

## **RAAD VAN DISCIPLINE**

Beslissing in de zaak onder nummer van: 15-433

Beslissing van de raad van discipline in het ressort Arnhem-Leeuwarden  
van 17 juni 2016  
in de zaak 15-433  
naar aanleiding van de klacht van:

**klaagster**  
tegen  
**verweerder**

### **1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE**

- 1.1 Bij brief van 6 januari 2015 heeft klaagster zich bij de deken van de orde van advocaten in het arrondissement Noord-Nederland beklaagd over verweerder.
- 1.2 Bij brief aan de raad van 1 oktober 2015 met kenmerk 2015 KNN03, door de raad ontvangen op 2 oktober 2015, heeft de deken van de orde van advocaten in het arrondissement Noord-Nederland de klacht ter kennis van de raad gebracht.
- 1.3 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 11 maart 2016 in aanwezigheid van klaagster, haar gemachtigde, verweerder en diens gemachtigde. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.
- 1.4 De raad heeft kennis genomen van:
  - het van de deken ontvangen dossier.

### **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 Verweerder heeft in 2005 de echtgenoot van klaagster op verzoek en voor rekening van diens werkgever bijgestaan in een kwestie betreffende de ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De echtgenoot van klaagster is op 19 maart 2013 aan de gevolgen van de ziekte [naam ziekte] overleden. Op 28 december 2005 is door betrokken partijen een vaststellingsovereenkomst getekend.
- 2.2 Bij brief van 27 augustus 2013 heeft klaagster verweerder aansprakelijk gesteld voor de schade als gevolg van de wijze waarop verweerder in 2005 wijlen de echtgenoot van klaagster (die hierna als de echtgenoot van klaagster wordt aangeduid) heeft bijgestaan.
- 2.3 Bij brief van 16 oktober 2013 heeft de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van verweerder de aansprakelijkheid afgewezen.

### **3 KLACHT**

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

a) verweerder een beroepsfout heeft gemaakt bij de advisering van de echtgenoot van klaagster inzake de ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Daardoor zijn de aanspraken op uitkeringen in gevolge de sociale wetgeving en een nabestaande uitkering ten behoeve van klaagster verloren gegaan.

#### *Toelichting*

De echtgenoot van klaagster is op 16 augustus 2004 bij de werkgever dienst getreden. Daarna is hij ziek geworden. Medio 2005 is bij hem de ziekte [naam ziekte] gediagnosticeerd. Verweerder wist dat de echtgenoot van klaagster in 2005 reeds ziek was.

De werkgever heeft verweerder ingeschakeld om voor zijn rekening de belangen van de echtgenoot van klaagster in de ontslagprocedure te behartigen. Met de regeling zoals neergelegd in de vaststellingsovereenkomst, heeft verweerder echter uitsluitend oog gehad voor het belang van de werkgever. De ontslagregeling was zodanig dat de echtgenoot van klaagster voor een WW-uitkering in aanmerking kwam. De werkgever had hier baat bij doordat hij daarmee de loondoorbetalingsregeling van maximaal 104 weken zou kunnen ontwijken.

Als gevolg van het ontslag is de pensioenopbouw van de echtgenoot van klaagster gestaakt en is hij afgemeld voor de in de cao verplichte deelname aan de collectieve ANW verzekering. Bovendien geldt dat in het bedrijfspensioenfonds premievrijstelling van toepassing is bij algehele arbeidsongeschiktheid en dus bij afkeuring de opbouw van het ouderdomspensioen en ook de dekking voor het nabestaandenpensioen volledig intact blijven.

Indien verweerder de echtgenoot van klaagster in 2005 volledig over de gevolgen van de vaststellingsovereenkomst had geïnformeerd, had laatstgenoemde het advies van verweerder om voor een WW-uitkering in aanmerking te komen niet gevolgd en had hij verweer kunnen voeren tegen het ontbindingsverzoek en zo nodig door middel van een ziekmelding een beroep kunnen op de WIA. Deze mogelijkheid is de echtgenoot van klaagster door het advies van verweerder ontnomen.

Klaagster heeft als gevolg van de advisering van verweerder ernstig nadeel ondervonden bestaande uit een gedeerde jaarlijkse uitkering van circa € 13.000,00 uit hoofde van de collectieve ANW-verzekering vanaf de datum van overlijden van haar echtgenoot tot de AOW-gerechtigde leeftijd. Daar komt bij dat, indien bij het pensioenfonds premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid zou zijn gevraagd, bij overlijden van haar echtgenoot het nabestaandenpensioen zou zijn gebaseerd op 49% van het laatst genoten loon van de echtgenoot.

De tekortschietende dienstverlening van verweerder is klaagster eerst na het overlijden van haar echtgenoot op 19 maart 2013 duidelijk geworden. Van verjaring ex artikel 3:110 BW kan geen sprake zijn, van een beroep op artikel 6:89 BW evenmin.

## **4 VERWEER**

4.1 De echtgenoot van klaagster heeft zich eind 2005 in verband met de ontbinding van zijn arbeidsovereenkomst tot verweerder gewend voor een 'pro-forma procedure' ten einde zijn WW-aanspraken veilig te stellen.

4.2 Verweerder is voor zijn werkzaamheden ten behoeve van de echtgenoot van klaagster door de werkgever betaald, een niet ongebruikelijke gang van zaken bij ontbindingsprocedures. Verweerder beschouwde de echtgenoot van klaagster echter als zijn cliënt en heeft zich volledig ingezet voor diens belangen en alleen diens belang gediend. Het belang van de echtgenoot van klaagster was een passende vertrekregeling waarbij de eventuele WW-aanspraken zouden worden veiliggesteld. Die opdracht heeft verweerder correct volbracht. De vaststellingsovereenkomst voldoet verder aan de overige eisen (hoogte ontbindingsverzoek en fictieve opzegtermijn).

4.3 De arbeidszaak dateert van 2005 waardoor sommige gegevens voor verweerder niet meer traceerbaar zijn. Verweerder ontkent dat hij in 2005 van de ziekte van de echtgenoot van klaagster op de hoogte was, althans had moeten zijn. Eerst bij brief van 27 augustus 2013 van klaagster is verweerder hiervan op de hoogte gekomen.

4.4 Indien verweerder wel op de hoogte zou zijn geweest van de ziekte van de echtgenoot van klaagster, geldt niet zondermeer dat een inhoudelijk verweer tegen de ontbinding tot een heel ander resultaat had geleid. Er was immers sprake van een verval van de functie van de echtgenoot van klaagster wegens bedrijfseconomische omstandigheden. Als ten tijde van de procedure de arbeidsongeschiktheid van de echtgenoot van klaagster bekend was geweest, was de arbeidsovereenkomst waarschijnlijk ook ontbonden. In dat geval zou de rechter zich ervan hebben vergewist dat het ontbindingsverzoek geen verband hield met een opzegverbod (ziekte). Het ontslagverbod gedurende de eerste 104 weken van ziekte geldt overigens wegens ziekte maar niet tijdens ziekte.

4.5 Voorts geldt dat het causale verband ontbreekt met de door klaagster gestelde schade. De schade is door klaagster allerminst aannemelijk gemaakt. Bovendien geldt dat, in het geval er inhoudelijk verweer was gevoerd, de advocaatkosten door de werkgever niet zouden zijn vergoed en de echtgenoot van klaagster, gelet op het niet in acht nemen van de fictieve opzegtermijn, geen recht op een WW-uitkering had kunnen maken.

4.6 Verweerder ontkent dan ook dat hij jegens de echtgenoot van klaagster in strijd heeft gehandeld met de zorg die hij als advocaat had behoren te betrachten door geen onderzoek te doen naar de eventuele aanspraken van klaagster op nabestaandenpensioen en ANW in geval van overlijden, toen hij de echtgenoot van klaagster in 2005 bijstond in een pro-forma ontbindingsprocedure. Eveneens ontkent verweerder dat er sprake is van enig handelen of nalaten dat een behoorlijk advocaat niet betaamt. Bovendien ontkent verweerder dat de gestelde schade is veroorzaakt door de wijze waarop hij de rechtsbijstand heeft verleend.

4.7 Bovendien heeft verweerder aangevoerd dat klaagster niet-ontvankelijk is in haar klacht omdat de rechtsbijstand is verleend aan haar echtgenoot en niet aan haar.

## **5 BEOORDELING**

5.1 De Advocatenwet is met ingang van 1 januari 2015 gewijzigd. De onderhavige klacht is bij de deken ingediend na 1 januari 2015 en wordt daarom door de raad behandeld en beoordeeld op grond van het nieuwe recht. Waar in deze beslissing naar de Advocatenwet wordt verwezen, wordt de nieuwe Advocatenwet bedoeld.

5.2 Allereerst zal de raad de vraag beantwoorden of klaagster in haar klacht ontvankelijk is. De raad stelt vast dat verweerder rechtsbijstand heeft verleend aan de echtgenoot van klaagster en niet aan klaagster zelf. Door de handelwijze van verweerder is klaagster echter wel in een eigen belang getroffen (gemis aan pensioenaanspraken). Op die grond zou klaagster wel ontvankelijk zijn in haar klacht, maar daaraan staat het lange tijdsverloop sedert het litigieuze handelen van verweerder in de weg. De raad overweegt daartoe als volgt.

5.3 Op grond van artikel 46g lid 1 sub a Advocatenwet wordt een klacht door de voorzitter/raad niet-ontvankelijk verklaard indien (sub a) het klaagschrift wordt ingediend na verloop van drie jaren na de dag waarop de klager heeft kennisgenomen of redelijkerwijs kennis heeft kunnen nemen van het handelen of nalaten van de advocaat waarop de klacht betrekking heeft. In lid 2 van genoemd artikel is bepaald dat niet-ontvankelijk verklaring op grond van het bepaalde in lid 1 achterwege blijft indien de gevolgen van het handelen of nalaten redelijkerwijs pas na het verstrijken van de driejaarstermijn bekend zijn geworden. In dat geval verloopt de termijn voor het indienen

van klaagschrift een jaar na de datum waarop de gevolgen redelijkerwijs als bekend zijn aan te merken.

5.3 In het onderhavige geval staat vast dat het litigieuze handelen van verweerder heeft plaatsgevonden in 2005. Dat betekent dat de driejaarstermijn reeds in 2008 is verstreken. De niet-ontvankelijkverklaring kan op grond van art. 46g lid 2 Advocatenwet echter achterwege blijven indien de gevolgen van het handelen of nalaten redelijkerwijs pas nadien bekend zijn geworden. Daarvan is hier sprake, Klaagster is kennelijk eerst na het overlijden van haar echtgenoot op 19 maart 2013 bekend geworden met de gevolgen van het handelen van verweerder. In dat geval verloopt de termijn voor het indienen van een klaagschrift een jaar na de datum waarop de gevolgen redelijkerwijs als bekend zijn aan te merken.

5.4 De raad stelt vast dat klaagster in ieder geval vanaf 27 augustus 2013, de datum waarop klaagster verweerder aansprakelijk heeft gesteld, bekend is met het gestelde onjuiste handelen van verweerder. Dat betekent dat klaagster vanaf die datum de klacht binnen een jaar nadien had moeten indienen. Dat is niet gebeurd. Klaagster heeft de klacht op 6 januari 2015 bij de deken ingediend. Dit betekent dat klaagster de klacht te laat heeft ingediend en daarom niet ontvankelijk is in haar klacht.

## **BESLISSING**

De raad van discipline:

- verklaart klaagster in haar klacht niet-ontvankelijk.

Aldus gewezen door mr. M.F.J.N. van Osch, voorzitter, mrs. A.H. Lanting, N.H.M. Poort, M.J.J.M. van Roosmalen, L.J. van der Veen, leden en bijgestaan door mr. D.C. van der Kwaak-Wamelink als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 17 juni 2016.

Griffier

Voorzitter