

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 17-252/DH/RO

Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Den Haag van 13 november 2017 in de zaak 17-252/DH/RO

naar aanleiding van de klacht van:

klaagster

gemachtigde: mr. M. Z

tegen:

verweerder

gemachtigde: mr. J. L

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief van 21 juni 2016 heeft klaagster bij de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Rotterdam (hierna: de deken) een klacht ingediend over verweerder.

1.2 Bij brief aan de raad van 27 maart 2017 met kenmerk R 2017/18 cij/mb, door de raad ontvangen op 28 maart 2017, heeft de deken de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.3 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 11 september 2017 in aanwezigheid van klaagster, bijgestaan door haar gemachtigde, en verweerder, ook bijgestaan door zijn gemachtigde.

1.4 De raad heeft kennis genomen van:

- de e-mail van 25 april 2017 van klaagster aan de raad met daarbij gevoegd haar brief met bijlagen aan de raad van dezelfde datum;
- de brief van 8 mei 2017 van verweerder aan de raad.

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 klaagster bijgestaan in een arbeidsrechtelijk geschil.

2.2 Klaagster was als fysiotherapeut in loondienst werkzaam bij haar werkgever.

Klaagster ontving voor haar werkzaamheden een variabel salaris. In artikel 7 van de arbeidsovereenkomst was daarover het volgende bepaald:

“(…) de grondslag voor de berekening van het aan de werknemer toekomende salaris zijn de door de werknemer in dienst van de werkgever verrichte behandelingen met dien verstande dat de totale loonkosten voor de werkgever 63,8% bedragen van de door de werknemer zelf gerealiseerde omzet van ziekenfondsverzekeringen en particulier verzekerden (...)”

2.3 Op de arbeidsovereenkomst was de collectieve arbeidsovereenkomst voor de Vrijgevestigde Fysiotherapiepraktijk 2003 (hierna: de cao-2003) van toepassing.

2.4 In artikel 9 lid 1 van de cao-2003 is het volgende bepaald:

“Grondslag voor de berekening variabel salaris

Grondslag voor de berekening van het aan de werknemer toekomende salaris zijn de door de werknemer in dienst van de werkgever verrichte behandelingen met dien verstande dat de totale loonkosten voor de werkgever niet meer bedragen dan een percentage van de door de werknemer zelf gerealiseerde omzet (van ziekenfondsverzekerden en particulier verzekerden). Dit wordt het te verlonen omzetpercentage genoemd. Zie bijlage 6. In de totale loonkosten zijn de volgende elementen opgenomen: bruto loon, werkgeverslasten, waaronder de premie voor de ziekengeldverzekering/arbodienst, de basispremie WAO en - indien van toepassing - de gedifferentieerde premie WAO die voor de CAO-V werkgevers is vastgesteld, vakantietoeslag, pensioenbijdrage, doorbetaling van loon tijdens vakantie, verlof en ADV-dagen.”

2.5 Het maandelijks loon van klaagster 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.

2.6 De cao-2003 is op 1 januari 2004 geëindigd.

2.7 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.

2.8 Als gevolg van de hiervoor in 2.7 genoemde omstandigheden is de wijze van beloning van klaagster veranderd. Vanaf 2005 werd het bruto-bruto-loon van klaagster berekend door het aantal door haar verrichte behandelingen (zittingen) te vermenigvuldigen met een standaardtarief.

2.9 Over deze veranderde wijze van loonberekening is tussen klaagster 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.

2.10 In zijn e-mail van 17 september 2012 schrijft verweerder het volgende aan klaagster:

“(…) 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. (…)”

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

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

2.13 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 klaagster en de werkgever. Deze andersluidende overeenkomst houdt in dat de omzetgerelateerde vergoeding is vervangen door een vaste vergoeding per behandeling (zitting).

2.14 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.

2.15 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.

2.16 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.

2.17 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 Achmea.

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 Achmea 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. (...)"

2.18 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)wet-

tigheid 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. (...)"

2.19 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.

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

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.

3.2 Op de stellingen die klaagster aan de klachtonderdelen ten grondslag legt zal hierna, voor zover van belang, nader worden ingegaan.

4 VERWEER

4.1 Verweerder heeft de klachten gemotiveerd weersproken. Op het verweer zal hierna, voor zover van belang, nader worden ingegaan.

5 BEOORDELING

5.1 Gelet op de samenhang zal de raad klachtonderdelen a en b gelijktijdig behandelen.

5.2 De raad stelt voorop dat de klachten van klaagster zich richten op de gang van zaken vanaf het vonnis van de kantonrechter van 22 maart 2013. Dit betekent dat hetgeen partijen over en weer hebben gesteld over de gang van zaken voorafgaand aan en tijdens de procedure bij de kantonrechter geen bespreking behoeft.

5.3 Verweerder heeft aangevoerd dat hij het vonnis van de kantonrechter uitgebreid heeft besproken met klaagster. Verweerder heeft daarbij aan klaagster uitgelegd dat de kantonrechter heeft bepaald dat van de cao-2003 nawerking uitgaat, maar dat naar diens oordeel tussen klaagster en haar werkgever de omzetgerelateerde vergoeding is vervangen door de vaste vergoeding per behandeling. Hierbij had het vonnis de implicatie dat, ongeacht hoe het bruto-bruto-loon werd berekend, de werkgeverslasten op grond van de cao-2003 van het bruto-bruto-loon gehaald mochten worden. Volgens verweerder heeft hij klaagster in het overleg waarbij het vonnis is besproken erop gewezen dat hij de rechtmatigheid van het ten laste van het bruto-bruto-loon brengen van de werkgeverslasten niet goed kon inschatten en dat binnen zijn kantoor ook onvoldoende deskundigheid over dit onderwerp aanwezig was. Gelet daarop heeft verweerder klaagster aangeraden om een deskundige op dit onderwerp in te schakelen. Omdat dit

aanvullende kosten met zich zou brengen heeft verweerder klaagster geadviseerd om haar rechtsbijstandsverzekeraar te benaderen om vooraf akkoord te krijgen zodat klaagster de kosten niet zelf zou hoeven dragen.

5.4 Klaagster heeft er volgens verweerder voor gekozen om (voorafgaand aan het instellen van hoger beroep tegen het vonnis van de kantonrechter) geen deskundige in te schakelen. Klaagster was stellig van mening dat zij niet had ingestemd met wijziging van haar verloning (in deze zin dat de omzetgerelateerde vergoeding is vervangen door een vergoeding op basis van het aantal zittingen) en wilde dit punt in hoger beroep aan het gerechtshof voorleggen. Gelet daarop heeft verweerder in de memorie van grieven primair gesteld dat geen andersluidende overeenkomst tot stand is gekomen tussen klaagster en de werkgever en dat klaagster bij berekening van het bruto-bruto-loon recht heeft op 60,9% van de door haar gerealiseerde omzet. In hoger beroep heeft verweerder subsidiair gesteld dat, indien het hof van mening is dat toch een andersluidend overeenkomst tot stand is gekomen, klaagster heeft gedwaald bij de totstandkoming daarvan. Klaagster was ervan op de hoogte dat het geschil over de werkgeverslasten geen rol zou spelen in het hoger beroep en volgens verweerder heeft zij daarmee uitdrukkelijk ingestemd. Haar instemming blijkt onder meer uit de omstandigheid dat de memorie van grieven aan klaagster is voorgelegd en dat zij heeft toegestemd met indiening van het stuk bij het gerechtshof, aldus verweerder.

5.5 Naar het oordeel van de raad had het op de weg gelegen van verweerder om hetgeen hij met klaagster heeft besproken naar aanleiding van het vonnis van de kantonrechter, de wens van klaagster om daartegen in hoger beroep te gaan en de in hoger beroep te volgen strategie schriftelijk vast te leggen. Een advocaat is immers gehouden om zijn cliënt op de hoogte te brengen van belangrijke informatie en deze ter voorkoming van misverstanden of onduidelijkheid schriftelijk vast te leggen (zie ook gedragsregel 8). Dat verweerder schriftelijke vastlegging van zijn advies heeft nagelaten is tuchtrechtelijk verwijtbaar.

5.6 In het bijzonder had het op de weg van verweerder gelegen om zijn suggestie aan klaagster om een deskundige te benaderen voor advies over de kwestie van de werkgeverslasten schriftelijk vast te leggen en daarbij een (voorlopige) vraagstelling voor de deskundige te formuleren. Vervolgens had het naar het oordeel van de raad minst genomen op de weg van verweerder gelegen om klaagster te begeleiden bij haar zoektocht naar een deskundige. Het was nog beter geweest als verweerder daarbij het initiatief had genomen. Verweerder heeft de verantwoordelijkheid hier echter volledig bij klaagster gelegd. Naar het oordeel van de raad heeft verweerder in relatie tot klaagster niet gehandeld volgens de normen die binnen de beroepsgroep als professionele standaard gelden en die veronderstellen dat een advocaat handelt met de zorgvuldigheid die in de gegeven omstandigheden van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht.

5.7 De omstandigheid dat klaagster heeft ingestemd met de inhoud van de memorie van grieven acht de raad onvoldoende om aan te nemen dat zij voldoende was geïnformeerd over en inzicht had in de gevolgen van de uitspraak van de kantonrechter, de in hoger beroep te volgen strategie en de noodzaak zich te laten voorlichten over de kwestie van de werkgeverslasten. De door verweerder gestelde instemming van klaagster met de memorie van grieven doet daarom niet af aan het oordeel van de raad.

5.8 De raad is gelet op het voorgaande van oordeel dat verweerder onvoldoende initiatief heeft genomen bij het onderzoek naar de kwestie van de werkgeverslasten en de advisering van klaagster daarover. De raad acht de klacht dan ook gegrond.

6 MAATREGEL

6.1 Verweerder heeft nagelaten zijn uitleg over het vonnis van de kantonrechter en zijn advies naar aanleiding daarvan schriftelijk vast te leggen. Verweerder heeft zich er onvoldoende van vergewist dat klaagster de in hoger beroep te volgen strategie begreep en onderschreef. Voor het advies van verweerder aan klaagster om een deskundige in te schakelen geldt eveneens dat verweerder schriftelijke vastlegging achterwege heeft gelaten. Verweerder had klaagster bovendien moeten begeleiden bij, in ieder geval, het vinden van een deskundige, maar heeft dit nagelaten. Verweerder heeft aldus niet gehandeld zoals dat een redelijk handelend advocaat betaamt en dat is tuchtrechtelijk verwijtbaar. In het tijdsverloop – klaagster heeft bijna twee jaar laten verstrijken tussen het arrest van het gerechtshof in haar zaak en het indienen van haar klacht bij de deken – en de omstandigheid dat verweerder niet eerder met de tuchtrechter in aanraking is gekomen ziet de raad echter grond om aan verweerder geen maatregel op te leggen (artikel 48 lid 3 van de Advocatenwet).

6.2 De raad benadrukt dat ook indien verweerder wel zou hebben gehandeld zoals een redelijk handelend advocaat betaamt, dit nog niet hoeft te betekenen dat klaagster bij het gerechtshof gelijk zou hebben gekregen.

7 GRIFFIERECHT EN KOSTENVEROORDELING

7.1 Omdat de klacht gegrond wordt verklaard, moet verweerder het door klaagster betaalde griffierecht aan haar vergoeden.

BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart de klacht gegrond;
- bepaalt dat geen maatregel wordt opgelegd;
- veroordeelt verweerder tot betaling van het griffierecht van EUR 50,- aan klager.

Aldus beslist door mr. G.A.F.M. Wouters, voorzitter, mrs. M.F. Laning, J.H.M. Nijhuis, P. Rijpstra en C.A. de Weerd, leden, bijgestaan door mr. A. Tijs als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 13 november 2017.

Griffier Voorzitter

Deze beslissing is in afschrift op 13 november 2017 verzonden.