

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 7093

Beslissing van 1 december 2014
in de zaak 7093

naar aanleiding van het wederzijds hoger beroep van:
verweerster
tegen:
klaagster

1 HET GEDING IN EERSTE AANLEG

Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Arnhem-Leeuwarden (verder: de raad) van 17 februari 2014, onder nummer 13-50, aan partijen toegezonden op 17 februari 2014, waarbij van een klacht van klaagster tegen verweerster klachtonderdeel a gegrond is verklaard en klachtonderdeel b ongegrond en de maatregel van enkele waarschuwing is opgelegd.

De beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:NL:TADRARL:2014:22.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij verweerster van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 17 maart 2014 ter griffie van het hof ontvangen. De memorie waarbij klaagster van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 18 maart 2014 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- brief van klaagster aan het hof d.d. 15 april 2014;
- brief van verweerster aan het hof d.d. 2 mei 2014;
- de brief van het hof aan partijen van 16 september 2014;
- het e-mailbericht van klaagster aan het hof van 13 oktober 2014;
- de brief van verweerster aan het hof van 13 oktober 2014.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 4 november 2014, waar geen van partijen is verschenen.

3 PRELIMINAIRE OVERWEGING

Het hof heeft de zaak aanvankelijk behandeld ter zitting van 15 september 2014. Een van de toen zittende leden van het hof miste echter op dat moment de bevoegdheid om nog deel uit te maken van het hof. Die behandeling is daarom nietig. Bij brief van 16 september 2014 zijn partijen van dit gebrek op de hoogte gesteld en uitgenodigd voor een nieuwe zitting van het hof, bepaald op 4 november 2014, waar een nieuwe behandeling heeft plaatsgevonden.

4 KLACHT

De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerster 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.

5 BEOORDELING

5.1 Het volgende is komen vast te staan:

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

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. Het staat niet vast dat de overeenkomst door haar is ontvangen.

5.1.2 B had al begin 2011 verzocht om een aaneengesloten periode van onbetaald verlof voor een reis naar A.. Dat verlof is haar later in het jaar verleend. Nadat zij in augustus en september 2011 nog tot 23 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 heeft klaagster het salaris onbedoeld aan B doorbetaald. Klaagsters directeur stelt met dat laatste niet bekend te zijn geweest; hij is daarvan pas naar hij stelt begin mei 2012 op de hoogte gekomen.

5.1.3 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 had ontvangen, zij er van uit ging dat B hier geen gebruik van wenste te maken.

5.1.4 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 in onderling overleg van de arbeidsovereenkomst door middel van een vaststellingsovereenkomst "om de rechten van B op een eventuele WW uitkering zo veel als mogelijk veilig te stellen". Daarbij was een concept vaststellingsovereenkomst ingesloten met het verzoek daarop uiterlijk 16 maart 2012 te reageren. Verweerster was bekend met de doorbetaling van salaris van B gedurende de periode van onbetaald verlof.

5.1.5 Later bleek aan klaagster dat B al per 1 maart 2012 elders in dienst was getreden.

5.1.6 In zijn e-mail van 16 maart 2012 aan verweerster heeft klaagsters directeur onder meer geschreven: "Ik heb de vaststellingsovereenkomst gelezen en heb daarbij nog 1 vraag. Onder artikel 1 staat dat de arbeidsrelatie per 1 april wordt beëindigd en dat mevr. [B] voor de voorliggende periode vrijgesteld is van werk. Alhoewel artikel 5 spreekt over een algehele en finale kwijting, komt m.i. onvoldoende duidelijk naar voren dat wij aan mevrouw [B] geen loon meer verschuldigd zijn over de voorliggende periode. Kunt u dit bevestigen/de overeenkomst hierop aanpassen?"

Verweerster heeft daarop diezelfde dag per mail geantwoord:

"In de vaststellingsovereenkomst staat dat partijen elkaar over en weer 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 door partijen getekend.

5.1.7 In artikel 1 van de vaststellingsovereenkomst is vastgelegd dat de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd per 1 april 2012 en dat B tot die datum is vrijgesteld van het verrichten van werkzaamheden.

Artikel 5 van de overeenkomst luidt:

“Partijen stellen vast dat er, buiten de hierboven genoemde rechten en verplichtingen, tussen partijen overigens geen rechten en verplichtingen meer bestaan, zelfs als in de toekomst zou blijken dat partijen rechten en verplichtingen over het hoofd zouden hebben gezien. Behoudens hetgeen partijen in deze overeenkomst zijn overeengekomen, verlenen zij elkaar terzake van de beëindiging van het dienstverband over en weer algehele en finale kwijting en verklaren zij uitdrukkelijk na uitvoering daarvan niets meer van elkaar te vorderen te hebben.”

5.1.8 Toen klaagster begin mei 2012 bekend werd met de onbedoelde 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.

5.1.9 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 volgens B onregelmatig gegeven ontslag.

5.1.10 Nadat B een voorstel tot minnelijke regeling van het teruggevorderde bedrag 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.

5.2. De raad heeft ten aanzien van klachtonderdeel a overwogen dat verweerster zich rekenschap had moeten geven dat klaagster zich mogelijk niet bewust was van de doorbetaling van het loon, en dat zij bij de beantwoording van de mail van klaagster van 16 maart 2012 dit aan de orde had moeten stellen. Verweerster moest begrijpen dat zij daardoor mogelijk in strijd handelde met de gerechtvaardigde belangen van klaagster. Met betrekking tot klachtonderdeel b overwoog de raad dat niet is gebleken dat verweerster ermee bekend was dat B per 1 maart 2012 bij een andere werkgever in dienst was getreden. Aan verweerster is een waarschuwing opgelegd.

5.3. Verweerster heeft in haar beroep tegen de gegrondverklaring van klachtonderdeel a als grieven aangevoerd dat de raad ten onrechte heeft geoordeeld dat zij in strijd heeft gehandeld met wat een behoorlijk advocaat betaamt, omdat zij door het aan de orde stellen van de doorbetaling haar geheimhoudingsplicht zou schenden en zij het belang van B mocht laten prevaleren boven dat van klaagster, en dat de motivering van de maatregel onbegrijpelijk is.

5.4. Klaagster heeft als grief tegen de ongegrondverklaring door de raad van klachtonderdeel b aangevoerd dat verweerster van het dienstverband van B per 1 maart 2012 bij een andere werkgever moet hebben geweten omdat zij anders niet had voorgesteld het dienstverband op een termijn van veertien dagen te beëindigen. Klaagster wil dat zo nodig met een getuigenverhoor aantonen.

5.5.1 Het hof stelt evenals de raad voorop, dat uitgangspunt is dat aan de advocaat een grote mate van vrijheid toekomt om de belangen van zijn cliënt te behartigen op de wijze als hem in overleg met zijn cliënt goeddunkt. Deze vrijheid mag niet ten gunste van een wederpartij worden beknot. Die vrijheid is niet absoluut, maar vindt haar begrenzing daarin, dat de advocaat zich niet onnodig grievend mag uitlaten over de wederpartij van zijn cliënt, dat hij geen feiten mag poneren waarvan hij de onwaarheid

kent of redelijkerwijs kan kennen, en dat hij niet onnodig de belangen van de wederpartij mag schaden.

5.5.2 Daarnaast is van belang dat de advocaat een partijdige belangenbehartiger is; partijdigheid is één van de kernwaarden van de advocaat, die in de komende herziening van de Advocatenwet zullen worden vastgelegd. De advocaat dient zijn inspanningen uitsluitend te richten op de gerechtvaardigde belangen van zijn cliënt, waarbij hij onder bepaalde omstandigheden ook rekening moet houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Tenslotte speelt de verplichting van de advocaat tot geheimhouding van hetgeen zijn cliënt hem heeft toevertrouwd, een rol.

5.6 Klachtonderdeel a:

De doorbetaling van het loon van B tijdens haar onbetaald verlof vond zijn oorzaak in een fout in de administratie van klaagster, waarvan de directeur van klaagster pas na geruime tijd op de hoogte zou zijn geraakt. Dat is een omstandigheid die geheel in de risicosfeer van klaagster ligt. In de mailwisseling van 16 maart 2012 waar klaagster zich op beroept heeft verweerster geen inlichtingen verschaft waarvan zij wist of moest weten dat die onjuist waren; zij heeft op een vraag van klaagster om verduidelijking (dat klaagster aan B geen loon meer verschuldigd was over de voorafgaande periode) enkel kort toegelicht wat finale kwijting betekent. Het lag niet op de weg van verweerster om klaagster verdere informatie te verschaffen omtrent hetgeen B haar had toevertrouwd, of nadere toelichting te geven op de inhoud van de voorgestelde overeenkomst. Klaagster kon en moest er rekening mee houden dat de overeenkomst door verweerster vanuit het belang van B was opgesteld. Als klaagster daarover vragen of twijfels had, had zij zelf een adviseur of een advocaat kunnen raadplegen. Er waren in dit geval geen omstandigheden die meebrachten dat verweerster rekening moest houden met de belangen van klaagster.

De grief van verweerster slaagt; het hof acht klachtonderdeel a ongegrond.

5.7 Klachtonderdeel b:

Naar het oordeel van het hof faalt de grief van klaagster. Ook als verweerster ervan op de hoogte was dat B al per 1 maart 2012 een andere baan had aanvaard, had zij dat niet aan verweerster hoeven te melden. Het hof neemt daarbij in aanmerking dat klaagster niet heeft gevraagd of B misschien al ander werk had en dat verweerster hierover geen, en dus ook geen onjuiste, mededelingen aan klaagster heeft gedaan. Het betrof hier ook geen ten onrechte geïnde vergoeding na ontbinding van een arbeids-overeenkomst, maar een enkele ontbinding op korte termijn. Als dat bij klaagster vragen opriep die zij beantwoord wilde zien, kon zij dat niet van verweerster verwachten maar had zij zelf een adviseur moeten inschakelen.

5.8 De beslissing van de raad op klachtonderdeel a zal mitsdien worden vernietigd en klachtonderdeel a is alsnog ongegrond. De beslissing op klachtonderdeel b zal worden bekrachtigd.

BESLISSING

Het Hof van Discipline:

- vernietigt de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Arnhem-Leeuwarden, onder nr. 13-50 tussen partijen op 17 februari 2014 gewezen, voor zover klachtonderdeel a daarbij gegrond werd verklaard en aan verweerster de maatregel van enkele waarschuwing werd opgelegd;
- en, in zoverre opnieuw rechtdoende:
- verklaart klachtonderdeel a ongegrond;
 - bekrachtigt de beslissing voor het overige.

Aldus gewezen door mr. P.M.A. de Groot-van Dijken, voorzitter, mrs. L. Ritzema, A.D.R.M. Boumans, D.J. Markx en V. Wolting, leden, in tegenwoordigheid van mr. I.F. Schouwink, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 1 december 2014.