

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 180202

BESLISSING

van 11 januari 2019

in de zaak 180202

naar aanleiding van het hoger beroep van:

verweerder

tegen:

klager

1 HET GEDING IN EERSTE AANLEG

1.1 Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Den Haag (verder: de raad) van 2 juli 2018, onder nummer 17-943/DH/DH, aan partijen toegezonden op 2 juli 2018, waarbij de klacht van klager tegen verweerder gegrond is verklaard, aan verweerder de maatregel van waarschuwing is opgelegd en verweerder is veroordeeld in de proceskosten.

1.2 De beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI: ECLI:NL:TADRS-GR:2018:146

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij verweerder van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 27 juli 2018 ter griffie van het hof ontvangen. Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- antwoordmemorie van klager van 10 september 2018.

2.2 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 2 november 2018, waar verweerder en klager zijn verschenen.

3 KLACHT

3.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet. Klager verwijt verweerder, kort en zakelijk weergegeven, dat hij onvoldoende voortvarend heeft opgetreden in het geschil tussen klager en zijn werkgever.

3.2 Volgens klager is veel tijd verloren gegaan door tevergeefs te corresponderen met (de gemachtigde van) de werkgever. Klager heeft bij herhaling gevraagd aan verweerder om een kort geding aan te spannen. Klager stelt dat hij veel tijd en geld is verloren, omdat verweerder niet voortvarend heeft gehandeld in het geschil met de werkgever. Klager wenst vergoeding van schade door verweerder.

4 FEITEN

Het volgende is komen vast te staan:

4.1 Op 12 september 2016 heeft klager verweerder verzocht om bijstand in een geschil met zijn werkgever.

4.2 Op 16 september 2016 heeft verweerder de werkgever een brief gestuurd, waarin hij verzoekt om, zakelijk weergegeven, betaling van achterstallig salaris binnen vijf werkdagen.

4.3 Naar aanleiding van het verzoek tot betaling van salaris heeft de werkgever telefonisch contact gezocht met verweerder. Verweerder heeft het telefoongesprek op 27 september 2016 per e-mail bevestigd aan de werkgever met klager in cc. Verweerder heeft in de e-mail geschreven dat de werkgever klager beschuldigt van ongeoorloofde kasopnames van € 17.500,- en dat de werkgever voornemens is om aangifte te doen tegen klager. Verweerder heeft de werkgever gevraagd om de beschuldiging op schrift te stellen, zodat hij deze met klager zou kunnen bespreken. De werkgever heeft niet aan het verzoek voldaan en verweerder heeft hem meegedeeld dat hij daarom twijfelt of de beschuldiging wel terecht is. Verweerder heeft de werkgever tot slot gesommeerd om ook het inmiddels verschuldigde salaris over de maand september 2016 aan klager te voldoen. Verweerder heeft erop gewezen dat klager weer voor de werkgever aan het werk zal gaan als al het achterstallige salaris is voldaan.

4.4 De werkgever heeft op 27 september 2016 als volgt gereageerd:

“(…) Ten eerste wil ik u aangeven dat ik nog steeds een uitleg van uw client nodig heeft betreft uitgaves van uit de kas.

Ten tweede u geeft aan dat [klager] nog steeds indienst is. Hij komt niet op zijn werk, terwijl ik diverse malen hem als zijn werkgever probeer telefonisch te benaderen toch geeft hij geen gehoor. Wij willen met [klager] verder in zee daarom proberen wij met hem contact te zoeken. Hij is al een tijdje zonder gehoor niet op zijn werk komen opdagen.

Ten derde mijn boekhouder is nu aan het onderzoeken, wij willen graag de uitleg van [klager] willen hebben zodat wij onwillige beslissingen gaan nemen.

Wij zijn bereid zijn onbetaalde salarissen te betalen. Echter hebben wij informatie van hem nodig, omdat hij kas beheerde. Daardoor verzoeken wij dat hij zijn werk gaat voortzetten. (…)”

4.5 Bij e-mail van 28 september 2016 heeft verweerder de werkgever laten weten dat klager bereid is uitleg te geven over zijn kasbeheer en dat klager bereid is zijn werkzaamheden te hervatten op 4 oktober 2016 op de voorwaarde dat het achterstallige salaris op 3 oktober 2016 is bijgeschreven op de bankrekening van klager.

4.6 In een e-mail van 3 oktober 2016 aan de werkgever heeft verweerder geschreven dat klager foto's van kasoverzichten aan de werkgever heeft gestuurd en daarmee tegemoet is gekomen aan zijn toezegging om uitleg te geven over zijn kasbeheer. Verweerder heeft verder geschreven dat de werkgever de verplichting tot betaling van achterstallig loon niet is nagekomen. Verweerder heeft aangekondigd dat klager niet zal komen werken op 4 oktober 2016.

4.7 Op 5 oktober 2016 heeft zich een door de werkgever ingeschakeld incassobureau gemeld bij verweerder.

4.8 Op 10 oktober 2016 heeft verweerder aan het incassobureau geschreven dat (onder meer) een kort geding zal worden gestart als de werkgever de salarisbetaling niet per direct hervat.

4.9 Op 18 oktober 2016 heeft verweerder aan het incassobureau geschreven dat hij op het punt stond een kort gedingdagvaarding uit te brengen, maar dat hij had vernomen dat het incassobureau het standpunt van de werkgever op 18 of 19 oktober 2016 bekend zou maken.

- 4.10 Op 20 oktober 2016 heeft verweerder het incassobureau opnieuw verzocht om een reactie.
- 4.11 In een e-mail van 20 oktober 2016 aan verweerder heeft het incassobureau gesteld dat klager te veel loon heeft ontvangen van de werkgever. In de e-mail wordt de toezegging gedaan dat documenten ter onderbouwing van de stelling van de werkgever per post toegestuurd zullen worden.
- 4.12 Bij brief van 21 oktober 2016 aan verweerder heeft het incassobureau documenten toegestuurd die verband houden met de door de werkgever gestelde kasopnamen door klager. Het incassobureau heeft er verder op gewezen dat klager geen recht heeft op loon, zolang hij zijn werkzaamheden niet verricht en dat de arbeidsovereenkomst met klager met ingang van 2 januari 2017 niet zal worden verlengd.
- 4.13 Op 24 oktober 2016 heeft klager bewijzen van betalingen die hij van de werkgever heeft ontvangen naar verweerder gestuurd.
- 4.14 Op 25 oktober 2016 heeft verweerder het incassobureau verzocht om de op 20 oktober 2016 aangekondigde documenten "per omgaande" toe te zenden.
- 4.15 In een e-mail van 27 oktober 2016 heeft klager verweerder verzocht om het instellen van een kort geding. In de e-mail heeft klager te kennen gegeven dat zijn werkgever doende was de onderneming te verkopen.
- 4.16 Verweerder heeft, na overleg met klager op 1 november 2016 en een nadere toelichting op de kwestie van klager, op 4 november 2016 een reactie gestuurd naar het incassobureau. Verweerder heeft aan het incassobureau geschreven dat hij vermoedt dat de werkgever klager bestookt met onterechte beschuldigingen, met als doel een procedure uit te stellen. Verweerder heeft de werkgever in de brief beschreven als, zakelijk weergegeven, een onbetrouwbare partij. Verweerder heeft verder uiteengezet dat klager zich in relatie tot de werkgever naar behoren heeft gedragen en dat klager schade lijdt omdat hij geen salaris ontvangt. Verweerder heeft in de brief verzocht om betaling "per ommekeer". Verweerder wijst er verder op dat een loonvorderingsprocedure zal worden ingesteld als niet wordt betaald.
- 4.17 Op 15 november 2016 heeft verweerder zijn bericht van 4 november 2016 nog eens onder de aandacht van het incassobureau gebracht.
- 4.18 Het incassobureau heeft op 23 november 2016 gereageerd. In de e-mail wordt uiteengezet dat klager volgens de werkgever bedragen tussen € 15.000,- en € 30.000,- heeft weggenomen uit de kas van de werkgever. De werkgever wenst daarover uitleg en wil daarover in gesprek met klager en verweerder.
- 4.19 Verweerder heeft bij e-mail van 24 november 2016 een voorstel gedaan dat erop neerkomt dat partijen met elkaar in gesprek gaan en dan een besluit nemen tot schikken of tot procederen. Op 30 november 2016 heeft het incassobureau te kennen gegeven met klager en verweerder in gesprek te willen gaan. Dezelfde dag heeft verweerder een aantal data voorgesteld voor dit gesprek.
- 4.20 Op 5 december 2016, het incassobureau had toen nog niet gereageerd op de voorgestelde data, heeft klager verweerder opnieuw verzocht een kort geding te beginnen.
- 4.21 Op 6 december 2016 heeft het incassobureau gereageerd op de voorgestelde data. Verweerder heeft hierop gereageerd op 9 december 2016.
- 4.22 In een e-mail van 19 december 2016 heeft verweerder het incassobureau verzocht om per omgaande te laten weten of het voorgestelde gesprek op 21 december 2016 doorgang kan vinden.
- 4.23 Op 21 december 2016 heeft verweerder de rechtbank verzocht om een datum voor een kort geding vast te stellen. Op 22 december 2016 heeft de rechtbank meegedeeld dat het kort geding kon plaatsvinden op 11 januari 2017.

4.24 Op 29 december 2016 heeft verweerder de werkgever namens klager gedagvaard. De vordering strekt tot betaling van achterstallig salaris en niet genoten vakantiedagen, vermeerderd met de wettelijke verhoging en tot het verstrekken van salarisspecificaties.

4.25 Bij verstekvonnis van 20 januari 2017 heeft de rechtbank de vordering van klager toegewezen.

4.26 Bij brief van 23 januari 2017 heeft verweerder het vonnis naar de deurwaarder gezonden met het verzoek om voor incasso/executie te zorgen.

4.27 Op 24 juli 2017 heeft de deurwaarder verweerder geïnformeerd dat incasso van de vordering van klager niet mogelijk is gebleken. De deurwaarder heeft geadviseerd om faillissement van de werkgever aan te vragen.

4.28 Bij brief van 20 juli 2017 heeft klager verweerder aansprakelijk gesteld voor een bedrag van € 41.219,76 aan materiële en immateriële schade. Verweerder heeft aansprakelijkheid afgewezen, maar heeft wel melding gemaakt bij zijn verzekeraar van de vordering.

5 BEOORDELING

5.1 De raad heeft overwogen dat verweerder te weinig voortvarend heeft opgetreden voor klager, ofschoon verweerder zeker niet heeft stil gezeten. Naar het oordeel van de raad had verweerder voortvarender moeten optreden omdat klager al geruime tijd geen inkomen meer had. Verweerder had bijvoorbeeld de druk op de werkgever kunnen opvoeren door een conceptdagvaarding toe te zenden aan het incassobureau. Aldus zou het incassobureau op die manier ook op de hoogte zijn geraakt van de precieze omvang van de vordering van klager en dat had de zaak kunnen bespoedigen. Verweerder heeft aldus niet gehandeld zoals dat een behoorlijk advocaat betaamt, aldus de raad.

5.2 In hoger beroep heeft verweerder gewezen op de kernwaarde onafhankelijkheid. Hij wordt als advocaat geacht een eigen afweging te maken of en wanneer een kort geding aangewezen is. Verweerder heeft aangevoerd dat hij goede redenen had om in de periode medio november tot medio december 2016 nog niet over te gaan tot het starten van een kort geding. Ook de deken heeft in zijn brief aan de raad aangegeven dat verweerder geen verwijt valt te maken. Een van de redenen was zijn inschatting dat via een zogenoemd viergesprek een minnelijke regeling met de werkgever mogelijk moest zijn. Daarbij zou het starten van een kort geding klagers wens zijn baan te behouden en genoegdoening te krijgen voor de valse beschuldigingen van malversaties doorkruisen. Verweerder heeft aangegeven dat hij moest balanceren tussen diverse wensen van klager en weerlegging van de beschuldigingen van de werkgever. Toen duidelijk was dat een viergesprek er niet zou komen heeft hij onmiddellijk een datum voor een kort geding gevraagd, aldus verweerder.

5.3 Klager is bij zijn standpunt gebleven dat hij herhaaldelijk om een kort geding heeft gevraagd omdat hij al geruime tijd zonder inkomen zat. Toen er een tegenvordering kwam was behoud van zijn baan niet meer aan de orde.

5.4 Het hof overweegt als volgt. Gezien het bepaalde in art. 46 Advocatenwet heeft de tuchtrechter mede tot taak de kwaliteit van de dienstverlening te beoordelen indien daar over wordt geklaagd. Wel zal de tuchtrechter rekening hebben te houden met de vrijheid die de advocaat heeft met betrekking tot de wijze waarop hij een zaak behandelt en met de keuzes waar de advocaat bij de behandeling van de zaak voor kan komen te staan. De vrijheid die de advocaat heeft met betrekking tot de wijze waar op hij een zaak behandelt en de keuzes waar hij voor kan komen te staan zijn niet onbeperkt, maar worden 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. Die professionele standaard veronderstelt een handelen met de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwame en redelijk handelende advocaat in de gegeven omstandigheden mag worden verwacht.

5.5 Anders dan de raad is het hof van oordeel dat verweerder in deze zaak met de nodige zorgvuldigheid heeft gehandeld en hem om die reden geen tuchtrechtelijk verwijt valt te maken. Het hof licht dit als volgt toe.

5.6 Niet weersproken is dat klager naar verweerder is gegaan wegens achterstallig loon en dat de optie van het starten van een kort geding is besproken. Nadat verweerder de werkgever had aangeschreven werd hij geconfronteerd met een tegenvordering van de werkgever, maar ook met de wens van de werkgever dat hij met klager verder wilde. Onder die omstandigheden heeft verweerder terecht afgezien van het op dat moment al initiëren van een kort geding.

5.7 Ofschoon de werkgever zijn toezeggingen niet nakwam dat het salaris van klager zou worden betaald na het toezenden van diverse kasoverzichten, heeft verweerder gemeend nog niet tot rechtsmaatregelen te moeten overgegaan. Hij heeft eerst de toegezegde stukken van de werkgever afgewacht die de beschuldigingen aan het adres van klager zouden onderbouwen. Deze heeft verweerder op 26 oktober 2016 ontvangen. Hoewel toen al duidelijk was dat terugkeer naar de werkgever niet meer aan de orde was (zie onder meer de brief van 21 oktober 2016, hierboven onder 4.12) was het begrijpelijk dat verweerder eerst die stukken wilde bekijken en met klager bespreken. Een tegenvordering van de werkgever in een kort geding is immers een niet verwaarloosbaar procesrisico. Toen de werkgever een gesprek wilde over de gestelde kasopnames heeft verweerder ervoor gekozen daarop in te gaan. Dat is een inschatting geweest die verweerder op dat moment maakte. Dat is niet onzorgvuldig. De verwachting dat een minnelijke regeling tot de mogelijkheden behoorde was in die fase van de contacten immers niet ongegrond. Aanvankelijk leek de werkgever daarin mee te gaan (zie de e-mail van 23 november 2016, hierboven onder 4.18). Er werd vervolgens daags erna door verweerder een voorstel gedaan en partijen hebben nog tot 15 december 2016 met elkaar gecorrespondeerd over een geschikte datum voor overleg. Toen op 20 december 2016 bleek dat een viergesprek er niet zou komen heeft verweerder onmiddellijk een datum gevraagd voor een kort geding. Verder blijkt uit de stukken dat verweerder de tegenpartij regelmatig heeft gesommeerd (zie de brief van 16 september 2016, de e-mail van 27 september 2016 en de brief van 4 november 2016) en aldus naar het oordeel van het hof voldoende druk op de ketel heeft gehouden.

5.8 Dat achteraf vastgesteld kan worden dat verweerder (en klager) aan het lijntje zijn gehouden en verweerder wellicht beter eerder een kort geding had kunnen beginnen of een concept kort geding dagvaarding had kunnen toesturen, kan er niet aan afdoen dat verweerder kennelijk steeds heeft afgewogen of het moment daar was om te stoppen met een poging de zaak minnelijk te regelen. Dat was ook de taak en verantwoordelijkheid van verweerder. Het is het hof niet gebleken dat die afweging met de kennis van toen onzorgvuldig is gedaan. Wel beschouwd heeft verweerder na zijn brief van 4 november 2016 zes weken gewacht om een kort geding aan te spannen. Gezien de pogingen om een viergesprek te voeren en de reactie daarop van de werkgever is dat niet onredelijk lang. Hoewel klager regelmatig om een kort geding heeft verzocht is het hof ook gebleken dat verweerder klager steeds op de hoogte heeft gehouden van de stand van zaken. Dat de vordering van klager op zijn werkgever onverhaalbaar is gebleken leidt gezien al het voorgaande niet tot een ander oordeel.

5.9 Al met al komt het hof tot de conclusie dat verweerder met de kennis en informatie die op dat moment voorhanden was, voldoende voortvarend en met voldoende druk op de werkgever heeft gehandeld.

5.10 De klacht is ongegrond en de beslissing van de raad zal worden vernietigd.

BESLISSING

Het Hof van Discipline:

- vernietigt de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Den Haag van 2 juli 2018 in de zaak 17-943/DH/DH;

en opnieuw rechtdoende:

- verklaart de klacht ongegrond.

Aldus gewezen door mr. J. Blokland, voorzitter, mrs. V. Wolting, G.C. Endedijk, E.J. Numann en A.J. Louter, leden, in tegenwoordigheid van mr. N.A.M. Sinjorgo, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 11 januari 2019.

griffier voorzitter

De beslissing is verzonden op 11 januari 2019.