

## HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 190125

### **BESLISSING**

**van 4 november 2019**

**in de zaak 190125**

**naar aanleiding van het hoger beroep van:**

**verweerster**

**tegen:**

**klaagster**

### **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 15 april 2019, gewezen onder nummer 18-1000/DB/OB. Deze beslissing is op 15 april 2019 aan partijen toegezonden. De raad heeft de klacht gegrond verklaard, aan verweerster de maatregel van waarschuwing opgelegd en haar in de proceskosten veroordeeld.

Deze beslissing is gepubliceerd op [tuchtrecht.nl](http://tuchtrecht.nl) als ECLI:NL:TADRSHE:2019:58.

### **2 HET GEDING IN HOGER BEROEP**

2.1 Het beroepschrift van 8 mei 2019 waarbij verweerster van deze beslissing van de raad in hoger beroep is gekomen, is op 9 mei 2019 per post door de griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennisgenomen van:

- het dossier van de raad;
- een brief van klaagster van 26 juni 2019;
- een brief van klaagster van 15 augustus 2019 met een bijlage

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld tijdens de openbare zitting van 9 september 2019. Verweerster is verschenen met haar gemachtigde, mr. V.L.S. van Crujningen. Klaagster is eveneens verschenen. De gemachtigde van verweerster en klaagster hebben gepleit aan de hand van door hen overgelegde pleitaantekeningen.

### **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.

3.2 Klaagster heeft ter zitting van de raad, ter toelichting op de klacht, het volgende naar voren gebracht. 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.

#### 4 FEITEN

4.1 De raad heeft in de bestreden beslissing feiten vastgesteld waartegen in hoger beroep geen grieven zijn gericht. Het hof neemt die feiten, als mede de feiten die in hoger beroep zijn komen vast te staan bij de beoordeling tot uitgangspunt. Het gaat om de volgende feiten.

4.2 Klaagster is sinds 9 oktober 2015 verwickeld in een ambtenaarrechtelijke procedure met de gemeente R. Het college van de gemeente R. heeft in dit kader aan het kantoor van verweerster opdracht gegeven een onderzoek in te stellen naar feiten en omstandigheden met betrekking tot de werksfeer bij de gemeente R. en de rol van klaagster daarin. Verweerster heeft dit feitenonderzoek in de periode van 25 april tot 22 juni 2016 uitgevoerd. Verweerster heeft naar aanleiding van het feitenonderzoek een ‘Rapportage van Bevindingen’ (hierna: rapport) opgesteld. Over de aanleiding van het feitenonderzoek staat hierin – voor zover hier relevant – het volgende vermeld:  
“(…)

Een ontstane vertrouwensbreuk in de samenwerking met mevrouw [hof: klaagster], waarin laatstgenoemde mogelijk een leidende rol speelt, heeft voor het college van burgemeester en wethouders van [gemeente R.] aanleiding gevormd om een nader onderzoek in te stellen naar de feiten en omstandigheden met betrekking tot de werksfeer bij de gemeente [hof: R] en de feitelijke rol / het functioneren daarin van mevrouw [hof: klaagster].

Het college heeft besloten daartoe een inventarisatie te houden onder direct leidinggevende collega’s van mevrouw [hof: klaagster].

Het doel van de inventarisatie is om na te gaan wat de aard en omvang alsmede wat de feitelijke grondslag is van de samenwerkingsproblematiek met mevrouw [hof: klaagster], die wordt ondervonden.

(…)”

4.3 Over de opzet van het feitenonderzoek staat in het rapport – voor zover hier relevant – het volgende vermeld:

“De interviews zijn alle afgenomen met inachtneming van het door [naam advocatenkantoor] vastgestelde en op de website gepubliceerde feitenonderzoek.”

4.4 Op het kantoor van verweerster wordt bij het uitvoeren van feitenonderzoeken een protocol gehanteerd. Dit protocol houdt – voor zover hier relevant – het volgende in:

“Protocol feitenonderzoek

Bij de uitvoering van een dergelijk onderzoek treedt [naam advocatenkantoor] uitdrukkelijk niet op als “onafhankelijke derde”: [Naam advocatenkantoor] 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 besluitvorming. Met name is hier van belang het in artikel 2:4 van die wet neergelegde vereiste dat het bestuursorgaan zijn taak zonder vooringenuemenheid vervult en dat hoor en wederhoor worden betracht. Over de hoedanigheid waarin [naam advocatenkantoor] optreedt mag nimmer enig misverstand ontstaan.

Deze dient dan ook voor de aanvang van ieder gesprek aan de gehoorde te worden medegedeeld. Daarbij gelden de volgende uitgangspunten:

a. Ten aanzien van degene op wie het onderzoek zich richt

- Degene op wie het onderzoek zich richt wordt tevoren van het onderzoek in kennis gesteld.
- Hem wordt daarbij gemeld wat het doel van het onderzoek is en wie er gehoord zullen worden.
- Hij krijgt de gelegenheid om zelf ook mensen te noemen die zijns inziens gehoord moeten worden om een evenwichtig beeld te krijgen. Uitgangspunt dient te zijn dat aan zijn redelijke wensen op dit punt wordt voldaan.
- Hij krijgt de gelegenheid om op alle gespreksverslagen te reageren.”

4.5 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 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.

4.6 Klaagster is van dit onderzoek niet op de hoogte gesteld en zij is ook niet gehoord door verweerster.

4.7 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.

4.8 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 Feitenonderzoek (hierna: het 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.

4.9 Bij uitspraak van 4 juli 2019 heeft de Centrale Raad van Beroep de uitspraak van de rechtbank vernietigd voor zover het de toegekende ontslagvergoeding betrof en

deze naar beneden bijgesteld vanwege de bij een maximale verwijtbaarheid aan de zijde van het bestuursorgaan behorende hoogte bandbreedte factor 1. Voor het overige is de uitspraak van de rechtbank bevestigd.

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

## **5 BEOORDELING**

5.1 De klacht ziet op het handelen van verweerster bij het uitvoeren van het feitenonderzoek. Verweerster heeft dit onderzoek uitgevoerd in opdracht van de gemeente R. De belangen van de gemeente R. werden door de uitvoering van het onderzoek door verweerster behartigd. De gemeente R. was daarmee de cliënte van verweerster, zoals verweerster zelf ook erkent. Het onderzoek dat door verweerster werd uitgevoerd betrof een onderzoek naar klaagster. Klaagster moet daarom in deze procedure als wederpartij worden beschouwd.

5.2 Uitgangspunt is dat de advocaat van de wederpartij een ruime mate van vrijheid geniet om de belangen van zijn cliënt te behartigen op een wijze als hem in overleg met zijn cliënt goeddunkt. 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.

5.3 De raad heeft geoordeeld dat van verweerster als bekwaam en redelijk handelend feitenonderzoeker mag worden verwacht dat het door haar uitgevoerde onderzoek zou worden ingericht met inachtneming van de in het Protocol vermelde uitgangspunten. Volgens de raad heeft verweerster – kort samengevat – door het onderzoek niet conform het Protocol uit te voeren zich niet gedragen zoals van haar als redelijk bekwaam onderzoeker verwacht had mogen worden, waardoor klaagster onevenredig in haar belangen is geschaad.

5.4 Gelet op het in 5.2 weergegeven uitgangspunt zal het hof, anders dan de raad, dan ook niet beoordelen of verweerster heeft gehandeld als bekwaam en redelijk handelend feitenonderzoeker, maar of verweerster heeft gehandeld conform het voormelde uitgangspunt dat geldt voor de advocaat van de wederpartij.

5.5 De grieven van verweerster tegen de beslissing van de raad laten zich als volgt samenvatten. (I) Het is verweerster niet duidelijk of de klacht in al haar onderdelen gegrond is verklaard. (II) De raad miskent de betekenis en de uitleg van de uitgangspunten van het Protocol op basis waarvan zij haar onderzoek heeft uitgevoerd. (III) De raad heeft geen aandacht besteed aan het karakter van het door verweerster uitgevoerde onderzoek. (IV) De raad heeft niet gemotiveerd waarom het niet naleven van het Protocol heeft geleid tot het nodeloos en op ontoelaatbare wijze schaden van het belang van klaagster. (V) Het opleggen van een sanctie is niet passend en geboden. De grieven van verweerster worden hierna achtereenvolgens besproken.

5.6 Zoals hiervoor in 3.1 staat omschreven, houdt de klacht in dat verweerster tucht-rechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld doordat zij een ondeugdelijk en onzorgvuldig feitenonderzoek heeft uitgevoerd. Het hof zal dan ook op deze klacht beslissen. Dat klaagster een nadere toelichting heeft gegeven op de klacht, zoals weergegeven in 3.2, maakt de omvang van de klacht niet anders.

5.7 Van verweerster mocht worden gevergd dat zij het onderzoek conform de regels uit het Protocol zou uitvoeren. Uit het Protocol volgt immers dat telkens bij de uitvoering van feitenonderzoeken conform de daarin volgende regels door de advocaat zal worden gehandeld. Het Protocol voorziet niet in een mogelijkheid van afwijking daarvan. Gelet op de formulering van het Protocol richt het Protocol zich niet tot de opdrachtgever, maar juist tot de uitvoerder van het onderzoek. In het Protocol wordt immers omschreven op welke wijze het onderzoek door de advocaat wordt uitgevoerd. Dat met het Protocol ook de opdrachtgever en de onderzochte persoon worden geïnformeerd doet daar niet aan af.

5.8 Klaagster mocht – gelet op het voorgaande – ervan uitgaan dat verweerster het onderzoek conform het Protocol zou uitvoeren. Klaagster had daar in het bijzonder belang bij, omdat in het Protocol regels staan op welke wijze met de belangen van haar als de onderzochte persoon wordt omgegaan. In het door verweerster opgestelde rapport wordt bovendien de indruk gewekt dat conform het Protocol is gehandeld, doordat daarin staat vermeld dat de interviews met inachtneming van het Protocol zijn afgenomen. Ook daaruit mocht klaagster afleiden dat het Protocol door verweerster zou zijn gevolgd.

5.9 Het hof volgt verweerster niet in haar standpunt dat rekening moet worden gehouden met het karakter van het onderzoek dat – zoals zij stelt – meer gericht was op het in kaart brengen van beleving en niet van feiten (een “draagvlakonderzoek”). Dat sprake is geweest van een feitenonderzoek volgt reeds uit de omstandigheid in de inleiding van het rapport van verweerster, waarin (zoals hiervoor in 4.2 weergegeven) staat vermeld dat verweerster onderzoek heeft gedaan naar de feitelijke grondslag van de samenwerkingsproblematiek van klaagster. Dat sprake zou zijn van een onderzoek met een ander karakter laat zich daarmee niet rijmen. Het hof merkt overigens op dat volgens het Protocol onder de onderzoeken ook draagvlakonderzoeken vallen, waarop dus het Protocol van toepassing moet worden geacht. Het karakter van het onderzoek staat daarom niet in de weg aan de toepasselijkheid van het Protocol.

5.10 Omdat verweerster het onderzoek heeft uitgevoerd in opdracht van de gemeente R. en in het kader van een ambtenaarrechtelijke procedure, diende verweerster ervoor zorg te dragen dat het onderzoek met inachtneming van het bepaalde in art. 2:4 Awb (waarin is bepaald dat het bestuursorgaan zijn taak vervult zonder vooringenomenheid) zou worden uitgevoerd. In het Protocol wordt, onder verwijzing naar voornoemd artikel expliciet gewezen op het belang van het toepassen van hoor en wederhoor. Hieraan wordt onder meer invulling gegeven met de regel dat de onderzochte persoon de gelegenheid krijgt om op alle gespreksverslagen te reageren.

5.11 Van verweerster mocht, in het bijzonder vanwege de aard en het doel van het onderzoek, worden verlangd dat zij klaagster gedurende haar onderzoek in de gelegenheid zou stellen op haar bevindingen te reageren. Verweerster erkent echter dat zij bij de uitvoering van haar werkzaamheden het Protocol niet heeft gevolgd. Klaagster is door verweerster niet vooraf geïnformeerd over het door haar uitgevoerde onderzoek en klaagster is niet in de gelegenheid gesteld om zelf namen aan te dragen van personen die zij wenste te laten horen. Hierdoor heeft klaagster geen invloed kunnen uitoefenen op de wijze waarop het onderzoek zou worden uitgevoerd. Verweerster heeft hiermee het gerechtvaardigde belang van klaagster daarbij tekortgedaan. Klaagster is evenmin

in de gelegenheid gesteld om tijdens het door verweerster uitgevoerde onderzoek te reageren op de afgelegde verklaringen. Verweerster heeft in dit verband aangevoerd dat in haar visie het hoor en wederhoor zou plaatsvinden in de ambtenaarrechtelijke procedure waarin klagster haar zienswijze kon indienen. Dat verweer kan verweerster niet baten. Klagster had van de onderzoeksbevindingen op de hoogte moeten worden gebracht en in de gelegenheid worden gesteld daarop te reageren, zoals het Protocol voorschrijft. Op die manier zou haar standpunt reeds in de onderzoeksfase kunnen worden meegenomen en later door de gemeente R. in de besluitvorming kunnen worden meegewogen. Die mogelijkheid is klagster echter ontnomen, waardoor haar belangen onevenredig zijn geschaad. Klagster heeft immers voor het eerst met het indienen van een zienswijze in de ambtenaarrechtelijke procedure kunnen reageren op de onderzoeksbevindingen.

5.12 Verweerster heeft het – gelet op het voorgaande – niet alleen het onderzoek in strijd met het Protocol uitgevoerd, maar daarmee de tevens belangen van verweerster op een onevenredige wijze geschaad. Dit valt verweerster tuchtrechtelijk aan te rekenen. Het hof acht gelet op de ernst van de schending van de belangen van klagster de oplegging van een maatregel op zijn plaats. Mede omdat verweerster niet eerder tuchtrechtelijk is veroordeeld, acht het hof de door de raad opgelegde waarschuwing een afdoende maatregel. Het hof zal – gelet op het voorgaande – de beslissing van de raad bekrachtigen.

5.13 Omdat het hof de klacht gegrond verklaart, moet verweerster op grond van artikel 46e, vijfde lid, Advocatenwet het door klagster betaalde griffierecht van € 50,00 aan haar vergoeden.

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

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

5.15 Verweerster moet op grond van artikel 48ac, vierde lid, en artikel 48aa, tweede tot en met vierde lid, Advocatenwet het bedrag van € 750,- binnen vier weken na deze uitspraak overmaken naar rekeningnummer IBAN:NL85 INGB 0000 079000, BIC:ING-BNL2A, ten name van de Nederlandse Orde van Advocaten, Den Haag, onder vermelding van “kostenveroordeling hof van discipline” en het zaaknummer.

5.16 Verweerster moet op grond van artikel 48ac, vierde lid, en artikel 48aa, tweede tot en met vierde lid, Advocatenwet het bedrag van € 750,- binnen vier weken na deze uitspraak overmaken naar rekeningnummer NL05 INGB 0705 003981, t.n.v. Ministerie van Justitie en Veiligheid, onder vermelding van “Tuchtrechtelijke kostenveroordeling advocatuur, DGRR” en het zaaknummer.

## **BESLISSING**

Het Hof van Discipline:

- bekrachtigt de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort's-Hertogenbosch van 7 januari 2019, gewezen onder nummer 18-1000/DB/OB;
- 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 € 750,- aan de Nederlandse Orde van Advocaten, op de manier en binnen de termijn zoals hiervóór bepaald;

- veroordeelt verweerster tot betaling van de proceskosten in hoger beroep van € 750,- aan de Staat, op de manier en binnen de termijn zoals hiervóór bepaald.

Aldus gewezen door mr. J. Blokland, voorzitter, mrs. W.A.M. van Schendel en G.J.L.F. Schakenraad, leden, in tegenwoordigheid van mr. M. Bijleveld, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 4 november 2019.

griffier      voorzitter

De beslissing is verzonden op 4 november 2019.