

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 180215

BESLISSING van 25 januari 2019 in de zaak 180215

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

1 HET GEDING IN EERSTE AANLEG

Het hof verwijst naar de beslissing van 16 juli 2018 van de Raad van Discipline in het ressort 's-Hertogenbosch (verder: de raad), gewezen onder nummer 18-048/DB/OB, aan partijen toegezonden op 16 juli 2018. In deze beslissing zijn de klachtonderdelen 1 en 3 van klaagster tegen verweerster gegrond verklaard en is klachtonderdeel 2 on-gegrond verklaard. Aan verweerster is de maatregel van waarschuwing opgelegd. Tevens is verweerster veroordeeld tot betaling aan klaagster van zowel het griffierecht van € 50,- als de reiskosten van klaagster van € 50,-. Voorts is verweerster veroordeeld tot betaling van de proceskosten van € 1.000,- aan de Nederlandse Orde van Advocaten. De beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:NL:TADRSH:2018:104.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij klaagster van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 13 augustus 2018 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 De memorie waarbij verweerster van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 15 augustus 2018 ter griffie van het hof ontvangen.

2.3 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- de antwoordmemorie van klaagster van 13 september 2018, die op 14 september 2018 ter griffie van het hof is ontvangen;
- de antwoordmemorie van verweerster van 21 september 2018, die op 24 september 2018 ter griffie van het hof is ontvangen;
- de nadere stukken van verweerster van 2 oktober 2018, ingekomen ter griffie van het hof op 3 oktober 2018;
- de nadere stukken van klaagster van 12 november 2018, ingekomen ter griffie van het hof op 14 november 2018.

2.4 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 26 november 2018, waar klaagster en verweerster zijn verschenen, klaagster bijgestaan door haar echtgenoot [naam echtgenoot] en verweerster bijgestaan door mr. I. Schouwink te Breda. Mr. Schouwink heeft gepleit aan de hand van een aan het hof overgelegde pleitnota.

3 KLACHT

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

1. klaagster onvolledige en onjuiste informatie heeft gegeven over haar rechtspositie en dat zij klaagster voorts het onjuiste advies heeft gegeven een vaststellingsovereenkomst te ondertekenen;
2. klaagster heeft geadviseerd zich beter te melden terwijl ze nog ziek was en dan een WW-uitkering aan te vragen zonder daarbij kenbaar te maken dat klaagster daarmee illegaal handelde;
3. al vanaf het eerste gesprek met klaagster ervan is uitgegaan dat klaagster arbeidsgeschikt was, terwijl zij kon en moest weten dat de bedrijfsarts klaagster ten tijde van het adviesgesprek op 18 november 2015 arbeidsongeschikt verklaard had.

4 FEITEN

Voor zover in hoger beroep van belang is het volgende komen vast te staan:

4.1 Klaagster was als docente Spaans verbonden aan een scholengemeenschap. Nadat de directeur van deze scholengemeenschap afwijzend had gereageerd op haar verzoek onderzoek te doen naar pesten door collega's jegens haar met de zin: "Pesten acht ik uitgesloten en valt niet onder professionele verhoudingen", heeft zij zich op 21 september 2015 ziek gemeld. De bedrijfsarts achtte klaagster op 30 september 2015 arbeidsgeschikt. Klaagster was het niet eens met het oordeel van de bedrijfsarts en heeft verzocht dat oordeel te herzien. Op 11 november 2015 heeft de bedrijfsarts klaagster alsnog onafgebroken arbeidsongeschikt geacht vanaf 21 september 2015.

4.2 Mr. L, verweersters kantoorgenoot, tot wie klaagster zich aanvankelijk wendde, heeft klaagster verwezen naar verweerster omdat hij constateerde dat sprake was van een arbeidsgeschil en hij als letselschadeadvocaat geen arbeidsrechtelijke zaken behandelde, maar verweerster wel.

4.3 Op 22 oktober 2015 heeft op het kantoor van verweerster een bespreking plaatsgevonden tussen klaagster en verweerster. Op 2 november 2015 heeft klaagsters toenmalige werkgever een concept vaststellingsovereenkomst opgesteld. Klaagster en verweerster hebben vervolgens gecorrespondeerd over de verdere aanpak van de zaak. Op 18 november 2015 heeft opnieuw een bespreking plaatsgevonden tussen klaagster en verweerster. Tijdens deze bespreking heeft klaagster aan verweerster medegedeeld dat de bedrijfsarts haar alsnog arbeidsongeschikt had verklaard. Verweerster heeft op 19 november 2015 aan klaagster een voor de toenmalig werkgever bedoelde conceptbrief toegestuurd. De conceptbrief luidde:

" Naar aanleiding van onze correspondentie heb ik contact opgenomen met cliënte. Mevrouw heeft nog steeds grote moeite te accepteren dat de school uiteindelijk geen onderzoek gedaan heeft naar haar klachten.

Alle zaken op een rij zettend komen we echter tot de conclusie dat uw aanbod om de arbeidsovereenkomst in der minne te beëindigen de minst slechte optie is. Graag zie ik dan ook een conceptovereenkomst tegemoet, waarbij u de aanspraken op wachtgeld omschrijft, en waarbij rekening gehouden wordt met de fictieve opzegtermijn. Ik ga ervan uit dat cliënte niet opgeroepen zal worden voor het verrichten van haar werkzaamheden. Vooralsnog staat zij ziek gemeld, maar in het kader van de overeenkomst is zij bereid zich t.z.t. arbeidsgeschikt te melden.

Tevens verzoek ik u om een bijdrage in de kosten van rechtsbijstand. Zou u tevens willen onderzoeken of er een mogelijkheid is om op kosten van de werkgever een beroepskeuzetest te doen, outplacement of scholing."

4.4 Klaagster heeft ingestemd met het zenden van de hiervoor geciteerde conceptbrief aan de werkgever, waarna in het kader van de beëindiging van het dienstverband een vaststellingsovereenkomst is gesloten, klaagster zich heeft beter gemeld en het dienstverband is beëindigd.

5 BEOORDELING

5.1 De raad heeft in de bestreden beslissing terecht overwogen dat de klacht betrekking heeft op de kwaliteit van de dienstverlening van verweerster en dat de tuchtrechter mede tot taak heeft de kwaliteit van de dienstverlening aan een cliënt te beoordelen indien deze daarover klaagt, maar dat de tuchtrechter rekening heeft te houden met de vrijheid die de advocaat heeft met betrekking tot de wijze waarop hij een zaak behandelt en met de keuzes – zoals over procesrisico en kostenrisico – waarvoor de advocaat bij de behandeling van de zaak kan komen te staan. Voorts heeft de raad overwogen dat de vrijheid van de advocaat niet onbeperkt is, maar wordt begrensd door de eisen die aan de advocaat als opdrachtnemer in de uitvoering van die opdracht mogen worden gesteld en die met zich brengen dat zijn werk dient te voldoen aan datgene wat binnen de beroepsgroep als professionele standaard geldt. Tot die professionele standaard behoren het inschatten van de slagingskans van een aanhangig te maken procedure en het informeren van de cliënt daarover. De cliënt dient door de advocaat te worden gewezen op de proceskansen en het kosten risico in zijn zaak. Voorts dienen processtukken te voldoen aan de redelijkerwijs daaraan te stellen eisen. Evenals de raad zal het hof de klacht aan de hand van deze maatstaven beoordelen.

5.2 Het hoger beroep van klaagster richt zich tegen de ongegrondverklaring van klachtonderdeel 2, het hoger beroep van verweerster richt zich tegen de gegrondverklaring van de klachtonderdelen 1 en 3.

5.3 Verweerster stelt in haar beroepschrift dat de raad de door klaagster bij de deken ingediende klacht verkeerd heeft uitgelegd en dat klaagster met haar klacht heeft bedoeld dat verweerster een onjuist en onvolledig advies heeft gegeven, omdat zij niet van begin af aan de arbeidsongeschiktheid van klaagsters als uitgangspunt nam, de school niet aansprakelijk wilde stellen en een illegale route voorstelde.

5.4 Voor zover verweerster hiermee beoogt dat het hof de klacht zal beoordelen aan de hand van het door verweerster in haar beroepschrift onder 5 gestelde, zal het hof daaraan niet voldoen. Ter zitting van de raad heeft de voorzitter de klacht van klaagster geformuleerd zoals hiervoor onder 3 weergegeven. Partijen hebben zich bij de raad akkoord verklaard met deze formulering van deze klacht, zodat – volgens vaste rechtspraak van dit hof – daarmee de klachtomschrijving vast staat en in hoger beroep niet meer kan worden gewijzigd. De raad heeft de klacht vervolgens juist uitgelegd en deze uitleg heeft in redelijkheid ook aan verweerster duidelijk moeten zijn. Ook de stelling van verweerster dat de raad geen toepassing heeft gegeven aan artikel 46 d lid 6 Advocatenwet, althans dat niet op juiste wijze heeft gedaan, gaat in dit verband niet op.

5.5 Met betrekking tot klachtonderdeel 1 heeft de raad overwogen dat niet is gebleken dat verweerster na de bespreking op 18 november 2015 schriftelijk aan klaagster een (herzien) advies heeft uitgebracht nadat haar tijdens die bespreking was gebleken dat klaagster alsnog door de bedrijfsarts sinds 21 september 2015 onafgebroken arbeidsongeschikt werd geacht. In haar beroepschrift stelt verweerster dat zij de definitie arbeidsgeschiktheid/ongeschiktheid bekeek vanuit juridisch perspectief: als een werkneemster arbeidsgeschikt is, moet ze werken omdat anders maatregelen worden genomen en zich snel een juridische strijd aandient als de werkneemster niet in staat is het werk te hervatten. Als een werkneemster arbeidsongeschikt is, moeten vroeg of laat re-integratie stappen worden gezet. Omdat klaagster niet terug wilde naar haar werk-

omgeving als alle betrokkenen bij het ontstane probleem daar zouden blijven werken en niet wilde re-integreren bij de werkgeefster, maar wel elders aan de slag wilde, zij het niet via een langdurig traject waarbij de werkgeefster was betrokken, was de uitkomst van een beëindigingsovereenkomst met voor klaagster behoud van wachtgeld, de minst slechte oplossing, zowel in geval van arbeidsgeschiktheid als van arbeidsongeschiktheid. Om die reden is de klacht dat verweerster klaagster onvolledige en onjuiste informatie heeft gegeven over haar rechtspositie en dat zij klaagster het onjuiste advies heeft gegeven een vaststellingsovereenkomst te ondertekenen, ongegrond, aldus verweerster.

5.6 Klaagster stelt dat zij akkoord is gegaan met beëindiging van de arbeidsovereenkomst omdat verweerster haar ook nog tijdens het gesprek op 18 november 2015 heeft voorgehouden dat de werkgever de arbeidsovereenkomst via de rechter zou laten ontbinden, dat dit heel snel zou gebeuren en klaagster geen tijd zou hebben om tegen de school te procederen, terwijl verweerster wist dat klaagster ziek was en geen ontbinding van de arbeidsovereenkomst wilde maar behandeling van haar klacht.

5.7 Het hof overweegt als volgt. Uit de conceptbrief die verweerster vóór verzending aan de wederpartij eerst ter goedkeuring op 19 november 2015 aan klaagster zond, blijkt dat verweerster in ieder geval op het moment van het schrijven van het concept ervan op de hoogte was dat de arbeidsgeschikt verklaring van klaagster van 30 september 2015 door de bedrijfsarts ongedaan was gemaakt en dat klaagster op dat moment nog steeds arbeidsongeschikt was. Verweerster schrijft immers dat klaagster vooralsnog ziek gemeld stond maar dat zij zich te zijner tijd in het kader van een overeenkomst arbeidsgeschikt wilde melden. Uit de overgelegde correspondentie en het over en weer gestelde blijkt dat verweerster in haar advisering tot 18 november 2015 uitging van arbeidsgeschiktheid van klaagster vanaf 30 september 2015, dat verweerster klaagster heeft voorgehouden wat de consequenties voor haar zouden kunnen zijn indien zij niet bereid was terug te keren naar haar werkgever en dat zij, daarvan uitgaande, met klaagster heeft besproken te komen tot een regeling in der minne die tot beëindiging van het dienstverband leidde. Op 18 november 2015, toen bleek dat klaagster wel (vanaf 21 september 2015) arbeidsongeschikt was en – zoals uit de conceptbrief van 19 november 2015 blijkt – klaagster nog steeds ontevreden was over de wijze waarop de werkgeefster met haar klacht was omgegaan, had het op de weg van verweerster gelegen om klaagster niet alleen de conceptbrief voor de werkgeefster ter goedkeuring te zenden, maar tevens een schriftelijk advies over de - in het geval van de gebleken arbeidsongeschiktheid - bestaande opties en waarom zij vond dat, ook in dat geval, een beëindigingsovereenkomst op korte termijn nog steeds de beste optie was. De eerder door verweerster jegens klaagster genoemde mogelijkheid dat, omdat klaagster zonder goede reden niet op haar werk was verschenen, door de werkgever op zeer korte termijn tot het indienen van een verzoekschrift tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst zou worden overgegaan, was, na de gewijzigde beslissing van de bedrijfsarts, immers in een ander licht komen te staan. Van verweerster had in het licht daarvan meer verwacht mogen worden dan zij heeft gedaan, zodat klaagster op basis van een afgewogen advies had kunnen kiezen voor het al dan niet verzenden van de conceptbrief. Hieraan doet niet af dat verweerster tijdens het eerdere overleg met klaagster mogelijk de (al dan niet juiste) indruk heeft gekregen dat ook re-integratie na arbeidsongeschiktheid voor klaagster niet acceptabel zou zijn. Verweerster had de rechtspositie van klaagster, uitgaande van haar arbeidsongeschiktheid, uitdrukkelijk met haar moeten bespreken en zo nodig, ter vermindering van onduidelijkheid omtrent een zodanig belangrijke beslissing, schriftelijk moeten bevestigen. Verweerster heeft dit nagelaten en zodoende tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld. Dat betekent dat de grief tegen de ge-

grondverklaring door de raad van klachtonderdeel 1 faalt en dat de bestreden beslissing op dit punt zal worden bekrachtigd.

5.8 Anders dan de raad acht het hof klachtonderdeel 3 ongegrond. Uit de brief van 19 november 2015 blijkt dat verweerster vanaf 18 november 2015 wist dat klaagster sedert haar ziekmelding op 21 september 2015 arbeidsongeschikt was. Gesteld noch gebleken is dat verweerster dat voor 18 november 2015 wist, zodat verweerster in de periode vanaf het eerste gesprek met klaagster waarin klaagster al door de bedrijfsarts arbeidsgeschikt was verklaard tot 18 november 2015, haar advisering daarop heeft afgestemd en niet klachtwaardig heeft gehandeld. Dat was pas aan de orde vanaf 18 november 2018, zoals overwogen met betrekking tot klachtonderdeel 1. Gegrondverklaring van klachtonderdeel 1 betekent echter niet dat daarmee ook klachtonderdeel 3 gegrond is. De beslissing van de raad met betrekking tot klachtonderdeel 3 zal worden vernietigd. Klachtonderdeel 3 zal alsnog ongegrond worden verklaard.

5.9 Met betrekking tot klachtonderdeel 2 heeft de raad overwogen dat niet is gebleken dat verweerster illegaal heeft gehandeld in haar advisering. Klaagster stelt in haar beroepschrift dat zij op een feestje in gesprek raakte met een keuringsarts werkzaam bij UWV en dat deze had laten weten dat verweerster haar onjuist had voorgelicht en geadviseerd. Vervolgens heeft klaagster zich tot het UWV gewend en heeft zij zich met terugwerkende kracht per 21 september 2015 ziek gemeld. Het UWV heeft vervolgens de uitkering die klaagster genoot stopgezet en omgezet in een ziektebewaaring, aldus nog steeds klaagster. Klaagster stelt dat verweerster haar heeft geadviseerd bedrog te plegen door, terwijl zij door de bedrijfsarts arbeidsongeschikt was verklaard, zich beter te melden en een WW-uitkering aan te vragen. Verweerster heeft het door klaagster gestelde gemotiveerd bestreden.

5.10 Het hof is van oordeel dat de raad op juiste grond de klacht ongegrond heeft verklaard. Verweerster heeft het hof voldoende duidelijk gemaakt dat het door haar gegeven advies in dergelijke situaties niet ongebruikelijk is, vaak juist gericht op het wegnemen van een psychische oorzaak van arbeidsongeschiktheid. In de gegeven omstandigheden kan niet worden geoordeeld dat verweerster in haar advisering tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld. Het hoger beroep van klaagster tegen de ongegrond verklaring van klachtonderdeel 2 faalt. De beslissing van de raad op dit punt zal worden bekrachtigd.

5.11 De conclusie van het voorgaande is dat de beslissing van de raad zal worden vernietigd voor zover klachtonderdeel 3 gegrond is verklaard. Voor het overige zal de beslissing van de raad worden bekrachtigd. De gegrondverklaring van klachtonderdeel 1 rechtvaardigt de oplegging van een maatregel. Het hof acht de maatregel van waarschuwing, anders dan verweerster stelt, niet te zwaar voor het tuchtrechtelijk verwijt dat verweerster wordt gemaakt. De door de raad opgelegde maatregel zal dan ook worden bekrachtigd.

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

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

- a) € 50,- reiskosten aan klaagster;
- b) € 1.000,- kosten van de Nederlandse Orde van Advocaten.

5.14 Verweerster 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 verweerster.

5.15 Verweerster 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:

- vernietigt de beslissing van 16 juli 2018 van de Raad van Discipline in het ressort 's-Hertogenbosch genomen onder nummer 18-048/DB/OB voor zover daarin klachtonderdeel 3 gegrond is verklaard en in zoverre opnieuw rechtdoende:
- verklaart klachtonderdeel 3 alsnog ongegrond;
- bekrachtigt voornoemde beslissing voor het overige;
- veroordeelt verweerster tot betaling van het griffierecht van € 50,- aan klagster;
- veroordeelt verweerster tot betaling van de reiskosten in hoger beroep van € 50,- aan klagster, op de manier en binnen de termijn zoals hiervóór bepaald;
- veroordeelt verweerster tot betaling van de proceskosten in hoger beroep van € 1.000,- 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. G.J. Visser, A.A.H. Zegers, J.M. Rowel-van der Linde en J.M. Atema, leden, in tegenwoordigheid van mr. V.H. Wagner, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 25 januari 2019.
griffier voorzitter

De beslissing is verzonden op 25 januari 2019.