

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 180307

BESLISSING van 19 april 2019 in de zaak 180307

naar aanleiding van het hoger beroep van:
klaagster
tegen:
verweerster

1 HET GEDING IN EERSTE AANLEG

Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort 's-Hertogenbosch (verder: de raad) van 29 oktober 2018, gewezen onder nummer 18-396/DB/OB. Deze beslissing is op 29 oktober 2018 aan partijen toegezonden. De raad heeft de klacht in alle onderdelen ongegrond verklaard.

Deze beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:NL:TADRSHE:2018:146.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij klaagster van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 27 november 2018 per e-mail en op 29 november 2018 per post door de griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft verder kennisgenomen van:

- het dossier van eerste aanleg;
- de antwoordmemorie van 18 januari 2019 van de gemachtigde van verweerster.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld tijdens de openbare zitting van 25 februari 2019. Daarbij zijn verschenen klaagster met haar echtgenoot en verweerster, bijgestaan door mevrouw mr. D. Liem. Klaagster en mr. Liem hebben gepleit aan de hand van overgelegde pleitaantekeningen. Klaagster heeft daarbij één nieuwe bijlage overgelegd, waartegen verweerster geen bezwaar had.

3 KLACHT

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

1. over de rechtspositie van klaagster foutieve informatie heeft verstrekt, althans informatie waarvan zij behoorde te weten dat deze onjuist is;
2. in twee gesprekken zich rechtstreeks met klaagster in verbinding heeft gesteld terwijl klaagster toen werd bijgestaan door een advocaat;
3. haar gedragsregels heeft geschonden door dat zij haar cliënte op de hoogte heeft gesteld van de klacht van klaagster over haar optreden;
4. in haar verweer op de klacht van klaagster een onjuist beeld van klaagster heeft neergezet en haar ten onrechte heeft beschuldigd van bedreiging.

4 FEITEN

In hoger beroep zijn de volgende feiten komen vast te staan.

4.1 Klaagster was verwickeld in een arbeidsgeschil met haar werkgever, die werd bijgestaan door verweerster. Klaagster had zich op 13 november 2015 ziek gemeld. Op advies van de bedrijfsarts was een coachingstraject ingezet, dat niet succesvol was verlopen. De werkgever wenste vervolgens tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst te komen.

4.2 In de eerstejaarsevaluatie van 21 november 2016 heeft de bedrijfsarts als prognose vermeld: "Onduidelijk gezien het huidige beloop, maar zeker meerdere maanden."

4.3 Op 2 december 2016 heeft een bespreking plaatsgevonden waarbij aanwezig waren klaagster, die op dat moment nog niet werd bijgestaan door een advocaat, de leidinggevende van klaagster en verweerster. Tijdens de bespreking heeft verweerster aan klaagster voorgesteld om de arbeidsovereenkomst door middel van een vaststellingsovereenkomst te beëindigen. Klaagster heeft van deze bespreking een geluidsopname gemaakt. Tijdens de bespreking heeft verweerster onder meer gezegd: "(...) Geloof me, ik ben jurist en advocaat, ik weet 't beter dan 't UWV, u moet voor 1 april beter zijn. En (...) gelet op wat de bedrijfsarts laatst heeft gezegd, gaat dat gewoon lukken. (...)

Nee hoor, 't gaat erom of u op datum uitdiensttreding beschikbaar bent voor de arbeidsmarkt, dat is de vraag waar 't om draait. (...)

Ik denk dat u dan beter bent. Ik heb gecalculeerd, we zijn dan 3,5 maand verder en met de vooruitzichten die de bedrijfsarts heeft gesteld dan bent u dan beter en zouden we nu een overeenkomst kunnen sluiten. Kijk een andere weg is dat we een verzoekschrift gaan indienen bij de rechtbank. (...) uhm, ja, want voor een verstoorde arbeidsrelatie dan wordt 't opzegverbod opzij gezet, dus dat, ja."

4.4 Eveneens op 2 december 2016 heeft de leidinggevende van klaagster telefonisch contact opgenomen met de bedrijfsarts. De telefoonnotitie van de bedrijfsarts luidt: "Tel van [de leidinggevende].

Wil Transitie voorstel doen. Onmin met werkleider. Inmiddels ook onmin met [de leidinggevende].

BA: Wel een beetje onhandig van de LG om dit nu op te tuigen gezien de ondermijning van psycho-mentale belastbaarheid.

Beperkingen zoals verwoord zijn inderdaad nu deels fysiek en deels psycho-mentaal. Werkt nu 6 uur per dag. Kwaliteit van werk is volgens LG wel goed."

4.5 Op 5 december 2016 heeft verweerster ter bevestiging van hetgeen op 2 december 2016 was besproken aan klaagster een e-mail gestuurd. In het e-mailbericht schrijft verweerster dat het voor het behoud van de uitkering van klaagster van belang is dat zij op het moment van de einddatum beschikbaar is voor de arbeidsmarkt. Daarom heeft de werkgever nogmaals contact opgenomen met de bedrijfsarts, die heeft aangegeven dat 1 april 2017 een meer dan redelijke en haalbare termijn zou zijn voor herstel, zodat de werkgever in het kader van een beëindigingsregeling wilde vasthouden aan 1 april 2017 als einddatum van het dienstverband, aldus verweerster in haar e-mail. Verweerster heeft aan klaagster medegedeeld dat de werkgever bereid was om een vergoeding van € 22.500,-- bruto aan klaagster te voldoen en dat klaagster met een dergelijke overeenkomst aanspraak zou houden op de door haar opgebouwde WW-rechten. Voorts heeft verweerster klaagster geadviseerd om het voorstel met een juridisch adviseur te bespreken. Verweerster heeft klaagster bericht dat de werkgever bereid was om als het tot een minnelijke regeling zou komen, de kosten van een juridisch

adviseur te vergoeden tot een bedrag van maximaal € 500,-- exclusief BTW. Als bijlage bij de e-mail was een concept vaststellingsovereenkomst gevoegd.

4.6 Op 7 december 2016 heeft de bedrijfsarts in een periodieke evaluatie geschreven: "8 december zal betrokkene op vakantie gaan gedurende 1 week. Ik zie hiertegen geen medische bezwaren. De volledige arbeidsongeschiktheid van gisteren en vandaag vind ik reëel. Ik adviseer dat betrokkene na haar vakantieverlof weer hervat voor 6 uur per dag in het eigen werk. Tegelijkertijd adviseer ik samen een opbouwschema te maken waarbij het doel is dat betrokkene binnen een periode van 8 weken volledig hervat is in de eigen uren en taken.(...) Prognose: Over 9 weken volledige werkhervatting in de eigen uren en taken. Ik denk niet dat alle beperkingen dan zullen zijn verdwenen."

4.7 Op of kort na 7 december 2016 is klaagster voor langere tijd in het ziekenhuis opgenomen. Eind december 2016 heeft zij een advocaat ingeschakeld.

4.8 Op 19 januari 2017 heeft de bedrijfsarts geadviseerd de re-integratie activiteiten te staken en klaagster per 20 januari 2017 als volledig arbeidsongeschikt te beschouwen.

4.9 Op 18 juli 2017 heeft klaagster zelf telefonisch contact opgenomen met verweerster. Verweerster was op dat moment met de auto onderweg naar haar vakantieadres. Een inhoudelijk gesprek heeft niet plaatsgevonden. Op 10 augustus 2017 heeft klaagster wederom telefonisch contact opgenomen met verweerster. Klaagster heeft aan verweerster medegedeeld dat zij verweerster wilde spreken over haar functioneren als advocaat en dat zij voornemens was om tegen verweerster een klacht in te dienen bij de deken. Klaagster heeft van beide telefoongesprekken een geluidsopname gemaakt. Bij e-mailbericht d.d. 11 augustus 2017 heeft de advocaat van klaagster aan klaagster medegedeeld dat verweerster hem had bericht over het telefonisch contact dat op initiatief van klaagster had plaatsgevonden. Klaagsters advocaat heeft klaagster verzocht om in het vervolg geen rechtsreeks contact meer op te nemen met verweerster, omdat dit op grond van de gedragsregels niet is toegestaan.

4.10 Bij brief d.d. 15 augustus 2017 heeft klaagster bij de deken een klacht ingediend tegen verweerster. Bij brief d.d. 28 september 2017 heeft verweerster haar verweer tegen de klacht aan de deken toegestuurd. In deze brief heeft verweerster onder meer het volgende geschreven:

"(...) Het gesprek ging louter over mijn functioneren, waarbij de uitlatingen aan mijn adres buitengewoon onplezierig waren. (...) In het tweede telefoongesprek heeft klaagster tegen mij gezegd dat ik mijn eigen cliënte niet mocht informeren over de klacht, bij gebreke waarvan het nog slechter met mij zou aflopen. (...)"

4.11 In oktober 2017 heeft verweerster haar cliënt geïnformeerd over het feit dat klaagster een klacht tegen haar had ingediend. Verweerster heeft de behandeling van de zaak overgedragen aan een kantoorgenoot.

5 BEOORDELING

5.1 De raad heeft alle klachtonderdelen ongegrond verklaard.

Ten aanzien van klachtonderdeel 1 heeft de raad overwogen dat verweerster in het gesprek op 2 december 2016 en in de e-mail van 5 december 20156 aan klaagster geen informatie heeft verstrekt waarvan zij de onjuistheid kende of kon kennen. Verweerster heeft aldus de grenzen van de aan haar toekomende vrijheid niet overschreden, aldus de raad.

Hoewel verweerster, door klaagster op 18 juli 2017 en 10 augustus 2017 te woord te staan, in strijd heeft gehandeld met de letter van Gedragsregel 18 (nu Regel 25) achtte de raad dat niet tuchtrechtelijk verwijtbaar nu het initiatief uitging van klaagster, klaagster duidelijk te kennen had gegeven dat zij enkel het functioneren van verweerster wilde bespreken, klaagster in het tweede gesprek aankondigde een klacht tegen verweerster

in te dienen, verweerster van het contact melding heeft gemaakt bij klaagsters advocaat en niet is gebleken dat klaagster in haar belangen is geschaad doordat verweerster haar te woord heeft gestaan.

Met betrekking tot klachtonderdeel 3 overwoog de raad dat verweerster gezien de dossieroverdracht niet anders kon dan haar cliënt op de hoogte stellen van de tegen haar ingediende klacht. Over het laatste klachtonderdeel overwoog de raad dat het verweerster vrij staat om in haar verweer tegen de klacht haar visie te geven, dat zij bij brief van 29 november 2017 aan de deken duidelijk heeft gemaakt dat klaagster dit niet letterlijk zo heeft gezegd en dat verweerster zich aldus niet op ontoelaatbare wijze over klaagster heeft uitgelaten, ook al kan klaagster zich daarin niet vinden.

5.2 In haar beroepschrift heeft klaagster bezwaren naar voren gebracht tegen de ongegrondverklaring van alle klachtonderdelen. De onjuiste informatie die verweerster haar heeft gegeven was de mededeling dat klaagster geen risico liep door een vaststellingsovereenkomst te tekenen, en dat een opzegverbod bij een verstoorde arbeidsrelatie opzij wordt gezet (1). Nu verweerster Gedragsregel 18 heeft overtreden is onduidelijk waarom er schade bij klaagster bewezen zou moeten worden (2). De cliënt van verweerster was niet pas in oktober 2017 maar al half augustus 2017 ervan op de hoogte dat klaagster een klacht zou gaan indienen (3). Verweerster heeft zich met de door haar in haar verweer gebruikte woorden, die als een bedreiging zijn te kwalificeren, op ontoelaatbare wijze over klaagster uitgelaten (4).

5.3 De gemachtigde van verweerster heeft een verweerschrift ingediend. Op de inhoud daarvan zal het hof in het navolgende ingaan.

5.4 Het hof overweegt als volgt.

De raad heeft met juistheid voorop gesteld dat het hier een klacht tegen de advocaat van de wederpartij betreft en dat de maatstaf waaraan deze klacht wordt getoetst, inhoudt dat de advocaat van de wederpartij 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 wegen 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.

Klachtonderdeel 1

5.5 In de e-mail van 5 december 2016, zoals weergegeven in r.o. 4.5, heeft verweerster aan klaagster de inhoud van het gesprek op 2 december 2016 bevestigd en aangegeven dat haar cliënt wegens een verstoorde arbeidsrelatie tot een beëindiging daarvan met wederzijds goedvinden wil komen per 1 april 2017. Klaagster heeft gesteld dat de e-mail geen correcte weergave is van het gesprek op 2 december 2016, maar dat is naar het oordeel van het hof niet komen vast te staan. De inhoud van de e-mail wijkt in essentie niet af van de uitgeschreven delen van het door klaagster opgenomen gesprek van 2 december 2016. Bovendien heeft de advocaat van klaagster, die zij eind december

2016 heeft ingeschakeld, niet aan verweerster laten weten dat de e-mail van 5 december 2016 niet zou stroken met hetgeen op 2 december 2016 besproken is.

5.6 In het gesprek op 2 december 2016 heeft verweerster namens haar cliënt het standpunt ingenomen dat zij op grond van de vooruitzichten die de bedrijfsarts heeft gegeven denkt dat klaagster op 1 april 2017 beter is. Zij is daarbij, zoals zij heeft gesteld, uitgegaan van de informatie die haar cliënt aan haar heeft gegeven omtrent eerdere contacten tussen haar cliënt als werkgever en de bedrijfsarts. Verweerster mocht op de juistheid van deze mededelingen van haar cliënt afgaan. Om dit nogmaals te verifiëren heeft haar cliënt na het gesprek van 2 december 2016 opnieuw gebeld met de bedrijfsarts, met welk gesprek verweerster heeft meegeluisterd. Volgens verweerster was de strekking van dit gesprek dat herstel van klaagster vóór 1 april 2017 meer dan reëel was. Dat is in overeenstemming met het bericht van de bedrijfsarts op 7 december 2016: “Over 9 weken volledige werkhervatting in de eigen uren en taken.”

Gelet op deze gang van zaken is niet komen vast te staan dat verweerster over het moment dat klaagster naar verwachting beter zou zijn, op 2 december 2016 mededelingen heeft gedaan waarvan zij de onjuistheid kende of redelijkerwijs kon kennen. Dat klaagster kort nadien toch volledig is uitgevallen doet daaraan niet af.

5.7 Het verwijt dat verweerster op 2 december 2016 heeft gezegd dat het ontslagverbod in geval van een verstoorde arbeidsrelatie opzij “wordt” gezet in plaats van “een opzegverbod hoeft niet aan ontbinding in de weg te staan”, leidt niet tot het oordeel dat dit een tuchtrechtelijk verwijtbare onjuiste mededeling is. Verweerster was de advocaat van haar cliënt, niet van klaagster, en mocht het juridische standpunt van haar cliënt zonder bezwaar aldus verwoorden.

Klachtonderdeel 1 is terecht ongegrond verklaard.

Klachtonderdeel 2

5.8 Het hof verwijst naar de overwegingen in r.o. 5.6 van de beslissing van de raad, die door het hof worden overgenomen. Het onderzoek in hoger beroep heeft op dit punt niet geleid tot andere beschouwingen en gevolgtrekkingen dan die vervat in de beslissing van de raad.

Klachtonderdeel 3

5.9 Het hof stelt voorop dat verweerster tegenover klaagster, haar wederpartij, geen geheimhoudingsplicht had. Daarentegen was zij juist wel gehouden om haar cliënt volledig te informeren over alle voor zijn zaak van belang zijnde aspecten. Verweerster was aldus ten volle gerechtigd haar cliënt, op een door haar geschikt geacht moment, over de beide telefoongesprekken in te lichten. Het is niet gebleken dat daardoor de belangen van klaagster zonder redelijk doel onnodig of onevenredig zijn geschaad. De raad heeft dit klachtonderdeel terecht ongegrond verklaard.

Klachtonderdeel 4

5.10 Het hof verwijst naar de overwegingen in r.o. 5.8 van de beslissing van de raad, die door het hof worden overgenomen. Het onderzoek in hoger beroep heeft op dit punt niet geleid tot andere beschouwingen en gevolgtrekkingen dan die vervat in de beslissing van de raad. Het hof voegt daaraan toe dat verweerster tot twee maal toe (ter zitting van de raad en ter zitting van het hof) excuses aan klaagster heeft aangeboden.

5.11 Nu de grieven falen en alle klachtonderdelen terecht ongegrond zijn verklaard zal de beslissing van de raad worden bekrachtigd.

BESLISSING

Het Hof van Discipline:

- bekrachtigt de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort 's-Hertogenbosch van 29 oktober 2018, gewezen onder nummer 18-396/DB/OB.

Aldus gewezen door mr. T. Zuidema, voorzitter, en mrs. P.M.A. de Groot-van Dijken en R.H. Broekhuijsen, leden, in tegenwoordigheid van mr. M. Bijleveld, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 19 april 2019.