betreft door:

- klaagster

- verweerder
- de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Amsterdam
- de deken van de Nederlandse Orde van Advocaten.

en voor zover deze de geground verklaarde klachtonderdelen betreft door:

- verweerder
- de deken van de Nederlandse Orde van Advocaten.

Het hoger beroep moet binnen een termijn van 30 dagen na verzending van de beslissing worden ingesteld door middel van indiening van een beroepschrift, waarin de gronden van het beroep zijn vermeld en van een motivering zijn voorzien. Het beroepschrift moet in zevenvoud worden ingediend tezamen met zes afschriften van de beslissing waarvan beroep.

De eerste dag van de termijn van 30 dagen is de dag volgend op de dag van de verzending van de beslissing. Uiterlijk op de dertigste dag van die termijn moet het beroepschrift dus in het bezit zijn van de griffie van het Hof van Discipline. Verlenging van de termijn van 30 dagen is niet mogelijk.

Het beroepschrift kan op de volgende wijzen worden ingediend bij het Hof van Discipline:

- a. Per post (NIEUW ADRES!)

Het postadres van de griffie van het Hof van Discipline is:

Postbus 9679, 4801 LT Breda

- b. Bezorging (NIEUW ADRES!)

De griffie is gevestigd aan het adres Thorbeckeplein 8, 4812 LS Breda .

Indien u bij de griffie van het Hof van Discipline een stuk wenst af te geven en daarvoor een ontvangstbewijs wenst te ontvangen, dient u tijdig contact op te nemen teneinde er zeker van te zijn dat het stuk onder verkrijging van de ontvangstbevestiging kan worden afgegeven.

- c. Per fax

Het faxnummer van het Hof van Discipline is 076 - 548 4608. Tegelijkertijd met de indiening per fax dient het beroepschrift tezamen met de beslissing waarvan beroep in het vereiste aantal per post te worden toegezonden aan de griffie van het hof.

Nadere informatie over hoger beroep en over (de griffie van) het hof

076 - 548 4607 of griffie@griffiehvd.nl

Praktische informatie vindt u op www.hofvandiscipline.nl