

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 16-399/A/A

Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam
van 8 augustus 2016

in de zaak 16-399/A/A

naar aanleiding van de klacht van:

klager

tegen:

verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief van 6 augustus 2015 heeft klager bij de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Amsterdam een klacht ingediend over verweerder.

1.2 Bij brief aan de raad van 28 april 2016 met kenmerk 4015-0537, door de raad ontvangen op 2 mei 2016, heeft de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Amsterdam de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.3 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 27 juni 2016 in aanwezigheid van partijen en hun gemachtigden. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.4 De raad heeft kennis genomen van de in § 1.2 bedoelde brief van de deken aan de raad en van de stukken 1 tot en met 26 van de bij die brief gevoegde inventarislijst. Tevens heeft de raad kennis genomen van de brief met bijlagen van de gemachtigde van verweerder van 22 juni 2016, door de raad ontvangen op 24 juni 2016.

2 FEITEN

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

2.1 Verweerder heeft klager vanaf februari 2013 bijgestaan in een arbeidsgeschil.

2.2 Klager was parkeercontroleur bij Cition B.V. (hierna Cition). In augustus 2012 is klager in de uitoefening van zijn functie mishandeld. Op 6 januari 2013 heeft klager zich ziek gemeld in verband met spanningsklachten. Cition heeft de doorbetaling van het loon van klager met ingang van 6 januari 2013 gestaakt.

2.3 Op 4 februari 2013 is klager gezien door de bedrijfsarts. De bedrijfsarts heeft in een rapportage van 5 februari 2013 aan Cition bericht dat er ten gevolge van de klachten van klager tijdelijke beperkingen zijn waaronder: niet blootstellen aan agressie of geweld, beperkt blootstellen aan stress, geen emotionele belasting door het werk en er is een verhoogde vermoeibaarheid. De bedrijfsarts heeft geoordeeld dat klager vanaf 5 februari 2013 belastbaar is te achten voor aangepast passend werk en heeft Cition geadviseerd met klager te bespreken hoe de re-integratie van klager gestart zou kunnen worden.

2.4 Op 7 februari 2013 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen klager en Cition. In dat gesprek is aan klager meegedeeld dat hij met ingang van 9 februari 2013 als derde man zou starten op de klemauto. Klager heeft hiertegen bezwaar gemaakt en is op 9 februari 2013 niet op het werk verschenen.

2.5 Nadat klager op 11 februari 2013 wederom niet op het werk was verschenen heeft Cition klager op staande voet ontslagen.

2.6 Klager heeft zich vervolgens tot verweerder gewend voor juridisch advies. Bij brief aan Cition van 13 februari 2013 heeft verweerder namens klager de nietigheid van het ontslag op staande voet ingeroepen, meegedeeld dat klager zich beschikbaar houdt voor het verrichten van werkzaamheden, conform zijn arbeidsovereenkomst, en doorbetaling van het loon van klager gevorderd.

2.7 Op 20 februari 2013 heeft verweerder een deskundigenoordeel ex artikel 7:629a van het Burgerlijk Wetboek bij het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (hierna UWV) aangevraagd. Het UWV heeft, kort gezegd, geoordeeld dat het door Cition aan klager aangeboden werk passend is.

2.8 Op 20 maart 2013 heeft Cition een voorwaardelijk ontbindingsverzoek ingediend bij de kantonrechter. Verweerder heeft namens klager een (aanvullend) verweerschrift met (aanvullende) producties ingediend. In het verweerschrift heeft verweerder onder meer aangevoerd dat, mocht de kantonrechter de mening zijn toegedaan dat er gronden zijn de arbeidsovereenkomst te ontbinden, klager het redelijk vindt om bij de berekening van de ontbindingsvergoeding een correctiefactor van $C = 2$ te hanteren. Als productie 11 bij het verweerschrift heeft verweerder een verklaring van mevrouw drs. T, eerste-lijnpsycholoog NIP, van 16 april 2013 gevoegd, waarin zij onder meer heeft verklaard dat klager zich, op doorverwijzing van de huisarts, bij haar praktijk heeft aangemeld voor psychologische hulp en dat klager volgens haar lijdt aan een posttraumatische stressstoornis als gevolg van het geweldsincident van augustus 2012.

2.9 Bij beschikking van 2 mei 2013 heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst – voor zover deze nog zou bestaan – ontbonden met ingang van 1 juni 2013 onder toekenning van een vergoeding aan klager ten laste van Cition van € 3.155,76 bruto. De beschikking luidt, voor zover relevant:

“5. Gelet op de door [klager] overgelegde verklaring van zijn psycholoog (...) kan niet worden bepaald in hoeverre het gedrag van [klager] valt te verklaren door zijn klachten. Dat er sprake is geweest van een dringende reden zoals gesteld, is niet komen vast te staan. Ter vaststelling daarvan en ter bepaling van de mate waarin het ontstaan van die gestelde dringende reden aan [klager] is te verwijten, is nader onderzoek van de feiten nodig. Onderhavige procedure leent zich daar naar haar karakter niet voor. Het verzoek, voor zover gebaseerd op die dringende reden, wordt afgewezen.

6. Uit hetgeen hiervoor (...) is overwogen blijkt dat [klager] bij voortduring onbereikbaar was voor zijn werkgever en niet, althans niet tijdig, reageerde op brieven, voice-mail-, e-mail- en sms-berichten. [Klager] heeft geen feiten of omstandigheden kunnen aandragen op basis waarvan kan worden gezegd dat dit gedrag hem niet kan worden verweten. Evenmin heeft hij een gegronde reden gegeven om niet op het werk te verschijnen (...)

7. Het verweer dat [klager] niet in staat was werkzaamheden te verrichten vanwege spanningsklachten, terwijl hij vragen had over de passendheid van de aangeboden werkzaamheden maakt niet dat het gedrag van [klager] hem niet verweten kan worden. Gelet op de rapportage van de bedrijfsarts wordt [klager] niet arbeidsongeschikt geacht voor het verrichten van zijn werkzaamheden. De bedrijfsarts heeft een aantal beperkingen vastgesteld in verband met zijn klachten. Daaraan is Cition tegemoet gekomen (...) Nu het UWV het werk als derde man op de klemwagen zonder verantwoordelijkheid passend achtte, mocht van [klager] worden verwacht dat hij in elk geval zou proberen in deze werkzaamheden te re-integreren. (...)

8. Dit oordeel zou anders kunnen luiden indien uit medische verklaringen zou blijken van andere beperkingen dan vastgesteld door de bedrijfsarts. De (...) psycholoog laat zich over de vraag of het aangeboden werk passend is niet uit en verdere gegevens zijn niet voorhanden.

9. (...) De kantonrechter is van oordeel dat de hierboven genoemde gedragingen van [klager] gewijzigde omstandigheden opleveren op grond waarvan ontbinding van de arbeidsovereenkomst gerechtvaardigd is. (...)

10. Ter beoordeling van de vraag of [klager] in redelijkheid een vergoeding toekomt wordt overwogen dat [klager] de verzuimvoorschriften heeft overtreden en zonder aantoonbaar gegronde redenen geweigerd heeft de aangeboden werkzaamheden uit te voeren. Daar staat tegenover dat Cition onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij [klager] na het incident in augustus 2012 de begeleiding heeft geboden waartoe zij als goed werkgever gehouden was. (...)

11. Op gronden van billijkheid komt aan [klager] een vergoeding ten laste van Cition toe. Het toe te kennen bedrag wordt mede bepaald aan de hand van hetgeen reeds is overwogen ten aanzien van de wijziging van omstandigheden en de beoordeling van de wederzijdse verwijten, waarbij $C=0,5$.”

2.10 Op 10 juni 2013 heeft verweerder namens klager Cition gedagvaard voor de kantonrechter en gevorderd het gegeven ontslag op staande voet nietig te verklaren en Cition te veroordelen het achterstallig salaris te betalen over de periode februari 2013 tot en met mei 2013. In reconventie heeft Cition een verklaring voor recht gevorderd dat het ontslag op staande voet rechtsgeldig is.

2.11 Bij vonnis van 25 november 2013 heeft de kantonrechter het gegeven ontslag op staande voet nietig verklaard en de loonvordering van klager afgewezen. Het vonnis van 25 november 2013 luidt, voor zover hier relevant:

“8. Aan het ontslag heeft Cition ten grondslag gelegd dat [klager] op 11 februari 2013 heeft geweigerd de passende werkzaamheden als derde man op de klemwagen uit te voeren. (...)

9. Gegeven het instrumentarium dat een werkgever ter beschikking staat – en dan met name de mogelijkheid tot inhouding van loon – en de discussie tussen partijen over de vraag of de aangeboden werkzaamheden wel of niet passend waren, dienen er hoge eisen te worden gesteld aan de dringendheid van de dringende reden. Nu Cition al gebruik had gemaakt van de mogelijkheid tot inhouding van loon per 6 januari 2013 omdat [klager] zich toen niet aan de ziekteverzuim voorschriften zou hebben gehouden, was er voor haar geen dringendheid om het dienstverband onverwijld op te zeggen (...)

10. Cition heeft aan het ontslag op staande voet ook het stelselmatig overtreden van de controlevoorschriften in het verleden ten grondslag gelegd. Ook deze omstandigheden kunnen echter niet leiden tot een rechtvaardiging van het per 11 februari 2013 gegeven ontslag op staande voet. Deze omstandigheden hebben immers al geleid tot het stopzetten en het stopgezet houden van de salarisbetalingen.

11. Gelet op het bovenstaande is de kantonrechter van oordeel dat het gegeven ontslag op staande voet nietig is. (...)

12. De vordering tot betaling van loon zal worden afgewezen. Vaststaat immers dat het salaris van [klager] al was stopgezet per 6 januari 2013. (...) klager [heeft] niet (...) aangetoond dat hij wegens arbeidsongeschiktheid niet kon werken. Dit betekent dat hij geen recht heeft op loon vanaf februari 2013 tot het einde van het dienstverband.”

2.12 Bij brief van 2 januari 2014 heeft verweerder aan klager bevestigd dat hij namens klager hoger beroep zal instellen tegen het vonnis van de kantonrechter van 25 november 2013. Verweerder heeft dit op 25 maart 2014 gedaan.

2.13 Bij arrest van 10 juni 2014 heeft het gerechtshof Cition ontslagen van de instantie omdat het griffierecht niet tijdig door verweerder was voldaan. Het gerechtshof heeft klager veroordeeld in de proceskosten aan de zijde van Cition.

2.14 Bij brief van 9 juli 2014 heeft klager verweerder aansprakelijk gesteld voor het niet tijdig betalen van het griffierecht in hoger beroep en hem verzocht de brief door te leiden naar zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar.

2.15 Verweerder heeft klager bij brief van 16 juli 2014 onder meer bericht:

“Met referte aan uw brief, d.d. 9 juli 2014, bericht ik u als volgt.

Ik zal uw brief inzake aansprakelijkheidsstelling beroepsfout per omgaande doorsturen aan mijn beroepsaansprakelijkheidsverzekering.

Voorts bericht ik u, dat ik een gesprek met u had op kantoor, d.d. 10 juli 2014. Ik heb u een concept-brief meegegeven. U zou dit met mij kort sluiten en nader bespreken op maandag 14 juli 2014. Op genoemde datum ontving ik uw e-mail, d.d. 9 juli 2014. (...) Wat betreft uw schade, bericht ik u dat ik mij zal wenden tot de advocaat van de wederpartij inzake het verzoek om betaling van de ontbindingsvergoeding, beslist bij vonnis van de Kantonrechter. De eigen bijdrage en het griffierecht heb ik inmiddels aan u overgemaakt. (...) Wat betreft de loonschade verwijst ik u naar mijn brief, d.d. 2 januari 2014 en heb ik u gewezen op het procesrisico in uw zaak (...) Wat betreft de kostenveroordeling in hoger beroep bericht ik u dat u hiervan uiteraard geen schade lijdt.”

2.16 Bij brief van 23 juli 2014 heeft de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar verweerder bericht dat zijn brief van 16 juli 2014, waarin hij melding maakt van de aansprakelijkheidstelling die hij van klager had ontvangen, is ontvangen.

2.17 De beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van verweerder heeft de zaak nog in behandeling.

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) in de ontbindingsprocedure fouten heeft gemaakt en de gevolgen daarvan voor klager niet serieus heeft genomen, door aan te sturen op een neutrale ontbinding van de arbeidsovereenkomst, voorzienbare juridische complicaties en onduidelijkheden over de positie van klager niet te onderzoeken en onvoldoende te doen de positie van klager in het geschil zo sterk mogelijk te maken;

b) procesrechtelijk steken heeft laten vallen, onder meer door geen bewijsaanbod te doen en door onvoldoende feiten en omstandigheden aan te voeren over de werkomstandigheden waaronder klager zijn functie moest uitoefenen;

c) in de hoger beroepsprocedure het griffiegeld dat daarvoor was verschuldigd, niet tijdig heeft voldaan;

d) nadat hij door klager aansprakelijk was gesteld, de aansprakelijkheidstelling niet direct heeft doorgestuurd aan zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar en heeft getracht klagers recht op schadevergoeding illusoir te maken.

4 VERWEER

4.1 Verweerder voert verweer waarop hierna, voor zover van belang, nader zal worden ingegaan.

5 BEOORDELING

Ad klachtonderdelen a) en b)

5.1 Deze klachtonderdelen lenen zich voor gezamenlijke behandeling en zien beide op de kwaliteit van de door verweerder aan klager geleverde dienstverlening.

5.2 De raad stelt voorop dat bij de beoordeling van de kwaliteit van de dienstverlening aan een cliënt rekening moet worden gehouden 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 - waar de advocaat bij de behandeling van de zaak voor kan komen te staan. Deze vrijheid 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.

5.3 De raad overweegt dat uit het klachtdossier blijkt dat verweerder in het door hem namens klager ingediende verweerschrift inzake het verzoek van Cition tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst (zie hiervoor, § 2.8) heeft aangevoerd dat klager het redelijk vindt een correctiefactor van $C=2$ te hanteren. Dat verweerder heeft aangestuurd op een neutrale ontbinding, zoals klager stelt, volgt de raad gelet hierop dan ook niet. De raad overweegt voorts dat uit het klachtdossier is gebleken dat verweerder, anders dan klager heeft aangevoerd, in zijn processtukken steeds een bewijsaanbod heeft gedaan. Verweerder heeft verder een verklaring van de psycholoog van klager als productie in het geding gebracht, waaruit blijkt dat klager lijdt aan PTSS. Het is de raad niet duidelijk wat verweerder nog meer had moeten doen om “de positie van klager in het geschil zo sterk mogelijk te maken”. Klager heeft dit ter zitting aldus toegelicht dat verweerder volgens hem “los had moeten gaan op de PTSS”, maar het is de raad niet duidelijk geworden wat klager hier precies mee bedoelt. Ook is niet duidelijk geworden wat verweerder nog meer had moeten aanvoeren over de werkomstandigheden waaronder klager zijn functie moest uitoefenen. Uit het klachtdossier is de raad niet gebleken dat verweerder onvoldoende verweer heeft gevoerd. Verweerder kon de feiten niet naar zijn hand zetten. Klachtonderdelen a) en b) zijn derhalve ongegrond.

Ad klachtonderdeel c)

5.4 In dit klachtonderdeel verwijt klager verweerder dat hij in de hoger beroepsprocedure het griffierecht niet tijdig heeft voldaan, met als gevolg dat het hoger beroep niet is behandeld en klager is veroordeeld in de proceskosten.

5.5 De raad overweegt allereerst dat ten aanzien van dit klachtonderdeel in de dekenbrief van 28 april 2016 onder 3.1, derde liggende streepje, een kennelijke verschrijving staat, in die zin dat daar had moeten staan dat verweerder (en dus niet klager) in de hoger beroepsprocedure het griffiegeld dat daarvoor was verschuldigd, niet tijdig heeft voldaan. De raad overweegt voorts dat verweerder heeft erkend dat hij een beroepsfout heeft gemaakt door het griffierecht niet tijdig te voldoen. Dat klager hierdoor geen schade zou hebben geleden, zoals verweerder ter zitting heeft aangevoerd, maakt, wat daarvan ook zij, voor de vraag of verweerder een tuchtrechtelijk verwijt van de termijnoverschrijding kan worden gemaakt niet uit. Door het griffierecht niet tijdig te voldoen, heeft verweerder de norm van artikel 46 Advocatenwet geschonden. Klachtonderdeel c) is derhalve gegrond.

Ad klachtonderdeel d)

5.6 Klager verwijt verweerder in dit klachtonderdeel dat hij de aansprakelijkstelling van klager niet direct aan zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar heeft doorgestuurd.

5.7 Bij de beoordeling van dit klachtonderdeel stelt de raad voorop dat een advocaat een (serieuze) aansprakelijkstelling wegens een beroepsfout in beginsel op korte termijn dient door te geven aan zijn verzekeraar, indien daarbij tevens reële (financiële) belangen van de klager zijn betrokken. Dit is een logisch en noodzakelijk complement van de plicht van een advocaat om zich tegen beroepsaansprakelijkheid te verzekeren. Het nalaten van een tijdige melding kan immers de dekking onder de verzekering doen komen te vervallen.

5.8 De raad overweegt dat uit de brief van de beroepsaansprakelijkheids-verzekeraar van verweerder van 23 juli 2014 (zie hiervoor, § 2.16) volgt dat verweerder de aansprakelijkstelling van klager bij brief van 16 juli 2014, derhalve kort na ontvangst daarvan, aan zijn beroepsaansprakelijkheids-verzekeraar heeft doorgestuurd. Verweerder heeft aldus voldaan aan de hiervoor in § 5.7 beschreven verplichting. Dat verweerder heeft

getracht klagers recht op schadevergoeding illusoir te maken is de raad niet gebleken. De aansprakelijkstelling van klager ligt nog altijd ter beoordeling bij de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar. Klachtonderdeel d) is derhalve ongegrond.

6 MAATREGEL

6.1 Verweerder heeft een beroepsfout gemaakt door het griffierecht in hoger beroep niet tijdig te voldoen. Dit valt hem aan te rekenen. In de gegeven omstandigheden acht de raad de maatregel van waarschuwing passend en geboden.

7 GRIFFIERECHT EN KOSTENVEROORDELING

7.1 Aangezien de klacht gegrond is verklaard, moet verweerder het door klager betaalde griffierecht aan hem vergoeden.

7.2 De raad ziet daarnaast aanleiding om verweerder overeenkomstig artikel 48, zesde lid, Advocatenwet te veroordelen in de kosten die klager in verband met de behandeling van de klacht redelijkerwijs heeft moeten maken. Deze kosten worden vastgesteld op een bedrag van EUR 25,00 aan reiskosten.

7.3 De raad ziet eveneens aanleiding om verweerder overeenkomstig artikel 48, zesde lid, Advocatenwet te veroordelen in de kosten die ten laste komen van de Nederlandse Orde van Advocaten in verband met de behandeling van de zaak. Deze kosten worden vastgesteld op EUR 1.000,00 en moeten binnen vier weken na het onherroepelijk worden van deze beslissing aan de Nederlandse Orde van Advocaten worden betaald. Dit bedrag kan worden betaald op rekeningnummer IBAN:NL85 INGB 0000 079000, BIC:INGBNL2A, t.n.v. Nederlandse Orde van Advocaten, Den Haag, onder vermelding van "kostenveroordeling" en het zaaknummer.

BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart klachtonderdeel c) gegrond;
- verklaart klachtonderdelen a), b) en d) ongegrond;
- legt aan verweerder de maatregel van waarschuwing op;
- veroordeelt verweerder tot betaling van het griffierecht van EUR 50,00 aan klager;
- veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten van EUR 25,00 aan klager;
- veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten van EUR 1.000,00 aan de Nederlandse Orde van Advocaten.

Aldus beslist door mr. D.H. Steenmetser-Bakker, voorzitter, mrs. L.H. Rammeloo en B.J. Sol, leden, bijgestaan door mr. S. van Excel als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 8 augustus 2016.

Griffier Voorzitter

mededelingen van de griffier ter informatie:

verzending

Deze beslissing is in afschrift op 8 augustus 2016

verzonden aan:

- klager
- verweerder
- de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Amsterdam
- de deken van de Nederlandse Orde van Advocaten
- de secretaris van de Nederlandse Orde van Advocaten
- het College van Toezicht van de Nederlandse Orde van Advocaten
- het bestuur van de Raad voor Rechtsbijstand

rechtsmiddel

Van deze beslissing staat, ten aanzien van de ongegrond verklaarde klachtonderdelen hoger beroep bij het Hof van Discipline open voor:

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

Van deze beslissing staat, ten aanzien van de gegrond verklaarde klachtonderdelen hoger beroep bij het Hof van Discipline open voor:

- verweerder
- de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Amsterdam
- 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 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 adres:

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 via telefoonnummer 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, voorzien van een originele handtekening, te worden toegezonden aan de griffie van het hof.

d. Per e-mail

Het e-mailadres van het Hof van Discipline is: griffie@hofvandiscipline.nl.

Tegelijkertijd met de indiening per e-mail dient het beroepschrift tezamen met de beslissing waarvan beroep in het vereiste aantal per post, voorzien van een originele handtekening, te worden toegezonden aan de griffie van het hof.

Informatie ook op www.hofvandiscipline.nl