

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 15-315

Beslissing van 22 februari 2016
in de zaak 15-315
naar aanleiding van de klacht van:
klager
tegen
verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief aan de raad van 1 september 2015 met kenmerk K 14/120, door de raad ontvangen op 2 september 2015, heeft de deken van de orde van advocaten in het arrondissement Gelderland de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.2 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 30 november 2015 in aanwezigheid van klager en verweerder. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.3 De raad heeft kennis genomen van:

- het van de deken ontvangen dossier;

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 Verweerder heeft klager in de periode 2013/2014 als advocaat bijgestaan in een arbeidsrechtelijk geschil tussen klager en zijn voormalig werkgever [werkgever van klager] B.V. (hierna: [werkgever van klager])

2.3 Verweerder heeft namens klager twee gerechtelijke procedures gevoerd. De eerste procedure betrof een kort geding en de tweede procedure was een bodemprocedure tot betaling van achterstallig loon. In deze bodemprocedure heeft de kantonrechter te Gouda [werkgever van klager] bij vonnis van 20 maart 2014 veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 7.644,00 bruto aan achterstallig loon vermeerderd met de wettelijke verhoging van 10%. [werkgever van klager] is door de kantonrechter in de proceskosten veroordeeld.

2.4 Verweerder heeft een onjuist bedrag genoemd in het petitum van de dagvaarding die geleid heeft tot het vonnis van 20 maart 2014. In het lichaam van de dagvaarding had verweerder de vordering van klager berekend op € 9.425,39 bruto. In het petitum heeft verweerder echter slechts € 7.644,00 bruto gevorderd en dit laatste bedrag is ook toegewezen door de kantonrechter.

2.5 Bij brief van 24 maart 2014 heeft verweerder [werkgever van klager] verzocht om betaling van het netto equivalent van € 7.644,00 bruto vermeerderd met de wettelijke verhoging en de proceskosten op de derdengeldrekening van zijn kantoor.

2.6 Bij brief van 31 maart 2014 heeft verweerder [werkgever van klager] gewezen op het feit dat hij een fout had gemaakt in de dagvaarding en heeft verweerder [werkgever van klager] verzocht om vrijwillig tot betaling van het abusievelijk te weinig gevorderde bedrag over te gaan.

2.7 Intussen had [werkgever van klager], op 29 maart 2014, een bedrag van € 11.026,05 gestort op de derdengeldrekening van het kantoor van verweerder.

2.8 Bij brief van 7 april 2014 meldde [werkgever van klager] verweerder dat zij abusievelijk een te hoog bedrag hadden gestort op de derdengeldrekening. [werkgever van klager] had abusievelijk verzuimd het juiste bedrag aan loonbelasting in te houden. [werkgever van klager] verzocht om terugstorting van het teveel betaalde bedrag omdat dat onverschuldigd betaald zou zijn. Op het verzoek van verweerder, zoals gedaan in zijn brief van 31 maart 2014, om vrijwillig over te gaan tot betaling van het door verweerder te weinig gevorderde bedrag, is [werkgever van klager] niet ingegaan.

2.9 Naar aanleiding van het verzoek van [werkgever van klager] d.d. 7 april 2014 meldde klager aan verweerder dat hij niet bereid was om akkoord te gaan met terugbetaling van het door [werkgever van klager] teveel betaalde bedrag.

2.10 Verweerder heeft met klager overleg gepleegd over de mogelijkheden om de gevolgen van de door verweerder gemaakte fout ongedaan te maken. De mogelijkheden die verweerder heeft genoemd zijn: het doen van een verzoek op grond van art. 31 Rv, het instellen van hoger beroep tegen het vonnis van 20 maart 2014 en het voeren van een aanvullende procedure. Verweerder heeft klager meegedeeld dat wanneer er verder geprocedeerd zou moeten worden hij zijn tarief met 50% zou matigen.

2.11 Bij brief van 16 april 2014 heeft verweerder een verzoek tot rectificatie van het vonnis op grond van art. 31 Rv bij de kantonrechter ingediend. Bij brief van 1 mei 2014 heeft [werkgever van klager] zich tegen dit verzoek verzet.

2.12 Bij brief van 19 juni 2014 heeft de kantonrechter het verzoek ex art. 31 Rv afgewezen.

2.13 Bij brief d.d. 19 augustus 2014 heeft verweerder, aan wie [werkgever van klager] op dat moment een tuchtrechtelijke klacht had aangekondigd, de advocaat van [werkgever van klager] het volgende bericht: "Na onze correspondentie d.d. 24 juli jongstleden is het stil gebleven. Daar het een inhoudelijke juridische discussie betreft, zijn cliënt en ik van oordeel dat dit niet via de tuchtrechtelijke weg behoort te worden beslecht. Ik geef u namens cliënt drie weken de gelegenheid een gerechtelijke procedure aanhangig te maken waarin u terugbetaling van het bruto deel vordert. Doet u dat niet dan acht ik mij vrij ook dit deel aan mijn cliënt ter beschikking te stellen. Zekerheidshalve meld ik u dat in geval van een gerechtelijke procedure ik tevens in reconventie het te weinig gevorderde bruto salaris ten bedrage van € 4765,39 vermeerderd met wettelijke verhoging en rente zal vorderen."

2.14 Bij brief van 29 augustus 2014 heeft de moedervenootschap van [werkgever van klager], [naam moedervenootschap van werkgever van klager] B.V. (hierna: [naam moedervenootschap van werkgever van klager]) zich bij de deken beklaagd over verweerder. Kern van deze klacht was dat verweerder weigerde het door [werkgever van klager] teveel betaalde bedrag, dat zich nog immer op de derdengeldrekening van verweerder bevond, terug te storten.

2.15 De klacht van [naam moedervenootschap van werkgever van klager] tegen verweerder is ter kennis gebracht van de raad van discipline en ter zitting van 18 mei 2015 door de raad behandeld. Na de zitting is de behandeling korte tijd aangehouden om partijen in de gelegenheid te stellen om in onderling overleg tot een oplossing te komen. [naam moedervenootschap van werkgever van klager] en [werkgever van klager] gaven aan dat zij bereid waren om het door verweerder abusievelijk te weinig gevorderde bedrag alsnog aan klager te betalen onder de voorwaarde dat verweerder het door [werkgever van klager] te veel betaalde bedrag dat zich nog op de derdengeldrekening van het kantoor van verweerder bevond zou terug betalen aan [werkgever

van klager]. Verweerder heeft dit voorstel aan klager voorgelegd. Klager is niet akkoord gegaan met dit voorstel.

2.16 Bij brief van 19 september 2014 heeft klager zich bij de deken beklaagd over verweerder.

3 KLACHT

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

- a) een rekenfout in de dagvaarding te maken als gevolg waarvan de kantonrechter een lager bedrag heeft toegewezen in het vonnis van 20 maart 2014 dan waar klager recht op had;
- b) na te laten om, overeenkomstig zijn toezegging, tegen gereduceerd tarief het te weinig gevorderde bedrag alsnog te incasseren en (in plaats daarvan) eigenmachtig een verzoek tot rectificatie van het vonnis bij de kantonrechter in te dienen;
- c) de communicatie lang stil te leggen en klager aan het lijntje te houden;
- d) te weigeren het totale bedrag dat door [werkgever van klager] op de derdengeldrekening van het kantoor van verweerder was gestort aan klager door te betalen;
- e) onjuist te factureren.

3.2 Klager heeft ter zitting klachtonderdeel e) ingetrokken.

3.3 Ter zitting heeft klager de raad verzocht om uit te spreken dat verweerder jegens hem niet de zorgvuldigheid heeft betracht die bij een behoorlijke rechtshulpverlening betaamt, een en ander als bedoeld in artikel 48 lid 7 van de Advocatenwet.

3.4 Ter toelichting op de klacht stelt klager dat nadat duidelijk werd dat verweerder een te laag bedrag had gevorderd hij telefonisch overleg heeft gehad met verweerder. In dat telefoongesprek heeft verweerder hem meegedeeld dat [werkgever van klager] een te hoog bedrag betaald had op de derdengeldrekening. Klager stelt dat partijen toen hebben afgesproken het initiatief bij [werkgever van klager] te leggen en af te wachten welke stappen zij ([werkgever van klager]) zou ondernemen. In tegenstelling tot deze afspraak heeft verweerder vervolgens, zo stelt klager, eigenmachtig op 16 april 2014 een brief gestuurd aan de rechtbank met het verzoek het vonnis te rectificeren op grond van art. 31 Rv.

3.5 Klager stelt dat verweerder langzaam reageerde wanneer hij terugbelverzoeken op zijn kantoor achterliet en traag was in zijn communicatie. Pas toen klager de brief van de rechtbank d.d. 19 juni 2014 onder ogen kreeg, werd hem duidelijk dat [werkgever van klager] ook in de gelegenheid was gesteld om te reageren op het verzoek ex art. 31 Rv.

3.6 Ter toelichting op klachtonderdeel d) stelt klager dat hij met verweerder had afgesproken dat verweerder [werkgever van klager] een brief zou sturen waarin [werkgever van klager] in de gelegenheid werd gesteld het door hen teveel betaalde bedrag via de rechter terug te vorderen binnen een termijn van drie weken bij gebreke waarvan verweerder het bedrag zou doorbetalen aan klager. Deze brief is op 19 augustus 2014 verstuurd. [werkgever van klager] heeft geen procedure aanhangig gemaakt en toch weigert verweerder het bedrag aan klager door te betalen. Hiermee handelt verweerder in strijd met de gemaakte afspraak.

4 VERWEER

4.1 Verweerder erkent dat hij een rekenfout heeft gemaakt in de dagvaarding. Hij betreurt dat. Zowel hij, als klager, die hij de dagvaarding voordat deze werd uitgebracht in concept had toegezonden, hebben de fout niet ontdekt.

4.2 Toen de fout aan het licht kwam heeft verweerder bij brief van 31 maart 2014 [werkgever van klager] hierop gewezen en heeft hij [werkgever van klager] verzocht om vrijwillig tot betaling van het juiste bedrag over te gaan. [werkgever van klager] is

niet op dat verzoek ingegaan. Vervolgens heeft verweerder met klager overlegd over de mogelijkheden. Dat waren er drie: het instellen van hoger beroep, een nieuwe procedure aanhangig maken of een verzoek op grond van art. 31 Rv doen. Verweerder heeft toen gemeld dat indien er verder geprocedeerd zou moeten worden hij zijn tarief met 50% zou matigen.

4.3 Op 16 april 2014 heeft verweerder een verzoek ex art. 31 Rv bij de kantonrechter ingediend. Hiervan is een kopie aan klager gestuurd.

4.4 Verweerder ontkent dat de communicatie lange tijd heeft stilgelegen. Het klopt dat hij als gevolg van privé omstandigheden gedurende een bepaalde periode minder op kantoor is geweest. Indien klager belde terwijl hij niet op kantoor was, werd er een terugbelverzoek aan hem gedaan. Als gevolg van privéomstandigheden kan het een enkele keer iets langer hebben geduurd maar hij heeft klager steeds teruggebeld en heeft steeds gereageerd op de e-mails van klager.

4.5 Naar aanleiding van het verwijt in klachtonderdeel d) erkent verweerder dat hij met klager had afgesproken dat hij [werkgever van klager] een brief zou sturen waarin [werkgever van klager] gesommeerd zou worden om binnen drie weken een gerechtelijke procedure aanhangig te maken om het door [werkgever van klager] teveel betaalde bedrag terug te vorderen bij gebreke waarvan verweerder het bedrag, dat nog op zijn derdengeldrekening stond, zou doorbetalen aan klager. Deze brief is inderdaad verstuurd op 19 augustus 2014. Vervolgens heeft [naam moedervereniging van werkgever van klager], het moederbedrijf van [werkgever van klager], bij brief van 29 augustus 2014 een klacht tegen verweerder ingediend waarin zij zich beklaagde dat verweerder zonder goede reden weigerde het onverschuldigd betaalde bedrag aan haar terug te storten. Naar aanleiding daarvan heeft verweerder, na overleg met zijn medebestuurders van de Stichting Derdengelden, gemeend het verloop van die klachtprocedure te moeten afwachten. Om die reden heeft verweerder het geld op de derdengeldrekening laten staan.

5 BEOORDELING

5.1 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 oude Advocatenwet, zoals die tot 1 januari 2015 gold. Waar in deze beslissing naar de Advocatenwet wordt verwezen, wordt de oude Advocatenwet bedoeld. ad klachtonderdeel a)

5.2 Dat verweerder een rekenfout in de dagvaarding heeft gemaakt als gevolg waarvan de kantonrechter een lager bedrag heeft toegewezen dan waar klager recht op had staat vast. Dit betekent echter niet automatisch dat verweerder daarvan een tuchtrechtelijk verwijt kan worden gemaakt.

5.3 Verweerder heeft direct erkend dat hij een rekenfout had gemaakt en heeft met klager overlegd over de mogelijkheden om de gevolgen van de fout ongedaan te maken. Als eerste is geprobeerd dat te doen middels een verzoek ex art. 31 Rv. Toen de kantonrechter dat verzoek afwees heeft verweerder klager dat laten weten in zijn e-mail van 30 juni 2014 waarin hij klager het volgende schreef: "Geachte heer, Hierbij de helaas negatieve beslissing van de kantonrechter. Het is nog mogelijk een aanvullende vordering in te stellen. Graag overleg of we dit zullen gaan doen en onder welke condities."

5.4 Als gevolg van de omstandigheid dat ook [werkgever van klager] per abuis een te hoog bedrag op de derdengeldrekening van verweerder had overgemaakt hadden beide partijen nog iets te vorderen van elkaar. Er is overleg geweest over een schikking.

5.5 De advocaat van [werkgever van klager] heeft verweerder bij brief d.d. 7 april 2014 verzocht om terugstorting van het door [werkgever van klager] ten onrechte op de derdengeldrekening overgemaakte bedrag. Uit de ad informandum bij de stukken gevoegde uitspraak van de raad van discipline d.d. 13 juli 2015 in de klachtzaak tussen [naam moederverenootschap van werkgever van klager] en verweerder blijkt dat verweerder [werkgever van klager] bij brieven d.d. 9 en 16 april 2014 heeft laten weten niet aan dat verzoek te zullen voldoen omdat zijn cliënt (klager) dat niet toestond.

5.6 Na de zitting bij de raad, op 18 mei 2015, in de klacht tussen [naam moederverenootschap van werkgever van klager] en verweerder is (opnieuw) getracht om tot een regeling te komen die inhield dat [werkgever van klager] vrijwillig tot betaling van het te weinig gevorderde bedrag zou overgaan en dat verweerder het door [werkgever van klager] teveel betaalde bedrag zou terugstorten. [naam moederverenootschap van werkgever van klager] / [werkgever van klager] bleek hiertoe bereid echter klager niet.

5.7 De raad is van oordeel dat uit bovengenoemde omstandigheden volgt dat de rekenfout die verweerder gemaakt heeft geen tuchtrechtelijk verwijt met zich meebrengt. Verweerder heeft zijn best gedaan om de gevolgen van de fout ongedaan te maken en klager heeft tot twee maal toe pogingen om tot een schikking te komen geblokkeerd. Indien klager zich soepeler had opgesteld en ermee akkoord was gegaan dat verweerder het door [werkgever van klager] ten onrechte betaalde bedrag zou terugstorten dan had [werkgever van klager] het te weinig gevorderde bedrag alsnog betaald waarmee de lastige kwestie zou zijn opgelost. Klachtonderdeel a) is derhalve ongegrond. ad klachtonderdeel b)

5.8 Vast is komen te staan dat partijen overleg hebben gevoerd over de mogelijkheden om alsnog het bedrag van € 1.781,39, dat te weinig was gevorderd, betaald te krijgen. Daarbij zijn drie opties besproken. Één van die drie opties was het doen van een verzoek ex art. 31 Rv. Klager klaagt erover dat verweerder dat verzoek eigenmachtig heeft gedaan. Verweerder stelt dat hij wel met klager had besproken dat hij het verzoek ex art. 31 Rv zou doen. Verweerder heeft dit echter niet vastgelegd. Uit de stukken blijkt dat verweerder klager een dag nadat hij het verzoek bij de kantonrechter had ingediend, een kopie van het verzoek heeft gestuurd.

5.9 De raad overweegt dat de verhouding tussen de advocaat, als opdrachtnemer, en de cliënt, als opdrachtgever, meebrengt dat de advocaat in beginsel gehouden is de instructies van zijn cliënt op te volgen. Dat klager verweerder opdracht heeft gegeven om het verzoek ex art. 31 Rv in te dienen is niet vast komen te staan. De raad is van oordeel dat, gelet op de omstandigheid dat het in casu gaat om een risicoloos verzoek - in het geval het verzoek zou zijn toegewezen zou het probleem van klager in één keer zijn opgelost terwijl indien het verzoek zou worden afgewezen er geen verder nadeel voor klager zou ontstaan – en gelet op de omstandigheid dat verweerder geen kosten in rekening heeft gebracht voor het indienen van het verzoek, de handelwijze van verweerder niet tuchtrechtelijk verwijtbaar is.

5.10 Voor wat betreft het aspect dat verweerder heeft nagelaten het te weinig gevorderde bedrag alsnog te incasseren tegen gereduceerd tarief geldt het volgende. Uit het dossier blijkt dat met de wederpartij is gesproken over een schikking. Klager had de mogelijkheid om het bedrag in het kader van een schikking te ontvangen. Onder deze omstandigheden is het feit dat verweerder gewacht heeft met het instellen van een nieuwe procedure voorstelbaar en niet tuchtrechtelijk verwijtbaar. Gelet op deze omstandigheden – het weigeren van een oplossing door klager waarmee hij hetzelfde zou bereiken als wat hij met een gerechtelijke procedure zou bereiken - is ook klachtonderdeel b) derhalve ongegrond. Overigens is niet gebleken dat verweerder zijn werkzaamheden na de uitspraak van de kantonrechter, anders dan die in verband met de naar

aanleiding daarvan aan de wederpartij gezonden incassobrief, bij klager in rekening heeft gebracht.

ad klachtonderdeel c)

5.11 Verweerder heeft gemotiveerd betwist dat de communicatie tussen hem en klager lang stil heeft gelegen en dat hij klager aan het lijntje heeft gehouden. Hij heeft erkend dat het als gevolg van privéomstandigheden een aantal keer mogelijk iets langer heeft geduurd voordat hij heeft gereageerd maar dat hij klager steeds heeft teruggebeld en dat hij al de e-mails van klager heeft beantwoord. Tegenover deze gemotiveerde betwisting is dit klachtonderdeel onvoldoende feitelijk onderbouwd. Ook klachtonderdeel c) is ongegrond.

ad klachtonderdeel d)

5.12 Juist is dat partijen hadden afgesproken dat verweerder [werkgever van klager] een brief zou sturen waarin [werkgever van klager] gesommeerd zou worden om binnen drie weken een gerechtelijke procedure aanhangig te maken om het door [werkgever van klager] teveel betaalde bedrag terug te vorderen bij gebreke waarvan verweerder het bedrag op zijn derdengeldrekening zou doorbetalen aan klager. Die brief is inderdaad verstuurd en wel op 19 augustus 2014. Toen de termijn van drie weken was verstreken en [werkgever van klager] niet voldaan had aan de sommatie heeft verweerder besloten om het bedrag toch onder zich te houden. Verweerder heeft aangevoerd dat hij tot dit besluit is gekomen omdat [naam moedervereniging van werkgever van klager] inmiddels een klacht tegen hem had ingediend. Naar aanleiding daarvan heeft hij overlegd met de medebestuurders van de Stichting Derdengelden en in overleg met hen heeft hij besloten het geld onder zich te houden in afwachting van de klachtprocedure.

5.13 De raad is van oordeel dat verweerder, gelet op deze omstandigheden, zich niet meer gebonden hoefde te achten aan de afspraak met klager. Daarbij is tevens van belang dat, zoals ook de raad heeft overwogen in r.o. 5.7 van zijn beslissing d.d. 13 juli 2015 in de klachtzaak van [naam moedervereniging van werkgever van klager] tegen verweerder, het bedrag dat verweerder onder zich had door [werkgever van klager] zonder titel betaald was en evident als onverschuldigd betaald was te kwalificeren. Verweerder had derhalve een eigen verantwoordelijkheid en is tot het juiste inzicht gekomen dat hij zijn toezegging aan klager niet gestand hoefde te doen.

5.14 Ook dit klachtonderdeel is derhalve ongegrond.

verzoek ex art. 48 lid 7 Advocatenwet

5.15 Nu de klachten ongegrond zijn is er geen sprake van dat verweerder jegens klager niet de zorgvuldigheid heeft betracht die bij een behoorlijke rechtshulpverlening betaamt, een en ander als bedoeld in artikel 48 lid 7 van de Advocatenwet.

BESLISSING

De raad van discipline:

verklaart de klacht ongegrond.

Aldus gewezen door mr. J.R. Veerman, voorzitter, mrs. A.T. Bolt, J.H. Brouwer, K.F. Leenhouts en R.P.F. van der Mark, leden en bijgestaan door mr. H.A.M. Ritsma-Hartman als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 22 februari 2016.

griffier voorzitter