

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 18-1000/DB/OB

Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort 's-Hertogenbosch Van 15 april 2019 in de zaak 18-1000/DB/OB

naar aanleiding van de klacht van:

klaagster

tegen :

verweerster

1 Verloop van de procedure

1.1 Bij brief van 9 maart 2018 heeft klaagster bij de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Oost-Brabant een klacht ingediend over verweerster.

1.2 Bij brief aan de raad van 13 december 2018 met kenmerk 48/18/036K, heeft de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Oost-Brabant de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.3 De klacht is - tegelijk met klachtzaak 18-1002/DB/OB - behandeld ter zitting van de raad van 18 februari 2019 in aanwezigheid van klaagster, de heer P., verweerster, de gemachtigde van verweerster en verweerder in klachtzaak 18-1002/DB/OB alsmede diens gemachtigde. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.4 De raad heeft kennis genomen van:

- de brief van de deken van 13 december 2018, 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 sinds 9 oktober 2015 verwickeld in een ambtenaarrechtelijke procedure met de gemeente R. Het college van de gemeente R heeft aan het kantoor van verweerster opdracht gegeven om een onderzoek in te stellen naar feiten en omstandigheden met betrekking tot de werksfeer bij de gemeente R en de rol van klaagster daarin. Het feitenonderzoek heeft plaatsgevonden in de periode van 25 april tot 22 juni 2016 en is uitgevoerd door verweerster. In het kader van het onderzoek heeft verweerster op 25 april 2016 en 2 mei 2016 gesprekken gevoerd met een vijftal door de gemeente R aangedragen personen. Verweerster heeft verslagen van de gesprekken gemaakt en deze voorgelegd aan de gehoorde personen. Verweerster heeft op 22 juni 2016 haar rapport van bevindingen uitgebracht. De conclusie van het rapport was dat

klaagster in haar houding en opstelling weerstand opriep en iedere samenwerking met anderen in ernstige mate belemmerde, zo niet onmogelijk maakte.

2.2 De gemeente R heeft bij brief van 21 juli 2016 onder toezending van het rapport van bevindingen van 22 juni 2016 aan klaagster het voornemen kenbaar gemaakt om klaagster ontslag op andere gronden te verlenen. Klaagster heeft op 11 augustus 2016 haar zienswijze gegeven.

2.3 Bij besluit van 27 september 2016 heeft de gemeente R klaagster met ingang van 1 oktober 2016 ontslag op andere gronden verleend als bedoeld in art. 8:8, lid 1 van de CAR/UWO. Bij besluit van 27 maart 2017 heeft de gemeente R het bezwaar van klaagster tegen het besluit van 27 september 2016 ongegrond verklaard. Klaagster heeft tegen voormeld besluit van de gemeente R bij de rechtbank beroep ingesteld. Klaagster heeft in haar beroepschrift onder meer aangevoerd dat het door verweerster uitgevoerde onderzoek ondeugdelijk was, omdat het was uitgevoerd door het advocatenkantoor van mr. X en het toepasselijke Protocol voor dit onderzoek niet is gevolgd. De rechtbank overwoog ter zake in rechtsoverweging 4.4. van haar uitspraak van 13 oktober 2017 onder meer het volgende: *“De rechtbank ziet in het feit dat het onderzoek is uitgevoerd door het advocatenkantoor van de gemachtigde van verweerder geen aanleiding om aan te nemen dat het onderzoek niet met de vereiste zorgvuldigheid en objectiviteit heeft plaatsgevonden. (...). Het feit dat eiseres in strijd met het Protocol vooraf niet in kennis is gesteld van het onderzoek en het doel daarvan en niet in de gelegenheid is gesteld om zelf ook mensen te noemen die gehoord zouden moeten worden, maakt niet dat het onderzoek zonder meer als ondeugdelijk moet worden aangemerkt. Nu eiseres het rapport van dit onderzoek is toegestuurd, heeft zij de gelegenheid gehad om daarop te reageren. De rechtbank is dan ook van oordeel dat verweerder het rapport van dit onderzoek aan het bestreden besluit ten grondslag heeft mogen leggen.”* De rechtbank heeft vervolgens in voormelde uitspraak het beroep van klaagster gegrond verklaard en het (bestreden) besluit vernietigd ten aanzien van de aan klaagster toegekende ontslagvergoeding. Klaagster heeft tegen voormelde beslissing van de rechtbank hoger beroep ingesteld.

2.4 De gemeente R is in de bezwaar- en beroepsprocedure bijgestaan door mr. X, kantoorgenoot van verweerster.

3 KLACHT

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

verweerster een ondeugdelijk en onzorgvuldig feitenonderzoek heeft uitgevoerd.

Klaagster heeft ter toelichting op de klacht, die door de voorzitter tevens ter zitting is voorgehouden, het volgende naar voren gebracht.

3.2 Het feitenonderzoek is niet uitgevoerd met inachtneming van de zorgvuldigheidseisen uit het door het kantoor van verweerster zelf opgestelde “Protocol feitenonderzoek”. Ten opzichte van klaagster is niet voldaan aan de volgende voorwaarden:

- het onderzoek diende zonder vooringenomenheid en met toepassing van hoor en wederhoor te worden uitgevoerd;
- klaagster diende vooraf in kennis te worden gesteld van het onderzoek, waarbij haar diende te worden gemeld wat het doel was van het onderzoek en wie er zouden worden gehoord;
- klaagster diende gelegenheid te krijgen om zelf mensen te noemen die gehoord moesten worden om een evenwichtig beeld te krijgen;
- klaagster diende gelegenheid te krijgen om op alle gespreksverslagen te reageren;

- de onderzoeker had open vragen moeten te stellen.

3.3 In het onderzoek is opzettelijk een bepaald beeld van klaagster als medewerker en persoon geschetst. Doordat onjuiste en privacygevoelige informatie naar buiten is gebracht, is klaagster in haar persoon aangetast.

3.4 Het feitenonderzoek heeft het besluit van de rechter zodanig beïnvloed dat klaagster niet kon terugkeren in haar functie bij de gemeente R.

4 VERWEER

Het verweer luidt - zakelijk weergegeven - als volgt:

4.1 De taak van verweerster als feitenonderzoekster ving aan met een onderzoeksopdracht door het college van de gemeente R met de namen van personen, met wie een gesprek moest worden gehouden. De verantwoordelijkheid voor de kennisgeving van het onderzoek berust niet bij de feitenonderzoeker. De feitenonderzoeker is niet gehouden zelf de betrokkene in de gelegenheid te stellen tot het geven van een reactie. De gelegenheid voor een reactie kan ook door de opdrachtgever worden gegeven. Verweerster heeft het onderzoek uitgevoerd in de wetenschap dat haar cliënt in het kader van de voorbereiding van de besluitvorming aan klaagster de gelegenheid zou bieden om op het rapport met bijlagen te reageren. Die gelegenheid is klaagster in de (bestuursrechtelijke) zienswijzeprocedure, aldus voordat een definitief besluit werd genomen, ook geboden.

4.2 Het "Protocol feitenonderzoek", zoals het kantoor van verweerster dat hanteert, geldt als een leidraad voor feitenonderzoeken. Het spreekt voor zich dat de daarin genoemde uitgangspunten in de regel (moeten) worden gevolgd bij het opzetten en uitvoeren van dergelijke onderzoeken. Het Protocol heeft als zodanig echter niet het karakter van een algemeen verbindend voorschrift met als gevolg dat overtreding daarvan als vanzelf zonder meer tuchtrechtelijk laakbaar zou zijn. Het protocol heeft veeleer de strekking van een richtlijn waarnaar in de regel wordt gehandeld, maar waarvan onder omstandigheden ook (deels) kan worden afgeweken, indien daar gelet op de specifieke omstandigheden van de zaak aanleiding toe bestaat. Ze zijn de uitdrukking van de eisen die in de jurisprudentie in het algemeen aan een feitenonderzoek als het onderhavige worden gesteld en dienen om te waarborgen dat de belangen van degene(n) jegens wie het onderzoek is gericht, niet onevenredig worden geschaad.

4.3 Het gaat er in deze klachtzaak niet om of verweerster een overtreding van het Protocol kan worden verweten, maar of haar tuchtrechtelijk een verwijt treft. Het beweerdelijk en ten onrechte aan verweerster toegeschreven niet nakomen van een enkel voorschrift van het Protocol is daarvoor niet voldoende. Daarvoor zijn bijkomende omstandigheden vereist die klaagster niet heeft aangevoerd.

4.4 De klachten zijn volledig identiek aan de in het beroepschrift van 4 mei 2017 geformuleerde gronden van beroep. De rechtbank heeft geoordeeld dat het onderzoek met de juiste zorgvuldigheid en objectiviteit heeft plaatsgevonden.

5 BEOORDELING

5.1 Vaststaat dat de advocaten van het kantoor van verweerster regelmatig optreden in hoedanigheid van feitenonderzoeker. Het kantoor van verweerster heeft ten behoeve van de uitvoering van dergelijke onderzoeken het "*Protocol feitenonderzoek*" opgesteld. Het Protocol vermeldt onder meer het volgende : "*[Het kantoor] verricht het onderzoek*

namens het bevoegd gezag. Het dient zich dan ook te houden aan de eisen die in de Algemene wet bestuursrecht aan een bestuursorgaan worden gesteld waar het gaat om voorbereiding van de besluitvorming.” Vervolgens is een aantal uitgangspunten geformuleerd.

5.2 Verweerster heeft in haar verweer naar voren gebracht dat het Protocol als leidraad dient te worden gezien, waarvan onder omstandigheden (deels) kan worden afgeweken, indien daar gelet op de specifieke omstandigheden van de zaak aanleiding toe bestaat. Wat hiervan ook moge zijn, verweerster heeft in haar verweer en ook desgevraagd ter mondelinge behandeling geen specifieke omstandigheden aangevoerd die voor haar aanleiding waren om toepassing van het Protocol achterwege te laten. Verweerster heeft desgevraagd verklaard dat zij niet heeft stilgestaan bij toepassing van het Protocol en dat zij zich strikt heeft gehouden aan de opdracht van de gemeente R om de door de gemeente genoemde personen te horen en daarvan verslag te doen. Aldus staat vast dat er geen sprake was van specifieke omstandigheden die aanleiding of grond konden vormen om toepassing van het Protocol achterwege te laten, maar dat verweerster gewoonweg niet heeft stilgestaan bij het door haar kantoor zelf opgestelde Protocol en geen aandacht heeft besteed aan de toepassing van de uitgangspunten van dat Protocol.

5.3 Naar het oordeel van de raad had van verweerster als bekwaam en redelijk handelend feitenonderzoeker mogen worden verwacht dat het onderzoek zou worden ingericht met inachtneming van de in het Protocol vermelde uitgangspunten. De raad volgt verweerster niet in haar verweer dat zij ervan mocht uitgaan dat de opdrachtgever het onderzoek zou aankondigen en het doel daarvan zou weergeven. De uitgangspunten, zoals opgenomen in het Protocol, hebben betrekking op het inrichten van het onderzoek door de feitenonderzoeker en bieden alleen al daarom geen steun voor dit standpunt van verweerster. Voor zover daarbij aan de opdrachtgever wordt overgelaten om degene jegens wie het onderzoek zich richt te informeren over (het doel van) het onderzoek dient de onderzoeker zich ervan te vergewissen of de belanghebbende inderdaad is geïnformeerd overeenkomstig het Protocol.

5.4 De raad volgt verweerster evenmin in haar betoog dat hoor en wederhoor overeenkomstig het Protocol heeft plaatsgevonden. Klaagster is weliswaar in de gelegenheid gesteld haar zienswijze te geven op het voorgenomen besluit tot ontslag van de gemeente R, maar de strekking van het Protocol is dat degene tegen wie het onderzoek zich richt gedurende het onderzoek en derhalve voordat het rapport en advies aan de opdrachtgever wordt verstrekt, ook zelf mensen kan voordragen die gehoord zouden moeten worden en zich kan uitlaten over het verslag van de gehoorde personen. Klaagster is pas nadat het onderzoek is afgerond en het rapport aan de gemeente R is uitgebracht, geconfronteerd met de resultaten van het onderzoek. Aldus is niet gehandeld conform de in het Protocol vastgelegde uitgangspunten, waarin de belangen van klaagster zijn gewaarborgd. Hiervan valt verweerster tuchtrechtelijk een verwijt te maken.

5.5 Dat de rechtbank in haar uitspraak van 13 oktober 2017 heeft geoordeeld dat het feitenonderzoek met de vereiste zorgvuldigheid en objectiviteit heeft plaatsgevonden, maakt bovenstaande niet anders. De rechtbank heeft geoordeeld of in de procedure al dan niet gebruik mocht worden gemaakt van het door verweerster uitgevoerde feitenonderzoek en is daarbij tot het oordeel gekomen dat de gemeente R het rapport van

verweerster aan het bestreden besluit ten grondslag heeft mogen leggen. Dit nu betreft een andere beoordeling dan de tuchtrechtelijke toetsing of het een advocaat tuchtrechtelijk valt aan te rekenen dat deze een feitenonderzoek heeft uitgevoerd, zonder zich daarbij rekenschap te geven van de toepassing van de in het “Protocol feitenonderzoek” vastgelegde uitgangspunten.

5.6 Naar het oordeel van de raad valt verweerster tuchtrechtelijk aan te rekenen, dat zij zich, zoals zij ten overstaan van de raad heeft verklaard, niet bewust is geweest van de waarborgen waarmee een feitenonderzoek volgens het “Protocol feitenonderzoek” omgeven dient te zijn. Door hiermee in het geheel geen rekening te houden en niet te controleren of de uitgangspunten al dan niet door de opdrachtgever zijn uitgevoerd, heeft verweerster zich in haar hoedanigheid van feitenonderzoekster niet gedragen zoals van haar als redelijk bekwaam onderzoekster verwacht had mogen worden, waardoor klagster onevenredig in haar belangen is geschaad. De raad zal de klacht op grond van al het bovenstaande gegrond verklaren.

6 MAATREGEL

6.1 De raad acht de maatregel waarschuwing passend en geboden.

7 GRIFFIERECHT EN KOSTENVEROORDELING

7.1 Omdat de raad de klacht gegrond verklaart, moet verweerster op grond van artikel 46e, vijfde lid, Advocatenwet het door klagster betaalde griffierecht van € 50,- aan haar vergoeden.

7.2 Nu de raad een maatregel oplegt, zal de raad verweerster daarnaast op grond van artikel 48ac, eerste lid, Advocatenwet veroordelen in de volgende proceskosten:

- a) € 50,- reiskosten van klagster,
- b) € 750,- kosten van de Nederlandse Orde van Advocaten en
- c) € 500,- kosten van de Staat.

7.3 Verweerster moet het bedrag van € 50,- reiskosten binnen vier weken nadat deze beslissing onherroepelijk is geworden betalen aan klagster. Klagster geeft tijdig haar rekeningnummer schriftelijk aan verweerster door.

7.4 Verweerster moet het bedrag van € 750,- binnen vier weken nadat deze beslissing onherroepelijk is geworden, overmaken naar rekeningnummer IBAN:NL85 INGB 0000 079000, BIC:INGBNL2A, t.n.v. Nederlandse Orde van Advocaten, Den Haag, onder vermelding van “kostenveroordeling raad van discipline” en het zaaknummer.

7.5 Verweerster moet het bedrag van € 500,- binnen vier weken nadat deze beslissing onherroepelijk is geworden, overmaken naar rekeningnummer NL 05 INGB 0705 003981 t.n.v. Ministerie van Justitie en Veiligheid, onder vermelding van “Tuchtrechtelijke kostenveroordeling advocatuur, DGRR” 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 € 50,- aan klagster;

- veroordeelt verweerster tot betaling van de reiskosten van € 50,- aan klagster, op de manier en binnen de termijn als hiervóór bepaald in 7.3 ;
- veroordeelt verweerster tot betaling van de proceskosten van € 750,- aan de Nederlandse Orde van Advocaten, op de manier en binnen de termijn als hiervóór bepaald in 7.4;
- veroordeelt verweerster tot betaling van de proceskosten van € 500,- aan de Staat, op de manier en binnen de termijn als hiervóór bepaald in 7.5.

Aldus beslist door mr. P.H. Brandts, voorzitter, mrs. R.J.H. van den Dungen en A.L.W.G. Houtakkers, leden, bijgestaan door mr. I.J.M. Huysmans-van Opstal, als griffier en uitgesproken in het openbaar op 15 april 2019.

Griffier

Voorzitter