

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: ZWB 319 - 2014

Beslissing van 14 september 2015 in de zaak ZWB319-2014

naar aanleiding van de klacht van:

tegen:

verweerster

1 Verloop van de procedure

1.1 Bij brief aan de raad van 8 december 2014 met kenmerk K14-052 heeft de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Zeeland-West-Brabant de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.2 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 22 juni 2015. Ter zitting zijn klager, vergezeld van zijn gemachtigde en verweerster, vergezeld van haar kantoorge-
noot mr. .L, verschenen. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.3 De raad heeft kennis genomen van:

- de brief van de deken d.d. 8 december 2014 met bijlagen.

2 FEITEN

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

2.1 Verweerster heeft klager geadviseerd over en bijgestaan in zijn arbeidszaak. Klager was bij SAR verzekerd tegen kosten van rechtsbijstand. Verweerster heeft klager bijgestaan op basis van een door SAR op 24 oktober 2011 verleende opdracht.

2.2 Klager was op 1 januari 2008 in dienst getreden van de eenmanszaak V., ook wel handelend onder de naam SP. Vervolgens heeft klager op 14 april 2011 een arbeidsovereenkomst gesloten met SP B.V. met als datum indiensttreding 1 maart 2011.

2.3 Bij verzoekschrift van 23 november 2011 heeft SP B.V. ontbinding van de arbeidsovereenkomst met klager verzocht op grond van disfunctioneren. In het verzoekschrift heeft SP B.V. gesteld:

“[SP] hecht er aan te benadrukken dat zij op geen enkele wijze gebonden is aan de rechten en verplichtingen die golden tussen [V] en [klager] (...). Nadat het voor [klager] ophield bij [V] is hij in dienst getreden bij [SP] (...).”

2.4 Verweerster heeft bij brief d.d. 29 november 2011 aan V. namens klager aanspraak gemaakt op betaling van een bedrag van € 53.095,-- wegens gewerkte overuren.

2.5 Verweerster heeft op 2 december 2011 namens klager een verweerschrift ingediend. In dit verweerschrift wordt er eveneens van uit gegaan dat klager per 1 maart 2011 in dienst is getreden van SP.

2.6 In de ontbindingsprocedure procedure is op 7 december 2011 tussen klager en SP een vaststellingsovereenkomst gesloten. In die vaststellingsovereenkomst is onder meer bepaald:

“Partijen verlenen elkaar over en weer finale kwijting (ook ten aanzien van eventuele overuren [...]).”

Met deze finale kwijtingsclausule werd de weg om betaling van de overuren te vorderen van SP definitief afgesloten.

2.7 Bij e-mailbericht d.d. 19 januari 2012 heeft verweerster aan klager een negatief procesadvies gegeven ter zake de vordering van betaling van overuren op V. omdat, kort gezegd, V. waarschijnlijk het aantal overuren zou betwisten. Ook slaagde klager er volgens verweerster niet in om bewijs te leveren van de afspraak dat klager de overuren in geld betaald zou krijgen.

2.8 Naar aanleiding van het negatieve procesadvies van verweerster heeft klager op grond van de polis van zijn rechtsbijstandsverzekering bij SAR een beroep gedaan op de geschillenregeling en een second opinion gevraagd aan mr. A. In de second opinion van mr. A is de conclusie, kort gezegd, dat er weliswaar afdoende bewijs is om de overuren en het feit dat die betaald moeten worden te bewijzen, maar dat het procesoordeel toch negatief moet zijn omdat de finale kwijting in de vaststellingsovereenkomst tussen klager en SP eraan in de weg staat dat jegens V. aanspraak kan worden gemaakt op betaling van overuren in verband met de plaatsgevonden overgang van onderneming tussen V. en SP.

2.9 Klager heeft verweerster op 28 februari 2012 telefonisch ingelicht over de conclusies van de second opinion, onder meer over de bevinding van mr. A dat er sprake zou zijn van overgang van onderneming. Verweerster heeft klager bij e-mailbericht d.d. 1 maart 2012 bericht dat, wanneer al sprake zou zijn van overgang van onderneming, V. een jaar lang naast SP aansprakelijk zou blijven en dat klager dit punt bij de nieuwe advocaat aan de orde moest stellen.

2.10 SAR heeft de second opinion van mr. A bij e-mailbericht van 6 maart 2012 toegestuurd aan verweerster met het verzoek: *“Zou u de zaak verder kunnen afwickelen?”*.

2.11 Verweerster heeft V bij e-mailbericht d.d. 8 maart 2012 het volgende medege-deeld:

“Op mijn brieven van 29 november 2011 en 29 december 2011 (...) ontving ik nog geen inhoudelijke reactie. (...) Hierbij verzoek en voor zover nodig sommeer ik u/[V] ten behoeve van cliënt nogmaals (...) om de overuren (...) aan cliënt te betalen (...).”

2.12 Verweerster heeft bij e-mailbericht d.d. 19 maart 2012 aan SAR de ontvangst van de second opinion bevestigd en aan SAR bericht dat zij met de inschatting van mr. A uiteraard een procedure kan starten. Volgens verweerster staat de finale kwijting niet in de weg aan een vordering tegen V. Verweerster heeft voorts aangegeven dat zij wel nog het standpunt van mr. A wenst te vernemen ter zake het bewijs van het aantal overuren, nu dat volgens haar ontbrak in de second opinion.

2.13 Bij e-mailbericht d.d. 12 juni 2012 heeft SAR de aanvulling op de second opinion van mr. A aan verweerster toegestuurd. In die aanvulling heeft mr. A positief geadviseerd ten aanzien van een procedure inzake de overuren. Diezelfde dag heeft verweerster SAR bericht dat zij de dagvaarding zal opstellen en op 13 juni 2012 heeft zij klager dienovereenkomstig bericht.

2.14 Nadat verweerster de concept-dagvaarding op 14 juni 2012 aan klager heeft toegestuurd en klager in augustus 2012 zijn akkoord heeft gegeven, is de dagvaarding op 5 september 2012 aan V. betekend.

2.15 In de procedure is aan V. bewijs van zijn stelling opgedragen dat er sprake is van overgang van onderneming, waartoe V. een op 25 maart 2011 gedateerde, tussen V. en SP gesloten, overeenkomst met als opschrift “Verkoop Activa” in het geding heeft gebracht.

2.16 Verweerster heeft naar aanleiding daarvan namens klager betoogd dat V. nauw samenwerkt met SP en dat alleen al daarom niet kan worden uitgesloten dat de overeenkomst met oog op de procedure is opgesteld alsmede dat ook V. en SP niet van een overgang van onderneming zijn uitgegaan aangezien tussen SP en klager een nieuwe arbeidsovereenkomst is gesloten, welke stap in geval van overgang van onderneming niet nodig was geweest.

2.17 Bij vonnis van de kantonrechter van 19 september 2013 is V. in het gelijk gesteld. De kantonrechter heeft daartoe overwogen dat er sprake is geweest van overgang van onderneming per 25 maart 2011 en dat het sluiten van een nieuwe arbeidsovereenkomst tussen klager en SP aan dat oordeel niet in de weg staat.

2.18 Bij afwezigheid van verweerster wegens zwangerschapsverlof heeft verweersters kantoorgenoot een negatief appeladvies gegeven. Klager heeft vervolgens besloten om de zaak verder te laten rusten.

3 klacht

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

1. de vervaltermijn niet heeft gestuit waardoor klager de procedure heeft verloren,
2. klager doorlopend verkeerd heeft geïnformeerd over de aanpak van de zaak.

3.2 Toelichting:

Ad 1:

Op 27 september 2012 is de zaak aangebracht bij de kantonrechter. De procedure is verloren. De kantonrechter heeft geoordeeld dat sprake was van overgang van onderneming en heeft voorts vastgesteld dat de vervaltermijn van één jaar na de overgang was verstreken. Voorafgaand aan de procedure heeft verweerster klager hierover foutief geadviseerd. De brief van 29 november 2011 zou volgens verweerster voldoende zijn om verval van de vordering te stuiten. Dit bleek echter niet het geval. Klager heeft de procedure ten gevolge van dit foutieve advies verloren.

Ad 2:

Aanvankelijk is de vordering van de overuren ten onrechte niet meegenomen bij de ontbinding. Pas na de ontbindingsprocedure is hierover een procesadvies uitgebracht. Voorts is klager niet juist geïnformeerd over de overgang van onderneming, de vervaltermijn en later is klager niet juist geïnformeerd over de vraag welke bewijzen er nodig waren om beroep te kunnen instellen. Het zou mogelijk zijn om beroep in te stellen als er een bepaalde getuigenverklaring zou worden overgelegd. Klager heeft voor deze getuigenverklaring gezorgd maar toch kwam er een negatief procesadvies voor hoger beroep. Dat advies werd gegeven door een kantoorgenoot van verweerster, die de zaak waarnam tijdens het zwangerschapsverlof van verweerster.

4 VERWEER

4.1 De klacht is in beide onderdelen ongegrond. Verweerster had na het uitbrengen van haar negatief procesadvies geen opdracht om ten behoeve van klager een dagvaarding uit te brengen. Het feit dat er uiteindelijk geen opdracht was op het moment dat de vervaltermijn intrad, is niet aan verweerster toe te rekenen. Op dat moment lagen er namelijk twee negatieve procesadviezen, bestond er daarom geen recht op dekking vanuit de rechtsbijstandsverzekering en was aan haar of een ander kantoor geen opdracht gegeven om de procedure desondanks op te starten, niet door SAR noch door klager zelf.

4.2 Op het moment dat de brief van 29 november 2011 aan V. werd verstuurd was de mogelijkheid van een eventuele overgang van onderneming nimmer ter sprake gekomen en op basis van de informatie van klager was verweerster hierop ook niet bedacht. De mogelijkheid van overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW is pas op 28 februari 2012 aan de orde is gekomen in het kader van de door mr. A gegeven second opinion. In de ontbindingsprocedure is nauwelijks bij dat punt stilgestaan. Klager, SAR noch mr. A hebben iets met die informatie gedaan en in ieder geval is geen opdracht gegeven om vóór 24 maart 2012 te dagvaarden.

4.3 Verweerster heeft klager en SAR ruimschoots vóór 24 maart 2012 gewezen heeft op de termijn van een jaar en heeft aangedrongen op een aanvulling van de second opinion. Verweerster heeft klager bij e-mailbericht d.d. 1 maart 2012 bericht dat, wanneer al sprake zou zijn van overgang van onderneming, V. een jaar lang naast SP aansprakelijk zou blijven en dat klager dit punt bij de nieuwe advocaat aan de orde moest stellen.

4.4 Vanwege het negatieve procesadvies van verweerster d.d. 19 januari 2012 eindigde op dat moment de opdracht van SAR aan haar. Klager heeft verweerster vervolgens geen opdracht gegeven om zijn belangen verder te behartigen. Na de tweede second opinion had niemand opdracht om de belangen van klager te behartigen. Eerst op 12 juni 2012 gaf SAR verweerster opdracht om de belangen van klager te behartigen en die opdracht is met de nodige voortvarendheid uitgevoerd.

4.5 In de dagvaarding is een drietrapsraket gehanteerd: (1.) er is geen sprake van overgang van onderneming, (2.) indien dat wel het geval is, is er geen sprake van een vervaltermijn maar van een verjaringstermijn, die evenwel gestuit is en (3.) op 19 augustus 2011 heeft V. met klager de afspraak gemaakt dat klagers overuren in geld zouden worden uitbetaald.

5 BEOORDELING

5.1 Per 1 januari 2015 is de gewijzigde Advocatenwet in werking getreden. De nieuwe Advocatenwet is van toepassing op klachten die op of na 1 januari 2015 zijn

ingediend bij de deken. De onderhavige klacht is voor 1 januari 2015 ingediend bij de deken en wordt door de raad van discipline derhalve behandeld en beoordeeld op grond van de Advocatenwet, zoals die tot 1 januari 2015 gold. Waar in deze beslissing naar de Advocatenwet wordt verwezen, wordt de Advocatenwet zoals deze tot 1 januari 2015 gold bedoeld.

5.2 De klacht heeft betrekking op de kwaliteit van de dienstverlening van verweerster. De tuchtrechter heeft gezien het bepaalde in art. 46 Advocatenwet mede tot taak de kwaliteit van de dienstverlening aan een cliënt te beoordelen indien deze daarover klaagt. Wel zal de tuchtrechter rekening hebben te houden met de vrijheid die de advocaat heeft met betrekking tot de wijze waarop hij een zaak behandelt en met de keuzes -zoals over procesrisico en kostenrisico - waarvoor de advocaat bij de behandeling van de zaak kan komen te staan. De vrijheid die de advocaat dienaangaande heeft is niet onbepaald, maar wordt begrensd door de eisen die aan de advocaat als opdrachtnemer in de uitvoering van die opdracht mogen worden gesteld en die met zich brengen dat zijn werk dient te voldoen aan datgene wat binnen de beroepsgroep als professionele standaard geldt. Tot die professionele standaard behoren het inschatten van de slaggingskansen van een aanhangig te maken procedure en het informeren van de cliënt daarover. De cliënt dient door de advocaat te worden gewezen op de proceskansen en het kostenrisico in zijn zaak. Voorts dienen processtukken te voldoen aan de redelijkerwijs daaraan te stellen eisen. De raad zal de klacht aan de hand van deze maatstaven beoordelen.

5.3 Klachtonderdeel 1

Uit de aan de raad overgelegde stukken en hetgeen ter zitting naar voren is gebracht blijkt naar het oordeel van de raad niet dat, zoals klager stelt, verweerster hem heeft verzekerd dat met de brief van verweerster aan V. d.d. 29 november 2011 de vervaltermijn was gestuit. Verweerster heeft dit weliswaar naar voren gebracht in de procedure, maar heeft ook geschreven dat zij met dat standpunt afwijkt van de heersende leer in de jurisprudentie. Klachtonderdeel 1 is derhalve naar het oordeel van de raad ongegrond.

5.4 Klachtonderdeel 2

Uit de aan de raad overgelegde stukken en hetgeen ter zitting naar voren is gebracht blijkt dat verweerster op 28 februari 2012 door klager in kennis is gesteld van de inhoud van de second opinion van mr. A, die van oordeel was dat er sprake was van overgang van onderneming per 1 april 2011. De raad is van oordeel dat de second opinion van mr. A, die inhield dat indien V. nog gedagvaard zou worden, dit in elk geval vóór 31 maart 2012 diende te gebeuren, verweerster ertoe had moeten bewegen om zelf (aanvullend) onderzoek te doen.

5.5 De raad is van oordeel dat verweerster onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de juridische verhouding tussen V. en SP. In het midden kan blijven of verweerster hiernaar al onderzoek had moeten doen naar aanleiding van hetgeen in de ontbindingsprocedure door SP naar voren was gebracht; op het moment dat verweerster kennis kreeg van de inhoud van de second opinion van mr. A was er naar het oordeel van de raad voor verweerster in ieder geval alle reden voor een (aanvullend) onderzoek. Voorts had het naar het oordeel van de raad op verweerster weg gelegen om klager en SAR uitdrukkelijk schriftelijk te wijzen op het naderende verstrijken van de vervaltermijn en de noodzaak om snel tot dagvaarding over te gaan. De raad is van oordeel dat verweerster, door klager terug te verwijzen naar mr. A met de opmerking dat aanvullend advies nodig was, jegens klager onvoldoende zorg in acht heeft genomen.

5.6 Het verweer van verweerster, dat, toen zij op 28 februari 2011 kennis kreeg van de second opinion van mr. A, zij geen opdracht had om tot dagvaarding over te gaan, moet naar het oordeel van de raad worden gepasseerd. Uit de aan de raad overgelegde stukken en hetgeen ter zitting naar voren is gebracht blijkt naar het oordeel van de raad immers dat er op dat moment nog steeds wel degelijk sprake was van een “advocaat-cliënt-relatie”. Verweerster behandelde de zaak op dat moment nog steeds inhoudelijk. Zo heeft verweerster V. bij e-mailbericht d.d. 8 maart 2012 nog namens klager gesommeerd.

5.7 De raad is op grond van het bovenstaande van oordeel dat verweerster een tuchtrechtelijk verwijt kan worden gemaakt van het feit dat zij klager voorafgaand aan de procedure tegen V. ontoereikend heeft geadviseerd, dat zij onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de juridische verhouding tussen V. en SP en dat zij zich niet intensiever heeft ingespannen om te bewerkstelligen dat er voor het verstrijken van de vervaltermijn zou worden gedagvaard. Klachtonderdeel 2 is derhalve gegrond.

5.8 De raad komt tot de slotsom dat klachtonderdeel 1 ongegrond is en dat klachtonderdeel 2 gegrond is.

6 MAATREGEL

6.1 Naar het oordeel van de raad heeft verweerster klager voorafgaand aan de procedure tegen V. ontoereikend geadviseerd en heeft zij onvoldoende onderzoek gedaan naar de juridische verhouding tussen V. en SP. Voorts had het naar het oordeel van de raad op de weg gelegen van verweerster om klager en SAR uitdrukkelijk schriftelijk te wijzen op het naderende verstrijken van de vervaltermijn en de noodzaak om snel tot dagvaarding over te gaan. Door dit na te laten heeft verweerster tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld. De raad acht in deze een berisping een passende maatregel.

BESLISSING

De raad van discipline:

1. verklaart klachtonderdeel 1 ongegrond;
2. verklaart klachtonderdeel 2 gegrond en legt ter zake aan verweerster op de maatregel van berisping.

Aldus gegeven door mr. P.H. Brandts, voorzitter, mrs. S.A.R. Lely, A.L.W.G. Houtakkers, A.J.F. van Dok, J.D.E. van den Heuvel, leden, bijgestaan door mr. T.H.G. van de Langenberg als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 14 september 2015.

griffier

voorzitter

Deze beslissing is in afschrift op 14 september 2015 verzonden aan:

- klager
- verweerster
- de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Zeeland-West-Brabant

- de deken van de Nederlandse Orde van Advocaten.

Van deze beslissing kan hoger beroep bij het Hof van Discipline worden ingesteld door:

- verweerster
- de deken van de Nederlandse Orde van Advocaten

en voor zover deze ongegrond/niet-ontvankelijk is verklaard tevens door

- klager
- de deken van de orde van advocaten te Zeeland-West-Brabant

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 zeventvoud 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

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

Postbus 85452, 2508 CD Den Haag

b. Bezorging

De griffie is gevestigd aan het

Kneuterdijk 1, 2514 EM Den Haag

Teneinde er zeker van te zijn dat voor de ontvangst getekend kan worden of dat pakketten die niet in een reguliere brievenbus besteld kunnen worden, afgegeven kunnen worden dient u telefonisch contact op te nemen met de griffie van het hof.

Het telefoonnummer van het Hof van Discipline is 088-2053777

c. Per fax

Het faxnummer van het Hof van Discipline is 088-2053701

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:

Praktische informatie vindt u op www.hofvandiscipline.nl