

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 13-50

Beslissing van 17 februari 2014
in de zaak 13-50
naar aanleiding van de klacht van:
B.V. [K]
klaagster
tegen:
verweerster

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief aan de raad van 14 februari 2013 met kenmerk 1213-9616, door de raad ontvangen op 18 februari 2013, heeft de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement [X] de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.2 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 21 oktober 2013 in aanwezigheid van zowel klaagster, in de persoon van haar directeur, als verweerster, bijgestaan door haar kantoorgenoot mr. [H]. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.3 De raad heeft kennis genomen van:

- de onder 1.1 genoemde brief van de deken met bijlagen
- de brief van de advocaat van klaagster van 4 oktober 2013 met bijlagen.

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 Bij klaagster, exploitante van een kinderdagverblijf, was vanaf 1 februari 2010 als pedagogisch medewerkster in dienst mevrouw [...], (hierna: B). Het laatst verdiende salaris bedroeg € 2.042,00 bruto per maand.

2.3 Nadat zij, tot en met 30 juli 2011, drie contracten voor bepaalde tijd had gehad, heeft klaagster aan B een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aangeboden. De desbetreffende schriftelijke arbeidsovereenkomst, gedateerd 14 augustus 2011, is door B niet ondertekend. Niet staat vast dat de overeenkomst door haar is ontvangen.

2.4 B had al begin 2011 verzocht om een aaneengesloten periode van onbetaald verlof voor een reis [...]. Dat verlof is haar later in het jaar verleend. Nadat zij in augustus en september 2011 nog tot de 23ste september 2011 had gewerkt heeft zij eerst drie weken vakantie genoten. Met ingang van 17 oktober 2011 is B met onbetaald verlof gegaan. Zij zou haar werkzaamheden per 1 april 2012 hervatten. Tijdens de periode van onbetaald verlof bleef het salaris onbedoeld aan B doorbetaald. Klaagsters directeur was met dat laatste niet bekend, hij is daarvan pas begin mei 2012 op de hoogte gekomen.

2.5 Bij brief d.d. 17 februari 2012 heeft klaagster aan B geschreven dat, omdat zij nooit een getekend exemplaar van de arbeidsovereenkomst d.d. 14 augustus 2011 van haar retour hadden ontvangen, zij er van uit ging dat zij hier geen gebruik van wenste te maken.

2.6 B heeft zich begin maart 2012 tot verweerster gewend. Dat resulteerde in een brief van verweerster van 14 maart 2012 aan klaagster met een voorstel tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst – ‘om de rechten van B op een eventuele WW uitkering zo veel als mogelijk veilig te stellen’ - , onder bijsluiting van een concept vaststellings-overeenkomst. Later bleek dat B al per 1 maart 2012 elders in dienst was getreden.

2.7 In zijn e-mail van 16 maart 2012 heeft klaagsters directeur onder verwijzing naar artikel 1 - waar staat dat de arbeidsrelatie per 1 april 2012 wordt beëindigd en dat B voor de voorliggende periode vrijgesteld is van werk - opgemerkt dat, alhoewel artikel 5 in het concept spreekt over een algehele en finale kwijting, zijns inziens onvoldoende duidelijk naar voren komt dat zij aan B geen loon meer verschuldigd zijn over de voorliggende periode. Verweerster heeft daarop diezelfde dag geantwoord dat in de vaststellingsovereenkomst staat dat partijen elkaar finale kwijting verlenen; dit betekent dat er over en weer geen vorderingen / aanspraken zijn; partijen gaan per 1 april 2012 uit elkaar. Het concept voor de vaststellingsovereenkomst is zonder aanpassingen getekend.

2.8 Toen klaagster begin mei 2012 bekend werd met de doorbetaling van B's salaris gedurende de periode van onbetaald verlof, heeft zij gestaan op terugbetaling door B van hetgeen haars inziens onverschuldigd was betaald. B heeft daar geen gehoor aan willen geven.

2.9 Verweerster was ten tijde van de advisering aan B bekend met de doorbetaling van het salaris gedurende de periode van onbetaald verlof. Zij heeft klaagsters directeur in haar e-mail van 10 mei 2012 laten weten dat haar cliënte de betaalde bedragen heeft gezien als compensatie voor het gestelde onregelmatig gegeven ontslag.

2.10 Nadat B een voorstel tot minnelijke regeling via verweerster had afgewezen heeft klaagster B in rechte betrokken. De kantonrechter heeft bij vonnis van 17 juli 2013 de vordering toegewezen en B veroordeeld tot terugbetaling aan klaagster van het netto-equivalent van € 11.872,86 bruto aan loon, vermeerderd met de wettelijke rente, onder aftrek van hetgeen klaagster aan B verschuldigd is op grond van de gebruikelijke eindafrekening van het dienstverband. De kantonrechter heeft onder meer het volgende overwogen. ‘De intentie van [klaagster] om aan B geen salaris te betalen over de maanden van onbetaald verlof wordt bevestigd door de e-mail van [haar directeur] waarin hij aangeeft dat in het finale kwijtingbeding onvoldoende duidelijk naar voren komt dat klaagster B geen loon meer verschuldigd is over de voorliggende periode. B en [verweerster] hebben ook in reactie op die opmerking nagelaten om de doorbetaling van het salaris aan de orde te stellen. Van B had op grond van de eisen die in redelijkheid aan een goed werknemer mogen worden gesteld mogen worden verwacht dat zij hierover uitdrukkelijk met [klaagster] sprak.’ ‘Als B de bedoeling had het ten onrechte doorbetaalde loon als een soort beëindigingsvergoeding aan te merken dan had zij die bedoeling aan [klaagster] moeten openbaren voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst, wilde zij daar enig rechtsgevolg aan kunnen verbinden.’

2.11 Bij brief met bijlagen van 25 september 2012 heeft klaagster zich bij de deken beklagd over verweerster.

3 KLACHT

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

a) doordat zij het heeft doen voorkomen dat het doel van de vaststellingsovereenkomst (uitsluitend) was gelegen in het veiligstellen van eventuele WW-rechten van B, terwijl zij wist dan wel kon weten dat klaagster dwaalde ten aanzien van het loon dat zij tijdens het verlof had doorbetaald;

b) doordat zij heeft verzwegen dat haar cliënte per 1 maart 2012 elders een dienstverband was aangegaan.

4 VERWEER

4.1 Verweerster meent dat zij als advocaat een ruime mate van vrijheid geniet om de belangen van haar cliënte te behartigen op de wijze die haar in overleg met cliënte goeddunkt. Zij meent de grenzen van deze advocatuurlijke vrijheid niet te hebben overschreden. Zij diende het belang van haar cliënte te laten prevaleren boven dat van klaagster.

4.2 Verweerster ging er bij de advisering vanuit dat klaagster wel wist dat en wat zij aan B had betaald. Zij heeft die betaling niet gezien als gevolg van een kenbare fout aan de zijde van klaagster maar beschouwd als compensatie voor de door B als gevolg van einde dienstverband geleden schade.

4.3 Verweerster betwist dat zij wist dat B per 1 maart 2012 een nieuw dienstverband was aangegaan. Omdat zij er van uitging dat B op moment van advisering geen nieuw dienstverband had heeft zij haar geadviseerd een vaststellingsovereenkomst te sluiten teneinde haar rechten op een eventuele WW-uitkering zoveel mogelijk veilig te stellen.

5 BEOORDELING

5.1 Voorop staat dat ook naar vaste rechtspraak van het hof van discipline bij de beoordeling van een klacht over het optreden van een advocaat van de tegenpartij van de klager ervan moet worden uitgegaan, dat die advocaat een grote mate van vrijheid toekomt om de belangen van zijn cliënt te behartigen op de wijze, die hem – in overleg met zijn cliënt – passend voorkomt. De wederpartij zal zich dus slechts in uitzonderlijke gevallen over de wijze van belangenbehartiging kunnen beklagen. Voor de tuchtrechter staat daarbij de wijze waarop de advocaat de zaak behandelt slechts ter beoordeling voor zover de advocaat zich bij die behandeling jegens de wederpartij heeft schuldig gemaakt aan enig handelen of nalaten dat een behoorlijk advocaat niet betaamt. Zo behoort de advocaat zich rekenschap te geven van de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.

Ad klachtonderdeel a)

5.2 In de wetenschap dat B gedurende haar onbetaald verlof het loon had doorbetaald gekregen, lag het op de weg van verweerster zich er rekenschap van te geven dat de mogelijkheid bestond dat klaagster zich daar niet van bewust is geweest. Dat was zeker het geval op het moment dat klaagsters directeur zich met een vraag over de uitleg van artikel 5 in samenhang met artikel 1 van de concept vaststellingsovereenkomst tot verweerster wendde. Hij geeft daarin aan dat in het finale kwijtingbeding onvoldoende duidelijk naar voren komt dat [klaagster] aan B geen loon meer verschuldigd is over de voorliggende periode. Zij heeft toen volstaan met een wel erg globaal zuiver formeel antwoord, en de kern van de vraag omzeild. Zij heeft bij de beantwoording nagelaten de doorbetaling van het salaris aan de orde te stellen. Dat had zij wel moeten doen. Het ging om een groot bedrag, dat opvallend hoger was dan hetgeen bij beëindigingsregelingen in vergelijkbare omstandigheden aan schadeloosstelling gebruikelijk is, als al sprake was van een onregelmatig gegeven ontslag. Verweerster had dan ook moeten begrijpen dat zij door daarover te zwijgen mogelijk in strijd handelde met de gerechtvaardigde belangen van klaagster en zich mogelijk schuldig maakte aan misleiding van klaagster. Zij had zich dan ook dienen te verstaan met B om toestemming van haar te krijgen om klaagster te informeren en zich bij gebreke van die toestemming te beraden over de consequenties daarvan voor continuering van haar bijstand aan B. Door dit alles na te laten heeft verweerster gehandeld in strijd met hetgeen haar als behoorlijk advocaat betaamt. Dit onderdeel van de klacht is dan ook gegrond.

Ad klachtonderdeel b)

5.2 Niet is gebleken noch aannemelijk geworden dat verweester ermee bekend was dat B per 1 maart 2012 bij een andere werkgever in dienst was getreden. Dit onderdeel van de klacht dient dan ook als ongegrond te worden afgewezen.

6 MAATREGEL

6.1 Aangezien verweester niet eerder tuchtrechtelijk is bestraft volstaat de raad met oplegging van de hierna te noemen maatregel.

BESLISSING

De raad van discipline:

Klachtonderdeel a is gegrond, klachtonderdeel b is ongegrond.

Aan verweester wordt terzake het gegrond bevonden klachtonderdeel de maatregel van enkele waarschuwing opgelegd.

Aldus gewezen door mr. S.H. Bokx-Boom, voorzitter, mrs. J.H. Brouwer, F.A.M. Knüppe, H.H. Tan en B.E.J.M. Tomlow, leden, bijgestaan door mr. M.Y.A. Verhoeven als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 17 februari 2014.

griffier voorzitter