

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 170288

Beslissing
van 20 april 2018
in de zaak 170288
naar aanleiding van het hoger beroep van:
verweerder
tegen:
klaagster

1 HET GEDING IN EERSTE AANLEG

Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam (verder: de raad) van 21 september 2017, onder nummer 17-540/A/A, aan partijen toegezonden op 21 september 2017. De raad heeft de klacht van klaagster tegen verweerder gegrond verklaard en heeft aan verweerder de maatregel van schorsing in de uitoefening van de praktijk voor de duur van 26 weken opgelegd. Daarnaast is verweerder veroordeeld tot betaling van het griffierecht van € 50,- en de proceskosten van € 25,- aan klaagster en de proceskosten van € 1.000,- aan de Nederlandse Orde van Advocaten. De raad heeft bepaald dat de in artikel 8a, derde lid, van de Advocatenwet bedoelde termijn wordt verkort tot twee jaar.

De beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:NL:TADRAMS:2017:209.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij verweerder van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is per e-mail en per fax op 20 oktober 2017 en per post op 24 oktober 2017 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 15 januari 2018, waar verweerder en zijn gemachtigde mr. V, advocaat te K zijn verschenen. Op verzoek van de gemachtigde van klaagster is de zaak op die datum niet inhoudelijk behandeld maar aangehouden. De behandeling is voortgezet op 19 februari 2018 waar namens klaagster mr. K, advocaat te H en verweerder met mr. V voornoemd zijn verschenen.

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) niet heeft getracht de arbeidsovereenkomst in onderling overleg te beëindigen;
- b) eerst op 13 juni 2016 aan de kantonrechter heeft verzocht de arbeidsovereenkomst te beëindigen;
- c) klaagster er niet over heeft geïnformeerd dat het verzoek om de arbeidsovereenkomst te ontbinden door de kantonrechter was afgewezen bij beschikking van 27 juli 2016;

- d) de beroepsmogelijkheden niet met klaagster heeft besproken en haar pas na het verstrijken van de beroepstermijn op de hoogte heeft gesteld van het feit dat er geen beroep was ingesteld tegen de beschikking van 27 juli 2016;
- e) een beroepsfout heeft gemaakt door in hoger beroep niet van grieven te dienen;
- f) niet heeft gereageerd op het verzoek van mr. K om haar met spoed te berichten wie de aansprakelijkheidsverzekeraar van verweerder is en haar te bevestigen dat de kwestie door verweerder bij zijn verzekeraar is aangemeld en in behandeling is genomen;
- g) geen gehoor heeft gegeven aan het verzoek om de voorschotfactuur ter zake het hoger beroep ad € 3.509,00 inclusief BTW aan klaagster terug te betalen.

4 FEITEN

Het volgende is komen vast te staan:

4.1 Verweerder heeft klaagster, die een kinderdagverblijf exploiteert, als advocaat bijgestaan in een arbeidsconflict met een werkneemster in de periode oktober 2015 tot december 2016.

4.2 Op 5 februari 2015 heeft klaagster de arbeidsovereenkomst met de betreffende werkneemster opgezegd. Klaagster verkeerde in de veronderstelling dat zij met de werkneemster een overeenkomst voor bepaalde tijd had afgesloten. Vanaf 6 februari 2015 heeft de werkneemster geen werkzaamheden voor klaagster meer verricht.

4.3 Op 28 augustus 2015 heeft de werkneemster klaagster gedagvaard voor de rechtbank, sectie kanton, te Amsterdam. De werkneemster vorderde (onder meer) een bedrag aan achterstallig loon van € 14.739,27. Bij verstekvonnis van 29 september 2015 heeft de kantonrechter de vorderingen van de werkneemster toegewezen.

4.4 Op 11 november 2015 heeft verweerder namens klaagster een verzetdagvaarding uitgebracht. Het verzet is door de rechtbank op 5 april 2016 gegrond verklaard en het verstekvonnis van 29 september 2015 vernietigd. Klaagster is veroordeeld (onder meer) tot betaling van het salaris aan de betrokken werkneemster over de periode vanaf september 2014 tot de dag waarop de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig zal zijn beëindigd.

4.5 Op 13 juni 2016 heeft verweerder namens klaagster een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst ingediend. Bij beschikking van 27 juli 2016 is dat verzoek afgewezen. Tegen deze beschikking is geen hoger beroep ingesteld omdat verweerder in de veronderstelling verkeerde dat dit niet mogelijk was.

4.6 Op 4 juli 2016 heeft verweerder hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van 5 april 2016. Op 2 augustus 2016 heeft verweerder de zaak aangebracht bij het gerechtshof. Daarna heeft verweerder verzuimd van grieven te dienen. Door het gerechtshof is aan klaagster verval van het recht op het nemen van een memorie van grieven verleend. Vervolgens is klaagster op 22 november 2016 niet-ontvankelijk verklaard in het hoger beroep.

4.7 De werkneemster heeft op 29 november 2016 het faillissement van klaagster aangevraagd.

4.8 De opvolgend advocaat van klaagster heeft verweerder namens klaagster op 22 december 2016 aansprakelijk gesteld en verweerder verzocht per omgaande aan te geven wie zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar was. Toen verweerder op dat verzoek niet reageerde, heeft deze advocaat de deken ingeschakeld met het verzoek te bemiddelen en de kwestie als klacht in behandeling te nemen, aan welk verzoek de deken heeft voldaan.

4.9 Op 24 januari 2017 heeft de advocaat van klaagster per e-mail verzocht aan verweerder het door klaagster aan hem betaalde voorschot voor het hoger beroep terug te betalen. Voorafgaand aan de e-mail heeft de advocaat van klaagster dit verzoek telefonisch aan verweerder gedaan. Verweerder heeft de advocaat van klaagster in dat

telefoongesprek gezegd geen enkel bedrag te willen en zullen terugbetalen. Het betreft een bedrag van € 3.509,- inclusief BTW.

BEOORDELING

5.1 De raad heeft alle klachtonderdelen gegrond verklaard. De raad heeft overwogen dat de klacht grotendeels betrekking heeft op de kwaliteit van de dienstverlening en dat de raad gelet op het bepaalde in artikel 46 Advocatenwet mede tot taak heeft de kwaliteit van de dienstverlening aan een cliënt te beoordelen. De raad heeft bij de beoordeling rekening gehouden met de vrijheid die een advocaat heeft met betrekking tot de manier waarop hij een zaak behandelt en met de keuzes waarvoor een advocaat bij de behandeling van een zaak kan komen te staan. Verder heeft de raad overwogen dat de vrijheid van de advocaat niet onbepert is, maar wordt begrensd door de eisen die aan een advocaat als opdrachtnemer in de uitvoering van de opdracht mogen worden gesteld. Die eisen brengen mee dat het werk van de advocaat moet voldoen aan datgene wat binnen de beroepsgroep als professionele standaard geldt. Daartoe behoort het inschatten van de slagingskansen van een aanhangig te maken procedure en het daarover informeren van de cliënt. De processtukken dienen te voldoen aan de redelijkerwijs daaraan te stellen eisen, aldus de raad.

5.2 Het hof overweegt dat de raad de klacht aan de juiste maatstaven heeft beoordeeld en dat ook het hof de klacht en hetgeen verweerder in hoger beroep daartegen aanvoert aan de hand van die maatstaven zal beoordelen.

5.3 Evenals de raad zal het hof de klachtonderdelen a) en b) en het daartegen gerichte hoger beroep gezamenlijk behandelen. De raad heeft overwogen dat het vanaf het moment dat verweerder door klaagster werd ingeschakeld, duidelijk was dat de werkneemster het niet eens was met het ontslag en dat zij stelde dat de arbeidsovereenkomst niet rechtsgeldig was beëindigd. De door de werkneemster ingestelde loonvordering was inmiddels bij verstek toegewezen. Verweerder had er zich van bewust moeten zijn dat er een risico bestond dat het gegeven ontslag in rechte geen stand zou houden en de arbeidsovereenkomst, en daarmee de verplichting tot doorbetaling van loon, doorliep. In die omstandigheid lag het voor de hand dat verweerder had getracht de arbeidsovereenkomst alsnog in onderling overleg te beëindigen, dan wel een voorwaardelijk verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst zou hebben ingediend om het risico van klaagster zoveel mogelijk te beperken. Omdat verweerder eerst op 13 juni 2016 een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst heeft ingediend en geen enkele poging heeft gedaan de arbeidsovereenkomst in onderling overleg te beëindigen, heeft de raad deze klachtonderdelen gegrond verklaard.

5.4 Verweerder stelt in zijn hoger beroep dat hij kort nadat hij bij de zaak werd betrokken geen ontbindingsverzoek heeft ingediend omdat klaagster uitdrukkelijk wilde dat vast kwam te staan dat de arbeidsovereenkomst met de werkneemster per 6 februari 2015 was beëindigd, een ontbindingsverzoek niet tot effect zou hebben dat er niet meer betaald zou moeten worden op grond van het verstekvonnis en aan het indienen van een ontbindingsverzoek kosten waren verbonden waarvoor klaagster het geld niet had. Bovendien waren er weinig argumenten voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Omdat de werkneemster vasthield aan haar rechten uit het verstekvonnis zat er weinig ruimte tussen het standpunt van klaagster en dat van de werkneemster, zodat onderhandelen over beëindiging in onderling overleg niet voor de hand lag, zo begrijpt het hof verweerder. Verweerder stelt dat de mogelijkheid van een ontbindingsverzoek wel uitdrukkelijk door hem met klaagster is besproken, maar dat klaagster er uitdrukkelijk voor koos om een dergelijk verzoek niet in te dienen. Klaagster ontkent het door verweerder gestelde gemotiveerd.

5.5 Het hof overweegt als volgt. In het dossier van de raad, noch in het dossier van het hof bevindt zich correspondentie van verweerder met klaagster waarin verweerder uiteenzet wat het doel van de opdracht is, wat de financiële marges van klaagster zijn waarbinnen de kwesties afgewikkeld zouden kunnen worden, welke juridische kwesties aan de orde zijn, wat de (risico)analyse van de haalbaarheid is en wat het advies van verweerder is. Het moet er derhalve voor gehouden worden dat verweerder aan klaagster schriftelijk geen enkele uitleg heeft gegeven van de juridische kwesties. Dat had wel van verweerder verwacht mogen worden. Een advocaat mag niet verwachten dat een cliënt, zeker als deze niet juridisch is onderlegd, begrijpt wat er verteld wordt en dat alles beklijft en, zonder schriftelijke vastlegging, de juiste beslissingen voor de voorgestelde processtrategie kan nemen. Door vastlegging na te laten kan het hof niet vaststellen of hetgeen verweerder in hoger beroep naar voren brengt, juist is, te meer daar klaagster het door verweerder gestelde gemotiveerd ontkent. Daarom acht ook het hof op dezelfde gronden als de raad de klachtonderdelen a) en b) gegrond. Hetgeen verweerder in hoger beroep heeft aangevoerd faalt.

5.6 Met betrekking tot het verwijt dat verweerder klaagster niet heeft geïnformeerd over de beschikking van 27 juli 2016 waarbij het verzoek om de arbeidsovereenkomst te ontbinden door de kantonrechter werd afgewezen, stelt verweerder in hoger beroep dat hij klaagster wel heeft geïnformeerd. Tussen hem en de directrice van klaagster zijn vele telefoon- en whatsapp gesprekken geweest, dus het zou vreemd zijn als die afwijzing niet besproken zou zijn geweest, aldus verweerder.

5.7. Het hof acht evenals de raad ook klachtonderdeel c) gegrond. Verweerder heeft geen enkel bewijs overgelegd waaruit blijkt dat hij klaagster heeft geïnformeerd over de afwijzende beschikking van de kantonrechter, de beschikking aan klaagster heeft toegezonden en in een begeleidend schrijven de consequenties van die beschikking heeft uiteengezet. Het hof acht dit zeer laakbaar en tuchtrechtelijk verwijtbaar.

5.8 Verweerder erkent dat hij er niet mee bekend was dat inmiddels wel hoger beroep mogelijk was van de beschikking van de kantonrechter tegen het weigeren van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst en dat hij dus niet met klaagster daarover heeft gesproken. Ook dat gegeven acht het hof ernstig tuchtrechtelijk verwijtbaar. Van een advocaat die een cliënt bijstaat in een arbeidszaak mag verwacht worden dat hij op de hoogte is van de meest recente wetgeving en jurisprudentie. Ook de gegrondverklaring klachtonderdeel d) door de raad zal het hof bekrachtigen.

5.9 Ook klachtonderdeel e) is gegrond nu verweerder erkent dat hij heeft verzuimd in hoger beroep van grieven te dienen tegen het hoger beroep dat hij tegen het vonnis van de kantonrechter van 5 april 2016 heeft ingediend.

5.10 Verweerder verzet zich in hoger beroep uitdrukkelijk tegen de gegrondverklaring door de raad van klachtonderdeel f), het niet direct reageren op het verzoek van de advocaat van klaagster op het verzoek om te berichten wie zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar is en te bevestigen dat hij de aansprakelijkstelling had aangemeld bij zijn verzekeraar. Verweerder stelt dat hij zich niet kon vinden in de veelheid van aantijgingen van de advocaat van klaagster tijdens een telefoongesprek dat hij met haar voerde en dat hij daarom het gesprek heeft beëindigd. Bovendien had hij vanwege de kersttijd en oud en nieuw andere bezigheden dan werken. Het verzoek om aansprakelijkheid te erkennen onder druk van het indienen van een klacht bij de deken vindt verweerder erg dwingend, omdat elke advocaat weet dat de aansprakelijkheid door de verzekeraar wordt beoordeeld. Overigens heeft hij op 20 januari 2017 zijn verzekeraar geïnformeerd. Klaagster stelt dat er groot belang was bij contact met de verzekeraar omdat het verzoek tot faillietverklaring dat de werkneemster had ingediend door de

rechtbank zou worden behandeld op 10 januari 2017 en de enige mogelijkheid om het faillissement af te wenden op dat moment was betaling in het vooruitzicht stellen.

5.11 Het hof overweegt dat van verweerder had mogen worden verwacht dat hij de naam en adresgegevens van zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar direct aan de advocaat van klagster had doorgegeven nadat zij daarom verzocht, zeker gelet op het hem bekende belang van klagster. Dat hij uiteindelijk op 20 januari 2017 na aandringen van de deken zijn verzekeraar heeft ingelicht, doet niet ter zake, nog los van het gegeven dat niet is gebleken dat hij op die datum de naam van de verzekeraar en het polisnummer rechtstreeks aan de advocaat van klagster heeft doorgegeven. Derhalve acht het hof, net als de raad, dit klachtonderdeel gegrond.

5.12 Met betrekking tot klachtonderdeel g) stelt verweerder dat hij inzake het hoger beroep vele uren werkzaamheden heeft verricht voor klagster. Er is een memorie van grieven opgesteld en besproken met klagster. In hoger beroep stelt verweerder dat nadere inzichten hem hebben doen besluiten om het voorschot geheel aan klagster terug te betalen onder voorbehoud van nader overleg met de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar. Wat er zij van de mededeling van verweerder dat hij een conceptmemorie van grieven heeft opgesteld en die heeft besproken met klagster, vaststaat dat hij deze in ieder geval niet heeft ingediend bij het gerechtshof en dat klagster om die reden niet-ontvankelijk is verklaard in haar hoger beroep. Onder die omstandigheden mag van verweerder verwacht worden dat hij zonder overleg met zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar het betaalde voorschot terugbetaalt. Dat hij dat tot op heden niet heeft gedaan valt hem tuchtrechtelijk te verwijten zodat ook het hoger beroep tegen klachtonderdeel g) faalt.

5.13 Het voorgaande betekent dat het hof, evenals de raad, alle klachtonderdelen gegrond acht en dat de grieven falen. De raad heeft aan verweerder de maatregel van schorsing in de uitoefening van de praktijk voor de duur van 26 weken opgelegd en heeft bepaald dat de in artikel 8a, derde lid, van de Advocatenwet bedoelde termijn wordt verkort tot twee jaar. Deze maatregel is gelet op de ernst van het tuchtrechtelijk verwijt dat verweerder wordt gemaakt, aangewezen. Er is derhalve geen aanleiding tot het opleggen van een lichtere maatregel. Ook niet nu verweerder ter zitting van het hof heeft meegedeeld zich per 15 maart 2018 van het tableau te laten schrappen, een rustperiode in acht te nemen en daarna te trachten opnieuw als advocaat te gaan werken. Overigens zal het hof heden in de dekenklacht die is ingediend naar aanleiding van de onderhavige klacht in de zaak met nummer 170287 tevens uitspraak doen.

5.14 Omdat het hof een maatregel oplegt, zal het hof verweerder daarnaast op grond van artikel 48ac, eerste lid, Advocatenwet veroordelen in de volgende proceskosten in hoger beroep:

- a) € 50 reiskosten van klagster;
- b) € 1000 kosten van de Nederlandse Orde van Advocaten.

5.15 Verweerder moet op grond van artikel 48ac, vierde lid, en artikel 48aa, tweede tot en met vierde lid, Advocatenwet het bedrag van € 50 reiskosten binnen vier weken na deze uitspraak betalen aan klagster. Klagster moet daarvoor tijdig haar rekeningnummer schriftelijk doorgeven aan verweerder.

5.16 Verweerder moet op grond van artikel 48ac, vierde lid, en artikel 48aa, tweede tot en met vierde lid, Advocatenwet het bedrag van € 1000 binnen vier weken na deze uitspraak overmaken naar rekeningnummer IBAN:NL85 INGB 0000 079000, BIC:ING-BNL2A, t.n.v. Nederlandse Orde van Advocaten, Den Haag, onder vermelding van “kostenveroordeling hof van discipline” en het zaaknummer.

BESLISSING

Het Hof van Discipline:

bekrachtigt de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam van 21 september 2017, genomen onder nummer 17-540/A/A;

bepaalt dat :

- de door de raad uitgesproken schorsing pas ingaat na afloop van eerder onherroepelijk geworden schorsingen;
- verschillende op dezelfde dag onherroepelijk geworden schorsingen niet tegelijkertijd maar na elkaar worden tenuitvoergelegd;
- de onderhavige schorsing niet ten uitvoer zal worden gelegd gedurende de tijd dat verweerder niet op het tableau staat ingeschreven;

veroordeelt verweerder tot betaling van de reiskosten in hoger beroep van € 50 aan klagster, op de manier en binnen de termijn zoals hiervóór bepaald;

veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten in hoger beroep van € 1000 aan de Nederlandse Orde van Advocaten, op de manier en binnen de termijn zoals hiervóór bepaald.

Aldus gewezen door mr. G.J. Driessen-Poortvliet, voorzitter, mrs. W.A.M. van Schendel, G.J.L.F. Schakenraad, J. Italianer en D.V.E.M. van der Wiel-Rammeloo, leden, in tegenwoordigheid van mr. A.N. Kikkert, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 20 april 2018.

griffier voorzitter

De beslissing is verzonden op 20 april 2018.