

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 16-097/DH/DH

Beslissing van 5 december 2016 van de Raad van Discipline in het ressort Den Haag in de zaak 16-097/DH/DH

naar aanleiding van de klacht van:

klaagster

tegen:

verweerster

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief van 3 september 2015 heeft de gemachtigde van klaagster bij de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Den Haag (hierna: de deken) een klacht ingediend over verweerster.

1.2 Bij brief van 28 januari 2016 met kenmerk K232 2015 dk/ksl aan de raad, door de raad ontvangen op 29 januari 2016, heeft de deken de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.3 De klacht is behandeld ter zitting van 3 oktober 2016 van de raad in aanwezigheid van [de heer X], vergezeld van [mevrouw Y], en verweerster, bijgestaan door [gemachtigde].

1.4 De raad heeft kennis genomen van de genoemde brief met bijlagen van de deken, alsmede van de zijdens klaagster toegezonden brief van 15 september 2016 met bijlagen.

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 Klaagster is een besloten vennootschap. [De heer Y.] is op 18 juli 2005 voor onbepaalde tijd in dienst getreden bij (de rechtsvoorgangster van) klaagster. Bij brieven van 17 november en 1 december 2008 heeft klaagster aangegeven de arbeidsovereenkomst met de heer Y. te willen beëindigen per 1 januari 2009 en hem gesommeerd om op 3 december 2008 de in zijn bezit zijnde bedrijfsmiddelen in te leveren wegens de beëindiging van het dienstverband, zulks op straffe van ontslag op staande voet. De heer Y. heeft daar geen gevolg aan gegeven.

2.2 Op 4 december 2008 heeft klaagster de heer Y. op staande voet ontslagen wegens – kort samengevat – het niet voldoen aan redelijke opdrachten van klaagster, het handelen in strijd met het ziekteverzuimreglement en het doen van onware mededelingen aan klaagster. De heer Y., bijgestaan door verweerster, heeft klaagster op 12 januari 2009 gedagvaard en de nietigheid van de opzegging ingeroepen. Klaagster heeft de kantonrechter bij verzoekschrift van 14 januari 2009 verzocht om de arbeidsovereenkomst tussen partijen (voorwaardelijk) te ontbinden wegens dringende redenen, subsidair wegens verandering van omstandigheden. In beide procedures heeft op 22 januari 2009 een mondelinge behandeling plaatsgevonden.

2.3 Bij vonnis in kort geding van 5 februari 2009 heeft de kantonrechter te Den Haag klaagster als de in het ongelijk gestelde partij bevolen het salaris van de heer Y. door te betalen tot het rechtsgeldig einde van de arbeidsovereenkomst. Tevens is bij beschikking van diezelfde datum de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk ontbonden per 19 februari 2009.

2.4 Op 10 april 2009 heeft op initiatief van klaagster en de heer Y. een bijeenkomst plaatsgevonden, met als doel het onderzoeken van oplossingen met het oog op de voortzetting van de samenwerking. De heer Y. werd tijdens deze bijeenkomst bijgestaan door verweerster. Verweerster heeft van deze bijeenkomst een gespreksverslag opgemaakt.

2.5 In mei 2009 hebben meerdere vervolggesprekken plaatsgevonden tussen de gemachtigde van klaagster en de heer Y., die tijdens deze gesprekken eveneens werd bijgestaan door verweerster. Verweerster heeft ook van deze gesprekken verslagen opgemaakt.

2.6 Klaagster en de heer Y. hebben op 3 juli 2009 een vaststellingsovereenkomst gesloten, welke is opgesteld en mede is ondertekend door verweerster. In de vaststellingsovereenkomst is onder meer het volgende opgenomen:

(...)

1. Partijen hebben heden al hun geschillen opgelost inzake hun arbeidsrelatie.
2. Partijen hebben overeenstemming bereikt ten aanzien van alle punten die de voortzetting van de arbeidsrelatie in de weg stonden.
3. Partijen zullen hun arbeidsrelatie voortzetten op grond van goed werknemerschap en goed werkgeverschap. (...)

2.7 Klaagster heeft op 14 oktober 2009 aan het UWV laten weten dat de heer Y. per 1 september 2009 volledig was hersteld.

2.8 De heer Y. heeft zich op 19 augustus 2010 ziek gemeld. In een e-mail van 18 augustus 2010 te 19.01 uur aan (onder meer) de gemachtigde van klaagster heeft hij – voor zover van belang – het volgende geschreven:

“(...) Ik had afgelopen 2 maanden last van mijn knie het zag er niet erg uit laatste week is het erg geworden, want het is dik geworden kan ook niet buigen en knielen en zakt snel door is nu blauw geworden zit vocht in dus het is overbelast ik raak mijn balans kwijt nu voel ik aan mijn rug. (...)

2.9 Op 3 december 2010 heeft verweerster de gemachtigde van klaagster en de heer Y. een opdrachtbevestiging gezonden met onder meer de volgende inhoud:

“(...) Naar aanleiding van de bijeenkomst hedenochtend op mijn kantoor, in aanwezigheid van [gemachtigde van klaagster] (...) en [de heer Y.] (...) bericht ik u beiden als volgt. Zoals afgesproken zal ik mijn werkzaamheden uitvoeren in het kader van de belangenbehartiging van de werknemer. (...) [De heer Y.] is sedert augustus 2010 arbeidsongeschikt verklaard door de bedrijfsarts. Thans is onduidelijk of en op welke termijn sprake kan zijn van herstel. In dit kader wenst [de heer Y.] geïnformeerd te worden over de mogelijkheid tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met [klaagster] op basis van wederzijds goedvinden. (...) Naar aanleiding van de hulpvraag van [de heer Y.], zullen er advieswerkzaamheden verricht worden voor [de heer Y.] (...) Nu de intentie van partijen duidelijk is geworden en partijen met elkaar in gesprek wensen te blijven, zal ik aanvangen met mijn advieswerkzaamheden. Binnen 14 dagen na heden zal een adviesverslag uitgebracht worden van de feiten en omstandigheden en de rechtsgevolgen van de mogelijkheden ter zake. (...)

2.10 In haar voor klaagster en de heer Y. bestemde adviesverslag d.d.

21 december 2010 heeft verweerster onder meer het volgende opgenomen:

“(…) [De heer Y.] is sedert augustus 2010 voor 100 % arbeidsongeschikt verklaard in verband met klachten van reumatologische aard. (…)”

2.11 Op 9 februari 2011 heeft de heer Y. aan klaagster een voorstel tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst gedaan, dat door klaagster is verworpen. Hierna hebben partijen evenmin overeenstemming bereikt over beëindiging.

2.12 Het UWV heeft op 5 juli 2012 – in het kader van een WIA-aanvraag van de heer Y. – een loondoorbetalingsplicht van één jaar opgelegd aan klaagster, omdat zij onvoldoende had voldaan aan haar re-integratieverplichtingen ten aanzien van de heer Y. Zowel klaagster als de heer Y. hebben een bezwaarschrift ingediend tegen de beslissing van het UWV, maar beide bezwaren zijn ongegrond verklaard. In de door verweester namens de heer Y. ingediende aanvullende bezwaargronden van 29 oktober 2012 is het volgende opgenomen:

“(…) Voorts is [de heer Y.] van mening dat niet de psychische klachten hem parten spelen maar de fysieke klachten die hij ervaart. Door de fysieke klachten ervaart hij weliswaar psychische klachten, maar de oorzaak blijft het fysieke en niet andersom. (…)”

2.13 Het dienstverband van de heer Y. is beëindigd per 31 december 2014, na opzegging door klaagster met toestemming van het UWV.

2.14 Op 28 mei 2015 heeft verweester namens de heer Y. een dagvaarding laten betekenen aan klaagster. In deze dagvaarding werd onder meer gevorderd: een verklaring voor recht dat het ontslag kennelijk onredelijk was, een veroordeling ten laste van klaagster tot het betalen van schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag en een veroordeling ten laste van klaagster tot het uitbetalen van niet-genoten vakantiedagen. In alinea 3 van deze dagvaarding is onder meer het volgende opgenomen:

“[De heer Y.] heeft zich op 19-08-2010 ziek gemeld voor zijn werk vanwege psychische klachten welke gerelateerd waren aan de arbeidssituatie. Na enige tijd kwamen daar rheumatoïde klachten bij. (…)”

Alinea 9 van de dagvaarding van 28 mei 2015 luidt als volgt:

“[De heer Y.] heeft zich eerst in 2008 ziek gemeld vanwege psychische klachten, later zijn er reumatische klachten geconstateerd. De psychische klachten hielden verband met een langslpende arbeidsconflict met [klaagster] welke eerst in 2008 is ontstaan en tot de einde van de arbeidsovereenkomst heeft voortgeduurd.”

2.15 Bij brief van 3 september 2015 heeft de gemachtigde van klaagster een klacht over verweester ingediend bij de deken.

2.16 De kantonrechter te Dordrecht heeft op 28 juli 2016 vonnis gewezen in de onder 2.14 bedoelde procedure. In rechtsoverwegingen 6.14 en 6.15 van dit vonnis heeft de kantonrechter onder meer het volgende overwogen:

“6.14 [Klaagster] heeft voorts een beroep gedaan op strijdigheid met artikel 21 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv). Zij stelt dat de feiten en omstandigheden waarop [de heer Y.] zich baseert onjuist of onvolledig zijn weergegeven. Relevante informatie is volgens [klaagster] weggelaten, zoals het bestaan van de vaststellingsovereenkomst. [Klaagster] heeft ook gewezen op de stelling van [de heer Y.] in de dagvaarding dat de psychische problemen aan de fysieke zouden zijn voorafgegaan. (…)

6.15 Artikel 21 Rv bepaalt dat partijen verplicht zijn voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Wordt deze verplichting niet nageleefd, dan kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht. In dat kader wordt het volgende overwogen. In de dagvaarding is geen melding gemaakt van de vaststellingsovereenkomst van 3 juli 2009, terwijl deze overeenkomst voor de beoordeling van de feiten wel relevant is te achten. (…)

Het is [de heer Y.] daarom te verwijten dat hij in de dagvaarding van die vaststellingsovereenkomst geen melding heeft gemaakt.

In zoverre heeft hij gehandeld in strijd met artikel 21 Rv. Voor wat betreft de in de dagvaarding aangegeven volgorde “eerst psychische schade, en daarna fysieke schade” is aan de hand van de wederzijdse stellingen en de dossierstukken voldoende komen vast te staan dat de fysieke gevolgen juist voorafgingen aan de psychische, en dat de stelling uit de dagvaarding dus niet kan worden gevolgd. (...)

3 KLACHT

3.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerster tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat zij in de door haar opgestelde, op 28 mei 2015 aan klaagster betekende dagvaarding stellingen heeft opgenomen waarvan zij weet dat deze in strijd zijn met de waarheid. In het bijzonder verwijt klaagster verweerster dat zij:

a) in alinea 9 van de dagvaarding stelt dat er van 2008 tot het einde van de arbeidsovereenkomst in 2014 sprake was van een langslpend arbeidsconflict tussen de heer Y. en klaagster, terwijl verweerster weet dat het betreffende arbeidsconflict in goed overleg is beëindigd door middel van een vaststellingsovereenkomst; voorts verwijt klaagster verweerster dat zij in de dagvaarding geen melding heeft gemaakt van deze vaststellingsovereenkomst en de daaraan voorafgegane gespreksverslagen, en dat zij deze niet heeft overgelegd in de procedure bij de kantonrechter;

b) in alinea 3 van de dagvaarding stelt dat de heer Y. zich op 19 augustus 2010 ziek heeft gemeld vanwege psychische klachten, terwijl de heer Y. zich op die datum ziek heeft gemeld vanwege fysieke klachten en verweerster daarvan op de hoogte was, zoals blijkt uit een door haar opgesteld gespreksverslag van 21 december 2010.

3.2 In aanvulling op klachtonderdeel a heeft klaagster aangevoerd dat verweerster als advocaat van de heer Y. zeer actief betrokken en aanwezig is geweest bij de gesprekken die aan het sluiten van de vaststellingsovereenkomst vooraf gingen. Verweerster heeft deze vaststellingsovereenkomst bovendien opgesteld en mede ondertekend.

3.3 Bij brief van 15 september 2016 en ter zitting van 3 oktober 2016 van de raad heeft de gemachtigde van klaagster als aanvullend klachtonderdeel naar voren gebracht dat klaagster in de procedure bij de kantonrechter opnieuw klachtwaardig heeft gehandeld, te weten door een bepaald verzoek op te nemen in haar conclusie van antwoord in reconventie.

4 VERWEER

4.1 Verweerster stelt zich op het standpunt dat de klacht ongegrond dient te worden verklaard. Zij heeft gehandeld binnen de vrijheid die zij heeft als advocaat van de wederpartij en als belangenbehartiger van haar cliënt.

4.2 Verweerster betwist dat zij in de dagvaarding feitelijke onjuistheden heeft gesteld. Gelet op de gang van zaken mocht verweerster afgaan op de mededelingen van haar cliënt en kan niet worden vastgesteld dat zij (bewust) onwaarheden heeft gedebiteerd. Uit alle stukken kan worden opgemaakt dat de mentale en fysieke klachten op enig moment door elkaar zijn gaan lopen, maar de kern van de problematiek is volgens de heer Y. gelegen in de stress door het ontslag op staande voet en de problemen die de heer Y. daarvan heeft ondervonden. Verweerster heeft bovendien niet ongefundeerd het standpunt van haar cliënt verwoord in de dagvaarding, maar daarvoor juist ondersteuning gezocht, en deze gevonden, in de bevindingen van de psychiater die haar cliënt heeft onderzocht. De psychiater heeft immers het verband gelegd tussen de psychische klachten die er al waren en de fysieke klachten die later zijn ontstaan.

4.3 Verweerster heeft de vaststellingsovereenkomst niet meegezonden omdat, naar de mening van haar cliënt, de problemen niet waren opgelost door het sluiten van die overeenkomst. Een paar weken na het tekenen van de vaststellingsovereenkomst meldde de heer Y. zich alweer bij de Arbo-arts. Het was slechts een tijdelijke oplossing

en geen belichaming van het feit dat partijen er samen uit waren gekomen. Achteraf gezien is verweerster zich ervan bewust dat zij de vaststellingsovereenkomst wellicht beter wel had kunnen meezenden. Ook had zij het feitenrelaas in de dagvaarding beter uiteen kunnen zetten. De conclusie zou in dat geval echter hetzelfde zijn geweest.

5 BEOORDELING

5.1 Voor zover klaagster haar oorspronkelijke klacht heeft aangevuld met een nieuw klachtonderdeel, zal de raad dit klachtonderdeel niet in haar oordeel betrekken aangezien dit niet als onderdeel van de klacht is voorgelegd aan de deken en de deken dit verwijt derhalve niet heeft kunnen onderzoeken. Indien klaagster ten aanzien van dit klachtonderdeel een oordeel van de raad wenst, dient zij zich daartoe opnieuw tot de deken te richten. Hetgeen hierna wordt overwogen heeft enkel betrekking op de klachtonderdelen a en b zoals opgenomen onder 3.1.

5.2 De raad stelt allereerst vast dat het in het onderhavige geval gaat om het optreden van de advocaat van de wederpartij, waarbij volgens vaste rechtspraak van het Hof van Discipline aan deze advocaat een grote mate van vrijheid toekomt om de belangen van de cliënt te behartigen op een wijze die hem, in overleg met de cliënt, goeddukt. Deze vrijheid is niet onbepaald maar kan onder meer worden ingeperkt indien de advocaat feiten poneert waarvan hij weet of redelijkerwijs kan weten dat deze in strijd zijn met de waarheid. Daarbij moet in het oog worden gehouden dat de advocaat de belangen van zijn cliënt dient te behartigen aan de hand van het feitenmateriaal dat zijn cliënt hem verschaft en dat hij in het algemeen mag afgaan op de juistheid van dat feitenmateriaal en slechts in uitzonderingsgevallen gehouden is de juistheid daarvan te verifiëren. De raad zal het optreden van verweerster derhalve aan de hand van deze maatstaf beoordelen.

Klachtonderdeel a

5.3 In dit eerste klachtonderdeel verwijt klaagster verweerster – kort gezegd – dat zij in strijd met de waarheid in de dagvaarding heeft opgenomen dat van 2008 tot het einde van de arbeidsovereenkomst in 2014 sprake was van een langstlepend arbeidsconflict tussen de heer Y. en klaagster, alsmede dat zij geen melding heeft gemaakt van de vaststellingsovereenkomst en de daaraan voorafgegangene gespreksverslagen en zij deze niet heeft overgelegd.

5.4 De raad overweegt hieromtrent als volgt.

5.5 Vast staat dat verweerster in de door haar opgestelde dagvaarding geen melding heeft gemaakt van de vaststellingsovereenkomst en de verslagen van de daaraan voorafgegangene gesprekken tussen klaagster en de heer Y., waarbij verweerster aanwezig was. Verweerster heeft deze vaststellingsovereenkomst en gespreksverslagen evenmin in die procedure overgelegd. De kantonrechter heeft in zijn vonnis van 28 juli 2016 overwogen dat in de dagvaarding van 28 mei 2015 geen melding is gemaakt van de vaststellingsovereenkomst, terwijl deze voor de beoordeling van de feiten wel relevant te achten was. Naar het oordeel van de kantonrechter viel dit de heer Y. (en daarmee: verweerster) te verwijten. De kantonrechter heeft bovendien overwogen dat de heer Y. (en daarmee: verweerster) in zoverre heeft gehandeld in strijd met artikel 21 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

5.6 In beginsel is de tuchtrechter, in gevallen waarin het tuchtrechtelijk verweten handelen samenhangt met een civiele procedure, niet afhankelijk van het oordeel van de civiele rechter, maar dient een zelfstandig oordeel te worden gegeven ten aanzien van de vraag of het handelen van de advocaat een schending van de norm van artikel 46 Advocatenwet oplevert. De tuchtrechtelijke beoordeling is een andere dan de civielrechtelijke beoordeling, en het is aan de tuchtrechter om te beoordelen of verweerster een

tuchtrechtelijke norm heeft overschreden. De vraag die centraal staat, is of de handelwijze van verweerster een behoorlijk advocaat betaamt.

5.7 Hoewel de raad met de deken van oordeel is dat de omstandigheid dat tussen klaagster en de heer Y. een vaststellingsovereenkomst is gesloten, niet automatisch betekent dat geen sprake kan zijn van een langslappend arbeidsconflict, is de raad tegelijkertijd van oordeel dat verweerster, door geen melding te maken van de vaststellingsovereenkomst en de daaraan voorafgegane gespreksverslagen, de kantonrechter onvolledig heeft geïnformeerd over de relevante feiten en omstandigheden. Dit terwijl zij had dienen te beseffen dat voor de kantonrechter bij de beoordeling van de vraag of van een kennelijk onredelijk ontslag op staande voet sprake was wel degelijk relevant was wat er eerder tussen partijen was voorgevallen en besproken. Uit de stukken blijkt immers dat verweerster zeer actief betrokken is geweest bij de totstandkoming van de vaststellingsovereenkomst. Door in de dagvaarding een beperkte en gekleurde versie van de feiten op te nemen, daarin geen melding te maken van de vaststellingsovereenkomst en de gespreksverslagen en deze evenmin mee te zenden, heeft verweerster derhalve niet gehandeld zoals een behoorlijk advocaat betaamt.

5.8 Dit klachtonderdeel is gegrond.

Klachtonderdeel b

5.9 Dit klachtonderdeel betreft het verwijt dat verweerster in de dagvaarding stelt dat de heer Y. zich op 19 augustus 2010 ziek heeft gemeld vanwege psychische klachten, hetgeen volgens klaagster in strijd is met de waarheid.

5.10 De raad overweegt als volgt.

5.11 De raad stelt vast dat verweerster in de dagvaarding van 28 mei 2015 zonder enig voorbehoud en zonder enige nuancering stelt dat de heer Y. zich op 19 augustus 2010 ziek heeft gemeld vanwege psychische klachten. Deze stelling van verweerster is niet in overeenstemming met hetgeen zij heeft opgenomen in haar gespreksverslag van 21 december 2010, namelijk dat de heer Y. sedert augustus 2010 voor 100% arbeidsongeschikt is verklaard in verband met klachten van reumatologische aard. Uit het feit dat dit gespreksverslag door verweerster is opgesteld en ondertekend, volgt dat zij in ieder geval op 21 december 2010 op de hoogte was van het feit dat de heer Y. zich op 19 augustus 2010 vanwege fysieke klachten ziek heeft gemeld.

5.12 De raad is van oordeel dat verweerster ook in alinea 3 van haar dagvaarding een gekleurde versie van de feiten heeft weergegeven en daarmee de rechter onvolledig dan wel onjuist heeft geïnformeerd. Hoewel verweerster als advocaat van de wederpartij een grote mate van vrijheid toekomt om de belangen van haar cliënt te behartigen, is de raad van oordeel dat verweerster door de wijze waarop zij de betreffende feiten in de dagvaarding heeft weergegeven, de grenzen van deze vrijheid heeft overschreden.

5.13 Ook dit klachtonderdeel is gegrond.

6 MAATREGEL

6.1 Gelet op de aard en de ernst van de begane overtredingen acht de raad de maatregel van een waarschuwing passend en geboden.

7 GRIFFIERECHT EN KOSTENVEROORDELING

7.1 Aangezien de klacht gegrond is verklaard, moet verweerster het door klaagster betaalde griffierecht aan haar vergoeden.

7.2 De raad ziet daarnaast aanleiding om verweerster overeenkomstig artikel 48, zesde lid, Advocatenwet te veroordelen in de kosten die klaagster in verband met de behandeling van de klacht redelijkerwijs heeft moeten maken. Deze kosten worden vastgesteld op een bedrag van EUR 50,- aan reiskosten.

7.3 De raad ziet eveneens aanleiding om verweerster 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 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:ING-BNL2A, t.n.v. Nederlandse Orde van Advocaten, Den Haag, onder vermelding van “kostenveroordeling” en het zaaknummer.

BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart de klacht gegrond;
- legt aan verweerster de maatregel van waarschuwing op;
- veroordeelt verweerster tot betaling van het griffierecht van EUR 50,- aan klagster;
- veroordeelt verweerster tot betaling van de proceskosten van EUR 50,- aan klagster;
- veroordeelt verweerster tot betaling van de proceskosten van EUR 1.000,- aan de Nederlandse Orde van Advocaten.

Aldus beslist door mr. C.H. van Breevoort-de Bruin, voorzitter, mrs. L.P.M. Eenens, H.E. Meerman A.J.N. van Stigt en A.B. van Rijn, leden, bijgestaan door mr. N.M. van Trijp als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 5 december 2016.

Deze beslissing is in afschrift op 5 december 2016 verzonden.