

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 170328

van 14 mei 2018

in de zaak 170328

naar aanleiding van het hoger beroep van:

verweerder

tegen:

klaagster

1 HET GEDING IN EERSTE AANLEG

Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Den Haag (verder: de raad) van 13 november 2017, onder nummer 17-252/DH/RO. Daarbij is de klacht van klaagster tegen verweerder gegrond verklaard. De raad heeft verder bepaald dat aan verweerder geen maatregel wordt opgelegd. Verweerder is veroordeeld tot betaling van het griffierecht van € 50 aan klaagster. De beslissing is aan partijen toegezonden op 13 november 2017.

De beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:NL:TADRSGR:2017:214.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij verweerder van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 11 december 2017 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- de antwoordmemorie van klaagster.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 12 maart 2018. Daar zijn verschenen verweerder, bijgestaan door mr. L, en de gemachtigde van klaagster, mr. D. Klaagster is niet verschenen. Tijdens de mondelinge behandeling heeft zij laten weten dat zij in Den Haag was. Klaagster dacht dat daar de zitting werd gehouden. Het door klaagster gedane (telefonische) verzoek om aanhouding van de mondelinge behandeling heeft het hof afgewezen. De beide gemachtigden en verweerder hebben hun standpunt nader toegelicht waarbij verweerder en zijn gemachtigde zich hebben bediend van een door hen overgelegde pleitnota.

3 KLACHT

3.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet. Klaagster verwijt verweerder het volgende.

a) Verweerder is niet in hoger beroep gegaan tegen de beslissing van de kantonrechter omtrent het verhalen van werknemersverzekeringen bij de werknemer door de werkgever. Volgens klaagster heeft verweerder niet gekeken naar de sinds 2006 geldende wet.

b) Verweerder heeft na de uitspraak van de kantonrechter onvoldoende onderzoek gedaan naar de rechtmatigheid van de inhouding van werkgeverslasten door de werkgever op het bruto-bruto-loon van klaagster.

4 FEITEN

Voor de beoordeling van de klacht wordt van de volgende feiten uitgegaan.

4.1 Verweerder heeft klager bijgestaan in een arbeidsrechtelijk geschil.

4.2 Klaagster was als fysiotherapeut in loondienst werkzaam bij haar werkgever. Klaagster ontving voor haar werkzaamheden een variabel salaris. Haar maandelijkse loon werd berekend door de door haar gegenereerde omzet te vermenigvuldigen met het omzetpercentage van 63,8% (later: 60,9%). De uitkomst van deze berekening werd door de werkgever aangeduid als het "bruto-bruto-loon". Op het bruto-bruto-loon werden de werkgeverslasten in mindering gebracht, waarna het brutoloon overbleef. Het een en ander gebeurde op grond van de voor klagster geldende CAO (voor de Vrijgevestigde Fysiotherapiepraktijk) 2003 (hierna: de CAO-2003).

4.3 De CAO-2003 is op 1 januari 2004 geëindigd.

4.4 Met ingang van 1 januari 2005 is de beloningsstructuur binnen de fysiotherapie gewijzigd in verband met de invoering van de Zorgverzekeringswet en de wijziging van vergoedingen van verzekeraars aan fysiotherapeuten. Sindsdien gelden geen standaardtarieven meer, maar worden per behandeling en per zorgverzekeraar verschillende tarieven gehanteerd. De werkgevers- en werknemersverenigingen hebben hun leden vanaf 2005 geadviseerd om als uitgangspunt voor de variabele salarissen het aantal zittingen te nemen en niet meer de gerealiseerde omzet.

4.5 Als gevolg van de hiervoor in 4.4 genoemde omstandigheden is de wijze van beloning van klagster veranderd. Vanaf 2005 werd het bruto-bruto-loon van klagster berekend door het aantal door haar verrichte behandelingen (zittingen) te vermenigvuldigen met een standaardtarief.

4.6 Over deze veranderde wijze van loonberekening is tussen klagster en de werkgever een geschil ontstaan. Klaagster heeft zich in dat verband gewend tot het kantoor van verweerder, waar zij aanvankelijk is bijgestaan door een kantoorgenoot van verweerder.

4.7 In zijn e-mail van 17 september 2012 schrijft verweerder het volgende aan klagster:

"(...) Dank voor het overzicht. Op dit moment ben ik de stukken aan het doornemen om beter overzicht te krijgen van de loonbetalingen. Woensdag zal ik overleggen met onze deskundige op het gebied van loonbetalingen. Ik zal u woensdag bellen voor de vervolg stappen. (...)"

4.8 Op 2 oktober 2012 heeft verweerder de werkgever van klagster aangeschreven en verzocht om, zakelijk weergegeven, opheldering over de totstandkoming van de aan klagster uitgekeerde loonbedragen en nabetaling van achterstallig salaris. Omdat deze brief niet heeft geleid tot een voor klagster bevredigend antwoord, heeft verweerder namens haar een procedure ingesteld bij de kantonrechter.

4.9 Daarin is primair (onder meer) een verklaring voor recht gevorderd dat van de CAO-2003 nawerking uitgaat en dat het bruto-bruto-loon van klagster moet worden berekend door de door haar gerealiseerde omzet te vermenigvuldigen met een omzetpercentage van 60,9 %. Verweerder heeft verder subsidiair (onder de voorwaarde dat van de CAO-2003 geen nawerking uitgaat) - onder meer - een verklaring voor recht gevorderd dat de werkgeverslasten niet ten laste mogen komen van het loon van klagster.

4.10 Bij vonnis van 22 maart 2013 heeft de kantonrechter, zakelijk weergegeven en voor zover voor de beoordeling van deze zaak van belang, geoordeeld dat van de CAO-2003 nawerking uitgaat, doch dat voor het gedeelte van de berekening van het bruto-bruto-loon een andersluidende overeenkomst tot stand is gekomen tussen klagster en de werkgever. Deze andersluidende overeenkomst houdt in dat de omzet gerelateerde vergoeding is vervangen door een vaste vergoeding per behandeling (zitting). Aan

de beoordeling van de subsidiaire vordering is de kantonrechter niet toegekomen, nu de voorwaarde waaronder deze is ingesteld niet in vervulling is gegaan.

4.11 Verweerder heeft namens klaagster hoger beroep ingesteld van het vonnis van de kantonrechter. In zijn e-mail van 5 augustus 2013 aan klaagster schrijft verweerder dat klaagster akkoord is gegaan met de memorie van grieven.

4.12 Verweerder heeft in hoger beroep het standpunt ingenomen, primair, dat geen andersluidende overeenkomst tot stand is gekomen en klaagster bij berekening van het bruto-bruto-loon recht heeft op 60,9 % van de door haar gerealiseerde omzet (en dus niet van een gefixeerd tarief per behandeling) en, subsidiair, dat indien het hof van mening is dat toch een andersluidende overeenkomst tot stand is gekomen, klaagster heeft gedwaald bij de totstandkoming daarvan. De vraag of de werkgeverslasten ten laste mogen komen van het (bruto-bruto-)loon van klaagster is niet aan het gerechtshof voorgelegd.

4.13 Op 12 februari 2014 hebben klaagster en de werkgever een vaststellingsovereenkomst gesloten over (de voorwaarden van) de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met klaagster. Klaagster is in de procedure strekkend tot beëindiging van haar arbeidsovereenkomst bijgestaan door een kantoorgenoot van verweerder.

4.14 In haar e-mail van 2 april 2014 schrijft klaagster het volgende aan verweerder: "(...) Recentelijk kreeg ik antwoord (zie bijlage) op mijn vragen (zie bijlage), die ik gesteld heb naar het UWV.

De belastingdienst en UWV verteld[en], dat alleen de WGA, de enige werknemerslast, die gedeelte[lijk] teruggehaald mag worden bij de Werknemer en dit wel op het nettoloon. [De werkgever] verhaal[t] alle werknemersverzekeringen in het bruto-bruto bij werknemers. Dit is bij de wet verboden, zie wet financiële sociale wetten art. 20. Deze aanpassing in de Wet is op 16 december 2004 getekend en per 01-01-2006 ingegaan. Zie link: (...)

Sinds vorig jaar is het verboden om de zorgverzekeringwet op de werknemer te verhalen op het netto-loon. Dit heeft [de werkgever] ook niet gedaan, maar houdt hij dit op mijn bruto-bruto. [Het] percentage van werknemersverzekering is echter niet verlaagd, juist licht verhoogd.

Het komt er feitelijk op neer, dat vanaf 2006 geen sprake meer is van een bruto-bruto-loon, maar van een brutoloon.

Aangezien ik na deze zitting niet meer verder mag procederen, wil ik dat deze items weer aangekaart worden op de zitting van 6 juni. Bovengenoemd artikel lijkt mij voldoende bewijs om aan te tonen, dat [de werkgever] tegen de wet handel[t].

In het verleden hebben wij gesproken over het inschakelen van een accountant, die dit zou kunnen uitzoeken. Een van uw collegae bekleedt deze functie.

Ik heb contact gehad met de Rechtsbijstandverzekering. De kosten van degene[n] die een positieve invloed uit kunnen oefenen op het proces, [kunnen] namelijk betaald worden door [rechtsbijstandsverzekeraar].

Ik verzoek u binnen [kantoor verweerder] te informeren of er een collega is die dit proces kan ondersteunen.

Graag ontvang ik dan een offerte van betreffende persoon, zodat [rechtsbijstandsverzekeraar] kan beoordelen of dit vergoed kan worden. Indien het niet vergoed wordt, neem ik aan dat de tegenpartij die rekening betaal[t], als de zaak door mij gewonnen wordt. (...)"

4.15 In zijn reactie van 2 april 2014 schrijft verweerder het volgende:

"(...) In de onderhavige procedure gaat het erom of uw loon op basis van CAO betaald dient te worden of dat u akkoord bent gegaan met verlaging van uw loon. De (on)wettigheid van het aftrekken van posten van het bruto-bruto loon staat niet ter discussie.

Dit kunnen wij derhalve niet inbrengen doordat het niet tot de zaak in hoger beroep hoort. Het wijzigen van de eis is daarbij ook niet meer mogelijk.

Wel zal ik kijken of er wat ruimte is om dit naar voren te brengen om te schetsen dat uw werkgever zich niet aan de regels houdt. Hier zal ik later op terug komen.

Voor wat betreft het aanstellen van een accountant: dit lijkt mij door het voorgaande in dit stadium niet nodig. Daarbij kunt u in dit geval de kosten niet verhalen. (...)"

4.16 Het gerechtshof heeft op 8 juli 2014 arrest gewezen en het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd. Het gerechtshof heeft, zakelijk weergegeven, geoordeeld dat invoering van de Zorgverzekeringswet en de wijzigingen daardoor tot een dusdanig ingrijpende verandering van de beloningsstructuur binnen de fysiotherapie leiden dat klaagster niet langer kan verlangen dat zij op de oude voet wordt gehonoreerd. Dit zou in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.

4.17 Van het arrest van het gerechtshof is geen cassatie ingesteld.

5 BEOORDELING

5.1 De raad heeft voorop gesteld dat de klachten zich voor gezamenlijke behandeling lenen en zich richten op de gang van zaken vanaf het vonnis van de kantonrechter van 22 maart 2013. Kort gezegd heeft de raad overwogen dat het op de weg van verweerder had gelegen om hetgeen hij met klaagster heeft besproken naar aanleiding van het vonnis van de kantonrechter schriftelijk vast te leggen, waaronder de wens van klaagster om daartegen in hoger beroep te gaan en de in hoger beroep te volgen strategie. Dat nalaten is tuchtrechtelijk verwijtbaar volgens de raad. In het bijzonder had verweerder zijn suggestie om een deskundige te benaderen voor advies over de kwestie van de werkgeverslasten schriftelijk dienen vast te leggen en daarbij een (voorlopige) vraagstelling voor een deskundige dienen te formuleren, aldus de raad. Volgens de raad had verweerder klaagster minst genomen moeten begeleiden bij haar zoektocht naar een deskundige. Op grond van dit alles komt de raad tot het oordeel dat verweerder onvoldoende initiatief heeft genomen bij het onderzoek naar de kwestie van de werkgeverslasten en de advisering van klaagster daarover. De raad heeft de klacht daarom gegrond bevonden. In het tijdsverloop tussen de verweten gedraging en het indienen van haar klacht alsmede in de omstandigheid dat verweerder niet eerder met de tuchtrechter in aanraking is gekomen heeft de raad reden gezien geen maatregel op te leggen.

5.2 Het hof stelt voorop dat de klachtonderdelen die zowel in de beslissing van de raad als in de onderhavige beslissing onder 3.1 zijn omschreven uitgangspunt zijn van de toetsing of verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld.

5.3 Het hof constateert dat de raad de klachtonderdelen gezamenlijk heeft behandeld en kennelijk beide klachtonderdelen heeft gegoten in de sleutel van artikel 8 gedragsregels 1992 Advocatuur ("De advocaat dient zijn cliënt op de hoogte te brengen van belangrijke informatie, feiten en afspraken. Waar nodig ter voorkoming van misverstand, onzekerheid of geschil, dient hij belangrijke informatie en afspraken schriftelijk aan zijn cliënt te bevestigen.").

5.4 Het hof is van oordeel dat de beoordeling van de raad niet aansluit bij de onder 3.1. omschreven klachtonderdelen. Aan de klachtonderdelen ligt niet een gebrekkige vastlegging van afspraken ten grondslag. Klaagster verwijt verweerder in de kern dat verweerder klaagster niet heeft gewezen op de noodzaak om een deskundige in te schakelen; hij zich heeft begeven in een procedure waarvan hij niet alle juridische finesses doorzag en aldus ten onrechte 'de belastingcomponent' niet heeft meegenomen in het hoger beroep (zie brief van 25 april 2017 van klaagster in eerste aanleg, procesverbaal van de zitting bij de raad en het verweerschrift in hoger beroep).

5.5 De grieven van verweerder tegen de beslissing van de raad komen in het kort op het volgende neer. Ten onrechte heeft de raad aangenomen dat verweerder klaagster onvoldoende heeft voorgelicht over de gevolgen van de uitspraak van de kantonrechter. Verder heeft de raad ten onrechte geoordeeld dat verweerder het advies om een deskundige in te schakelen schriftelijk had moeten vastleggen en dat verweerder klaagster had moeten bijstaan bij het zoeken naar een deskundige.

5.6 Het hof ziet aanleiding de klachtonderdelen afzonderlijk te behandelen.
ad klachtonderdeel a)

5.7 Verweerder heeft aangevoerd dat voor klaagster de belangrijkste punten waren dat vastgesteld zou worden dat de CAO-2003 nawerking had en dat zij verloond zou worden naar een percentage (60,9%) van de door haar gerealiseerde omzet (in plaats van beloning per behandeling). Zo is de procedure voor de kantonrechter ook begonnen. Het vonnis van de kantonrechter is met klaagster uitvoerig besproken. De kantonrechter had de nawerking aangenomen maar ook geoordeeld dat sprake was van een andersluidende overeenkomst die inhield dat er verloond zou worden op grond van een percentage van het per zitting door beroepsorganisaties geadviseerde tarief. Omdat klaagster het niet eens was met die andersluidende overeenkomst is het appel ingesteld.

5.8 Klaagster heeft in haar repliek in eerste aanleg aangevoerd dat aan haar en haar partner door verweerder is voorgehouden dat er gekozen diende te worden tussen twee zaken (all-in/werknemersverzekeringen en het verloningssysteem). Dat was tijdens de bespreking van het vonnis van de kantonrechter bij verweerder op kantoor. Verweerder schatte in dat de kans om de zaak te winnen in de verloning lag. Omdat de kantonrechter nawerking van de CAO-2003 had aangenomen en daardoor niet aan de subsidiaire vordering was toegekomen was er volgens verweerder geen reden voor hoger beroep inzake de werknemersverzekering, aldus klaagster.

5.9 Het hof overweegt dat klaagster verweerder eigenlijk verwijt dat hij het aspect van de inhouding van werknemersverzekeringen niet in appel aan de orde heeft gesteld. Er was, zo begrijpt het hof uit de eigen stellingen van klaagster, geen onduidelijkheid over de in appel ingeslagen weg.

5.10 Het hof is evenwel van oordeel dat verweerder niet tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld door het hoger beroep in principe alleen te richten op het aanvechten van de door kantonrechter aangenomen andersluidende overeenkomst voor de wijze van beloning. De kantonrechter had immers – conform de vordering - de nawerking van de CAO-2003 aangenomen en was om die reden niet aan de subsidiaire vordering (zie hierboven onder 4.9) toegekomen. Klaagster heeft niet weersproken dat voor haar het belangrijkste punt was om verloond te worden naar een percentage van de door haar gerealiseerde omzet. Aldus heeft verweerder niet onjuist gehandeld door het appel daarop in te steken. Verweerder kan in dit licht dan ook niet worden verweten dat hij niet heeft gekeken naar de sinds 2006 geldende Wet Financiering Sociale Zekerheid. Het aspect van de verhaalbaarheid van werknemersverzekeringen speelde immers niet in hoger beroep. Er was op dat punt ook geen onderdeel van het vonnis van de kantonrechter waartegen verweerder had kunnen appelleren.

5.11 Klachtonderdeel a is dan ook ongegrond. In zoverre slaagt de grief.
Ad klachtonderdeel b)

5.12 Verweerder heeft aangevoerd dat hij, na het vonnis, niet goed kon inschatten of conform de CAO-2003 de werkgeverslasten van het bruto-bruto-loon gehaald mochten worden. Gelet op zijn beperkte kennis en onvoldoende deskundigheid bij zijn toenmalige kantoor heeft verweerder aan klaagster aanbevolen om daarvoor een deskundige in te schakelen. Hij verwijst daarvoor naar de e-mail van klaagster van 2 april 2014. Daaruit blijkt dat hij klaagster heeft gewezen op het inschakelen van een deskun-

dige in overleg met haar rechtsbijstandsverzekeraar. Klaagster heeft er echter zelf voor gekozen om geen deskundige in te schakelen. Toen klaagster in 2014 een deskundige wilde inschakelen om in appel nog aan de orde te stellen dat haar werkgever ten onrechte alle werknemersverzekeringen had verhaald op het bruto-bruto-loon was dat te laat. Eiswijziging was volgens verweerder niet meer mogelijk. De raad heeft miskend dat hij klaagster heeft gewezen op de mogelijkheid een deskundige in te schakelen en ten onrechte aangenomen dat hij dat schriftelijk had moeten vastleggen. Ook heeft de raad ten onrechte beslissende verantwoordelijkheid bij verweerder gelegd voor de zoektocht naar een deskundige, aldus verweerder.

5.13 Het hof overweegt dat op grond van de eigen stellingen van klaagster genoegzaam vaststaat dat zij door verweerder erop is gewezen om een deskundige te raadplegen over de vraag of de inhouding van de werkgeverslasten op het bruto-bruto-loon rechtmatig was. Dat volgt uit de e-mail van klaagster van 2 april 2014. Het hof acht evenwel aannemelijk dat verweerder jegens klaagster een te beperkte regie heeft gevoerd met het oog op het belang voor de procedure van een deskundigenonderzoek naar de kwestie van de werkgeverslasten. Ter gelegenheid van de mondelinge behandeling in het hoger beroep heeft verweerder desgevraagd verklaard dat hij van mening was dat een oordeel van de deskundige betekenis zou kunnen hebben voor het hoger beroep. Tegen die achtergrond had verweerder klaagster ook duidelijk moeten vertellen dat een deskundige opinie vóór de memorie van grieven, dus tijdig, gereed moest zijn om een en ander nog eventueel in appel aan de orde te kunnen stellen. Dat heeft verweerder nagelaten. Dat klaagster heeft ingestemd met de memorie van grieven maakt dat niet anders. Het valt verweerder aan te rekenen dat hij zijn cliënte de vereiste duidelijkheid niet heeft verschaft.

5.14 Klachtonderdeel b is dan ook gegrond voor zover verweerder onvoldoende initiatief heeft genomen bij de mogelijkheid van onderzoek door een deskundige en onvoldoende heeft gecommuniceerd over het tijdstip waarop een dergelijke deskundige opinie beschikbaar moest zijn met het oog op de mogelijke betekenis voor het hoger beroep. In zoverre is klachtonderdeel b gegrond en faalt de grief.

5.15 De slotsom is dat klachtonderdeel a ongegrond is en klachtonderdeel b gegrond is. Het hof sluit zich aan bij de beslissing van de raad dat in dit geval geen aanleiding is om verweerder een maatregel op te leggen.

5.16 Nu de klacht gedeeltelijk gegrond wordt verklaard maar geen maatregel wordt opgelegd is een kostenveroordeling niet aan de orde. Daar in appel geen griffierecht is geheven, is op dat onderdeel geen beslissing nodig.

BESLISSING

Het Hof van Discipline:

vernietigt de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Den Haag van 13 november 2017 in de zaak 17-252/DH/RO voor zover de klacht geheel gegrond is verklaard;

bekrachtigt voormelde beslissing van de raad voor het overige;

en opnieuw rechtdoende:

verklaart klachtonderdeel a ongegrond;

verklaart klachtonderdeel b gegrond;

Aldus gewezen door mr. J. Blokland, voorzitter, mrs. G.J. Visser, W.A.M. van Schendel, A.A.H. Zegers en H.J. de Groot, leden, in tegenwoordigheid van mr. L.E. Verwey, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 14 mei 2018.

griffier

voorzitter

De beslissing is verzonden op 14 mei 2018.