

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 19-153

Beslissing van de voorzitter van de Raad van Discipline in het ressort Arnhem-Leeuwarden van 17 juli 2019

in de zaak 19-153

naar aanleiding van de klacht van:

klaagster

tegen

verweerster

De voorzitter van de raad van discipline (hierna: de voorzitter) heeft kennisgenomen van de brief van de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Noord-Nederland van 13 maart 2019 met kenmerk 2018 KNN151-718426, digitaal door de raad ontvangen op diezelfde dag, en van de op de daarbij gevoegde inventarislijst vermelde stukken.

1 FEITEN

Voor de beoordeling van de klacht wordt, gelet op de stukken, van de volgende feiten uitgegaan.

1.1 Klaagster exploiteert een appartementencomplex, bestemd voor bewoning door ouderen. De bewoners van het appartementencomplex kunnen gebruik maken van een maaltijdvoorziening.

1.2 Klaagster verzorgde de bereiding van de maaltijden zelf en had daarvoor vier werknemers in dienst. Met ingang van 26 september 2016 is de maaltijdverzorging overgenomen door V.O.F. Maaltijdverzorging De Jacobijn (hierna: De Jacobijn), die ook de vier (keuken) personeelsleden per die datum in dienst heeft genomen, waaronder de heer W in de functie van chef-kok.

1.3 Ter zake van deze overname hebben klaagster en De Jacobijn op 23 augustus 2016 een overeenkomst gesloten voor de duur van twee jaar, tot 26 september 2018. De overeenkomst luidt, voor zover hier relevant:

“2. Bijdrage transitievergoeding

2.1. Indien de arbeidsovereenkomst van een Werknemer op verzoek van De Jacobijn wordt ontbonden, dan zal [klaagster] onder de hierna genoemde (limitatieve) voorwaarden bereid zijn om een gedeelte van de door De Jacobijn aan de betreffende Werknemer te betalen transitievergoeding als bedoeld in artikel 7:673 Burgerlijk Wetboek aan De Jacobijn te compenseren:

a. (...)

b. de Werknemer kan aantoonbaar niet voldoen aan de aan hem/haar opgelegde taken/verantwoordelijkheden die binnen de taakfunctieomschrijving vallen en welke overeenkomen met de taken/verantwoordelijkheden zoals die golden ten tijde van het dienstverband bij [klaagster] (...)

2.2. Indien het bepaalde in artikel 2.1 toepassing vindt, dan zal de door [klaagster] te betalen compensatie worden berekend als volgt:

a. bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst van de Werknemer vóór september 2017: een bedrag gelijk aan 100% van de verschuldigde transitievergoeding (...)

1.4 Op 5 juli 2017 heeft verweerster namens De Jacobijn bij de rechtbank Noord-Nederland (hierna: de rechtbank) een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst met de heer W ingediend. Op 6 juli 2017 heeft de advocaat van de heer W een verweerschrift ingediend.

1.5 Op 3 augustus 2017 heeft de mondelinge behandeling van het verzoek plaatsgevonden.

1.6 Bij beschikking van 3 augustus 2017 is de arbeidsovereenkomst tussen De Jacobijn en de heer W per 31 augustus 2017 ontbonden en is De Jacobijn veroordeeld aan de heer W een transitievergoeding te betalen van € 37.709. De beschikking luidt verder, voor zover relevant:

“8. Omdat [de heer W] heeft erkend dat hij niet (meer) geschikt is tot het verrichten van de bedongen arbeid en gesteld noch gebleken is dat dit het gevolg is van ziekte of gebreken, zal de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbinden. (...)

9. Partijen zijn het erover eens dat in dit geval sprake is van een opzegtermijn van vier maanden. Niettemin hebben beide partijen aangegeven dat zij ontbinding van de arbeidsovereenkomst met ingang van 31 augustus 2017 wenselijk achten. (...)

10. Voorts zijn partijen het erover eens dat [de heer W] in geval van ontbinding van de arbeidsovereenkomst aanspraak kan maken op een bedrag van € 37.709,00 bruto aan transitievergoeding.”

1.7 Bij brief van 15 augustus 2017 heeft De Jacobijn klaagster een kopie van de beschikking van de kantonrechter toegestuurd en haar verzocht een bedrag van € 36.621,24 te betalen: de transitievergoeding zoals die berekend is op het moment van overname van het personeel.

1.8 Bij brief van 23 augustus 2017 heeft de advocaat van klaagster verweerster onder meer geschreven:

“Partijen zijn overeengekomen dat wanneer in dit geval [de heer W] aantoonbaar niet voldoet aan de aan hem opgelegde taken/verantwoordelijkheden die binnen zijn functieomschrijving vallen en op die grond van de arbeidsovereenkomst door de Kantonrechter wordt ontbonden, cliënte een compensatie betaalt inzake de transitievergoeding die uw cliënte verschuldigd is in het kader van die beëindiging.

Juridisch vertaald betekent dit dat cliënte deze compensatie aan uw cliënt verschuldigd is wanneer op grond van artikel 7:669 lid 1 juncto lid 3 sub d BW de arbeidsovereenkomst door de Kantonrechter op tegenspraak wordt ontbonden.

Uit de door uw cliënt bijgevoegde ontbindingsbeschikking (...) blijkt dat dit een formele beschikking is, waarbij ook nog eens de opzegtermijn niet in acht is genomen, waarschijnlijk met het oog op artikel 2.2 sub a en b van de overeenkomst. Dit laatste komt cliënte in ieder geval niet juist voor.

Het heeft er echter de schijn van dat het niet tot een inhoudelijke beoordeling van de Kantonrechter is gekomen, zodat noch het aantoonbare niet voldoen in de zin van artikel 7:669 lid 3 sub d is getoetst noch de herplaatsings(on)mogelijkheden ex artikel 7:669 lid 1 BW.

Het komt cliënte voor dat duidelijk is dat uw cliënte en [de heer W] het niet vrij stond om onderling een minnelijke regeling te treffen waarbij dan vervolgens uw cliënt de kosten die daarmee samenhangen op grond van voormeld artikel 2 van de overeenkomst tracht bij cliënte te verhalen.

Gaarne verneem ik van u hoe de ontbinding tot stand gekomen is. Heeft er (...) een daadwerkelijk een inhoudelijke ontbindingsprocedure plaatsgevonden en kunt u mij in

dat kader dan alle processtukken doen toekomen? Of is er sprake van een geregelde ontbinding met een inhoudsloze mondelinge behandeling? Als er inderdaad een inhoudelijke mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden in een op zich inhoudelijke procedure, verzoek ik u mij aan te geven wat de Kantonrechter voorshands aan partijen heeft meegedeeld en hoe partijen er vervolgens toe zijn gekomen de minnelijke regeling te treffen.”

1.9 Bij brief van 18 september 2017 heeft verweerster de advocaat van klagster onder meer geschreven:

“Ik stuur u een kopie van het verzoek- en verweerschrift, alsmede de onderliggende producties, zoals deze stukken bij de rechtbank zijn ingediend. (...)

Zoals u kunt lezen, is aan de rechtbank verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden ex artikel 7:671b juncto artikel 7:669 lid 3 sub d BW, omdat [de heer W] de functie niet naar behoren kon uitoefenen. (...)

Er heeft een zitting bij de Rechtbank Noord-Nederland plaatsgevonden, waarbij de kantonrechter beoordeeld heeft of inderdaad sprake was van ongeschiktheid voor de functie en of voldoende is getracht het functioneren te verbeteren. Zij heeft de arbeidsovereenkomst vervolgens met ingang van 31 augustus 2017 ontbonden.

Omdat de arbeidsovereenkomst voor 1 september 2017 is ontbonden en omdat niet ter discussie staat dat [de heer W] ongeschikt is gebleken voor de functie van kok bij De Jacobijn (...) is voldaan aan hetgeen is vastgelegd in de overeenkomst die op 23 augustus 2016 door uw cliënte en mijn cliënt is gesloten. Daarom dient uw cliënte op basis van deze overeenkomst de transitievergoeding te voldoen.”

1.10 In een brief van 21 september 2017 heeft de advocaat van klagster verweerster onder meer geschreven:

“Ik stel vast dat u in uw schrijven geen antwoord geeft op de vraag hoe de ontbinding in werkelijkheid tot stand gekomen is en of er sprake is van een geregelde ontbinding. (...)

Naar de mening van cliënte heeft het er meer dan de schijn van dat uw cliënte, daarin geholpen door u, en [de heer W] (...), zich bewust hebben bediend van een constructie om daarmee te trachten met verwijzing naar de overnameovereenkomst cliënte voor een belangrijk deel te laten opdraaien voor de kosten die gepaard zijn gegeven met een minnelijke regeling ter beëindiging van het dienstverband tussen uw cliënte en [de heer W].

Nogmaals verzoek ik u in reactie op uw schrijven d.d. 18 september jl. aan mij aan te geven hoe precies het hele traject van beëindiging tussen uw cliënte en [de heer W] heeft plaatsgevonden en welke afspraken daarin met [de heer W] zijn gemaakt.”

1.11 Verweerster heeft de advocaat van klagster hierop bij brief van 2 oktober 2017 onder meer bericht:

“Waarop u uw stelling baseert dat sprake is van een constructie enkel om de transitievergoeding op uw cliënte te verhalen, is mij een raadsel.

In de overeenkomst is op geen enkele wijze vastgelegd aan welke eisen het “aantoonbare niet voldaan aan de taken” zou moeten voldoen. Mijn cliënte had veel liever gehad dat [de heer W] aantoonbaar wel goed functioneerde en [de heer W] had daar (denk ik) zelf ook de voorkeur aan gegeven. Maar dat was nu eenmaal niet het geval. (...)

Er is een ontbindingsprocedure gevoerd, in het verzoekschrift is uitgebreid ingegaan op de ongeschiktheid voor de functie. [De heer W] heeft vervolgens, om hem moverende redenen (waarschijnlijk omdat hij het er gewoon mee eens was dat hij ongeschikt voor de functie was), voor gekozen om geen inhoudelijk verweer te voeren. De kantonrechter heeft partijen op een zitting uitgenodigd, heeft voorafgaand aan de zitting kennis kunnen

nemen van alle stukken en zij heeft tijdens de zitting geverifieerd of [de heer W] zijn verweer handhaafde en zich dus wilde neerleggen bij een ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Vervolgens heeft zij de arbeidsovereenkomst ontbonden.”

1.12 Op 6 december 2017 heeft verweerster namens De Jacobijn klaagster gedagvaard voor de rechtbank en betaling van een bedrag van € 36.621,24 gevorderd. Die procedure loopt nog.

2 KLACHT

2.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven in, dat verweerster tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat zij:

- a) een constructie heeft bedacht en uitgevoerd met het oogmerk haar cliënte zich te laten bevoordelen met listige kunstgrepen en/of een samenweefsel van verdichtfels, waarbij is getracht klaagster te bewegen tot het doen van een betaling aan haar cliënte waartoe klaagster niet gehouden is;
- b) toen klaagster daar lucht van kreeg, heeft getracht dit handelen te verheimelijken door het debiteren van onwaarheden.

3 VERWEER

3.1 Verweerster voert verweer dat hierna, voor zover van belang, zal worden weergegeven.

4 BEOORDELING

4.1 De klacht heeft betrekking op het handelen en/of nalaten van verweerster als advocaat van de wederpartij. Uitgangspunt is dat een advocaat een ruime mate van vrijheid geniet om de belangen van zijn cliënt te behartigen op de wijze als hem in overleg met zijn cliënt goedgevindt. Deze vrijheid is niet absoluut, maar kan onder meer beperkt worden doordat (a) de advocaat zich niet onnodig grievend mag uitlaten over de wederpartij, (b) de advocaat geen feiten mag poneren waarvan hij de onwaarheid kent of redelijkerwijs kan kennen, (c) de advocaat bij de behartiging van de belangen van zijn cliënt de belangen van de wederpartij niet onnodig of onevenredig mag schaden zonder redelijk doel. Daarbij geldt voorts 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 daarvan en slechts in uitzonderingsgevallen gehouden is de juistheid daarvan te verifiëren. De advocaat behoeft in het algemeen niet af te wegeven of het voordeel dat hij voor zijn cliënt wil bereiken met de middelen waarvan hij zich bedient, opweegt tegen het nadeel dat hij daarmee aan de wederpartij toebrengt. Wel moet de advocaat zich onthouden van middelen die op zichzelf beschouwd ongeoorloofd zijn of die, zonder dat zij tot enig noemenswaardig voordeel van zijn cliënt strekken, onevenredig nadeel aan de wederpartij toebrengen.

Ad klachtonderdeel a)

4.2 In klachtonderdeel a) maakt klaagster verweerster kort gezegd het verwijt dat zij “een opzetje” tussen De Jacobijn en de heer W heeft bedacht en uitgevoerd, enkel en alleen om klaagster voor de transitievergoeding op te laten draaien. Dat sprake is geweest van een opzetje is echter niet gebleken. Verweerster heeft uitgebreid toegelicht waarom zij namens De Jacobijn om ontbinding van de arbeidsovereenkomst met de heer W heeft verzocht. Volgens verweerster is al snel na de overname van het personeel door De Jacobijn gebleken dat de heer W niet kon voldoen aan hetgeen De Jacobijn van een kok mag verwachten. De Jacobijn had, voordat zij zich tot verweerster wendde, al diverse functioneringsgesprekken met de heer W gevoerd en hem ook al andere werkzaamheden laten doen, maar dit leidde niet tot een verbetering van zijn functioneren. De Jacobijn zag, toen zij contact opnam met verweerster, dan ook geen andere oplossing dan de arbeidsovereenkomst met de heer W te beëindigen, aldus nog steeds verweerster. Dat de heer W geen inhoudelijk verweer heeft gevoerd tegen het ontbindingsver-

zoek, betekent niet dat sprake is geweest van een opzetje met De Jacobijn. Ook het feit dat verweerster de kantonrechter heeft gevraagd om een snelle behandeling van het verzoek betekent niet dat sprake is geweest van een opzetje. Verweerster heeft dit gedaan en mocht dit ook doen in het belang van haar cliënte, die op grond van de overeenkomst met klaagster aanspraak kon maken op een volledige vergoeding van de transitievergoeding als de ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor 1 september 2017 zou worden uitgesproken. De vraag of klaagster ook daadwerkelijk is gehouden de transitievergoeding aan De Jacobijn te vergoeden is niet aan de tuchtrechter om te beantwoorden, maar aan de civiele rechter.

4.3 De conclusie van het voorgaande is dat klachtonderdeel a) kennelijk ongegrond is.

Ad klachtonderdeel b)

4.4 In klachtonderdeel b) verwijt klaagster verweerster dat zij in haar correspondentie met de advocaat van klaagster (zie hiervoor, 1.9 en 1.11) onwaarheden heeft geschreven.

4.5 De voorzitter overweegt als volgt. Verweerster heeft de advocaat van klaagster bij brief van 18 september 2017 een kopie van het verzoek- en verweerschrift toegevoerd met de onderliggende producties en toegelicht dat er een zitting bij de kantonrechter heeft plaatsgevonden, waarbij de kantonrechter heeft beoordeeld of inderdaad sprake was van ongeschiktheid voor de functie en of voldoende getracht is het functioneren te verbeteren, en dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst vervolgens heeft ontbonden. In haar brief van 2 oktober 2017 heeft verweerster de advocaat van klaagster in aanvulling hierop nog geschreven dat de heer W er om zijn moverende redenen voor heeft gekozen geen inhoudelijk verweer te voeren en dat de kantonrechter tijdens de zitting heeft geverifieerd of de heer W zijn verweer handhaafde en zich dus wilde neerleggen bij een ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Anders dan klaagster lijkt te veronderstellen heeft verweerster niet geschreven dat de procedure bij de kantonrechter een inhoudelijke procedure op tegenspraak betrof. Evenmin heeft zij geschreven dat er vooraf geen enkel overleg met de heer W heeft plaatsgevonden. In haar brieven heeft verweerster slechts de feitelijke gang van zaken weergegeven. Dat die weergave onjuist is, is niet gebleken. Dat de gang van zaken ter terechtzitting anders is geweest dan verweerster heeft gesteld en zij daarover onjuiste informatie zou hebben verstrekt, kan de voorzitter niet vaststellen. Klaagster heeft daarvoor onvoldoende aanknopingspunten verschaft. Een proces-verbaal van de zitting waaruit van een andere gang van zaken blijkt, werd niet aangetroffen. Dat De Jacobijn en de heer W voorafgaand aan het indienen van het verzoekschrift een minnelijke regeling hebben getroffen en verweerster hierover onjuist heeft verklaard, heeft klaagster niet onderbouwd. Klachtonderdeel b) is eveneens kennelijk ongegrond.

BESLISSING

De voorzitter verklaart:

- de klacht, met toepassing van artikel 46j Advocatenwet, in beide onderdelen kennelijk ongegrond.

Aldus beslist door mr. M.F.J.N. van Osch, voorzitter, met bijstand van mr. S. van Excel als griffier op 17 juli 2019.

griffier voorzitter