

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 200117

BESLISSING

van 7 december 2020

in de zaak 200117

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 's-Hertogenbosch (verder: de raad) van 6 april 2020, gewezen onder nummer 19-792/DB/ZWB. Deze beslissing is op de datum van de uitspraak aan partijen toegezonden. In deze beslissing is klachtonderdeel 1 ongegrond verklaard en zijn de klachtonderdelen 2 en 3 door de raad gegrond verklaard. Aan verweerder is de maatregel van berisping opgelegd. Verweerder is veroordeeld tot vergoeding van het griffierecht van € 50,- en tot betaling aan klager van diens reiskosten van € 50,-. Verder is verweerder veroordeeld tot betaling van de proceskosten van € 750,- aan de Nederlandse Orde van Advocaten en tot betaling van de proceskosten van € 500,- aan de Staat.

1.2 Deze beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:NL:TADRSHE:2020:30.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 Het beroepschrift met bijlagen waarbij verweerder van deze beslissing van de raad in hoger beroep is gekomen, is door de griffie van het hof ontvangen per e-mail op 30 april 2020 en per post op 6 mei 2020. Klager heeft geen verweerschrift ingediend.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- het dossier van de raad, waaronder ook de door verweerder bij de raad overgelegde pleitnotities d.d. 17 februari 2020.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld tijdens de openbare zitting van 12 oktober 2020 waar verweerder alsmede klager zijn verschenen en hun standpunten hebben toegelicht. Klager heeft daarbij gebruik gemaakt van spreek aantekeningen.

3 KLACHT

De klacht houdt, zakelijk weergegeven en voor zover in hoger beroep nog aan de orde, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat:

1. (...)

2. verweerder het telefoongesprek op 21 mei 2019 met klager heeft gevoerd zoals weergegeven in de transcriptie terwijl

- a. klager mogelijk getuige was in de zaak tussen de cliënt van verweerder en mevrouw E;
- b. verweerder wist dat klager (mogelijk) ontslagen zou worden;
3. verweerder per e-mail van 22 mei 2019 klager verboden heeft zijn werkzaamheden te hervatten zolang de vragen die verweerder aan klager gesteld had, niet beantwoord waren.

4 FEITEN

4.1 Bij de beoordeling van de klacht in hoger beroep gaat het hof uit van de volgende vaststaande feiten.

4.2 De heer S is bestuurder en enig aandeelhouder van [naam Holding B.V.] [naam Holding B.V.] is bestuurder en enig aandeelhouder van [naam Beheer B.V.] [naam Beheer B.V.] is bestuurder en enig aandeelhouder van [NAAM B.V.] De heer S en [naam Beheer B.V.]/[NAAM B.V.] zijn cliënten van verweerder.

4.3 Klager is op 1 november 2008 in dienst getreden bij [NAAM B.V.] Op 1 januari 2012 heeft [naam Beheer B.V.] mogelijk de arbeidsovereenkomst met klager van [NAAM B.V.] overgenomen. Dit is tussen partijen in geschil.

4.4 Mevrouw E was bestuurder van [naam Beheer B.V.] en tevens directeur van [NAAM B.V.] In 2018 zijn spanningen ontstaan tussen de heer S en mevrouw E. De heer S heeft mevrouw E op 11 november 2018 beschuldigd van fraude, verduistering en diefstal; althans volgens de heer S waren er ernstige twijfels over de juistheid en de doelmatigheid van de financiële administratie van [naam Beheer B.V.]/[NAAM B.V.] Op 19 november 2018 is in opdracht van de heer S een boekenonderzoek bij [NAAM B.V.] gestart. Mevrouw E heeft een kort geding tegen de heer S aanhangig gemaakt wegens smaad en laster. Mevrouw E heeft in deze kort geding procedure een verklaring van klager van 21 december 2018 overgelegd. Verweerder heeft de heer S in deze procedure, na onttrekking door de voorgaande advocaat, vanaf april 2019 als advocaat bijgestaan.

4.5 Op 3 mei 2019 heeft een telefoongesprek tussen klager en de heer S plaatsgevonden. De heer S heeft klager tijdens dit telefoongesprek onder meer geïnformeerd over de arbeidsrechtelijke situatie betreffende mevrouw E en de gevolgen daarvan, waaronder aanzegging ontslag aan mevrouw E en waarneming van de directietaken door klager. Op 8 mei 2019 heeft de heer S een interim-manager geïntroduceerd. Klager ging er op basis van een eerder gesprek met de heer S van uit dat geen interim-manager zou worden aangesteld maar dat hij algemeen directeur zou worden. Klager heeft zich vervolgens op 8 mei 2019 ziek gemeld en zijn bezwaren tegen de gang van zaken per e-mail van 8 mei 2019 aan de heer S kenbaar gemaakt. Verweerder heeft namens de heer S per e-mail van 10 mei 2019 gereageerd op de e-mail van klager van 8 mei 2019. Daarin heeft hij kenbaar gemaakt dat de heer S niet wenste vooruit te lopen op de vormgeving van het nader onderzoek, de termijn van het onderzoek en verdere besluitvorming aan de hand van de uitkomsten van het onderzoek. De heer S zou bij klager terugkomen op de inhoud van zijn mail van 8 mei 2019 zodra hij daarvoor reden zou zien.

4.6 Verweerder heeft op 21 mei 2019 zonder vooraankondiging telefonisch contact opgenomen met klager. Dit telefoongesprek is door klager opgenomen. Uit de ingebrachte transcriptie van dit gesprek blijkt, zakelijk weergegeven, het volgende. Verweerder heeft zich geïntroduceerd als de advocaat van de heer S. In het eerste deel van het telefoongesprek is gesproken over het conflict tussen de heer S en mevrouw E. Daarbij heeft verweerder al vrij snel de verklaring die klager ten behoeve van mevrouw E had afgelegd ter sprake gebracht. Verweerder heeft daarbij tot uitdrukking gebracht dat klager hiermee

in zijn optiek partij had gekozen. Klager heeft geantwoord enkel naar waarheid te hebben verklaard. Verweerder heeft klager voorgehouden dat hij ook geen verklaring had kunnen afleggen in dit conflict. Verweerder heeft klager vervolgens gevraagd of hij deze verklaring wel zelf had opgesteld of dat een ander dat voor hem had gedaan. Klager heeft hierop kenbaar gemaakt dat hij de vraagstelling van verweerder niet netjes vond. Aan het eind van het telefoongesprek heeft verweerder klager medegedeeld dat hij hem een aantal vragen wilde voorleggen. Klager heeft daarop medegedeeld dat het zijn voorkeur had deze vragen eerst op schrift te ontvangen alvorens deze te beantwoorden. Verweerder heeft daarmee ingestemd. Klager heeft gezegd het gevoel te krijgen dat hij zelf een advocaat diende te raadplegen. Verweerder heeft aan het eind van het gesprek gezegd dat klager een advocaat kon raadplegen.

4.7 In vervolg hierop heeft verweerder per e-mails van 21 en 22 mei 2019 vragen aan klager toegezonden, met het verzoek deze vragen voor 27 mei 2019 te beantwoorden.

4.8 Klager heeft op 22 mei 2019 gemeld zijn werkzaamheden weer (gedeeltelijk) te willen hervatten. Verweerder heeft klager per e-mail van 22 mei 2019 bericht dat hij niet eerder op het werk mocht verschijnen dan nadat de arbodienst zijn arbeids(on)geschiktheid had beoordeeld en klager de door verweerder gestelde vragen had beantwoord.

4.9 Klager heeft per e-mails van 23 en 24 mei 2019 de vragen van verweerder beantwoord.

4.10 Klager is per e-mail van 27 mei 2019 door verweerder namens [NAAM B.V.] op staande voet ontslagen. Klager heeft in kort geding gevorderd om [NAAM B.V.] en [naam Beheer B.V.] te veroordelen om hem weer te werk te stellen in zijn functie als commercieel directeur. De kantonrechter heeft bij vonnis in kort geding d.d. 11 juli 2019 geoordeeld dat niet [NAAM B.V.] de werkgever was van klager, maar [naam Beheer B.V.], zodat aan het door [NAAM B.V.] gegeven ontslag op staande voet geen werking toekwam. Verweerder heeft klager vervolgens bij brief d.d. 11 juli 2019 namens [naam Beheer B.V.] op staande voet ontslagen.

4.11 Klager heeft in rechte vernietiging van het hem op 27 mei en op 11 juli 2019 gegeven ontslag op staande voet verzocht en tevens verzocht hem weer toe te laten tot de gebruikelijke werkzaamheden op straffe van een dwangsom. [naam Beheer B.V.] heeft in reconventie ontbinding van de arbeidsovereenkomst met klager verzocht. De kantonrechter heeft bij beschikking d.d. 1 oktober 2019 het op 27 mei 2019 en op 11 juli 2019 gegeven ontslag op staande voet vernietigd en de arbeidsovereenkomst tussen partijen ontbonden met ingang van 1 november 2019 met veroordeling van [naam Beheer B.V.] om aan klager een transitievergoeding van € 58.429,- en een billijke vergoeding van € 250.000,- te betalen. Door [naam Beheer B.V.] is het ontbindingsverzoek hierna binnen de door de kantonrechter gestelde termijn ingetrokken.

4.12 Klager heeft daarna zelf verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Klager en [naam Beheer B.V.] hebben hierna ter zitting van 30 januari 2020 een schikking bereikt. De arbeidsovereenkomst is per 31 januari 2020 ontbonden.

5 BEOORDELING

5.1 Verweerder heeft een achttal beroepsgronden gericht tegen de bestreden beslissing van de raad. Deze worden achtereenvolgens besproken.

5.2 De eerste twee beroepsgronden (gericht tegen de door de raad vermelde processtukken en de door de raad vastgestelde feiten), behoeven geen nadere bespreking omdat - zoals hiervoor blijkt - de bij de raad ingebrachte pleitnotities alsnog als processtuk zijn vermeld en het hof de feiten zelfstandig heeft vastgesteld.

5.3 De derde beroepsgrond, gericht tegen de in de bestreden beslissing omschreven klachtonderdelen, faalt omdat uit het proces-verbaal van de zitting bij de raad blijkt dat de voorzitter deze klachtonderdelen aan partijen heeft voorgehouden, klager zich hiermee akkoord heeft verklaard en verweerder heeft verklaard voldoende in staat te zijn op de aangevulde klacht te reageren. Dat verweerder zich achteraf hierdoor overvallen voelde, maakt dit niet anders. Hiertegen kan verweerder in beroep niet meer opkomen.

5.4 De vierde beroepsgrond behoeft ook geen afzonderlijke bespreking omdat deze naast de overige beroepsgronden geen zelfstandige betekenis heeft.

5.5 Met de vijfde beroepsgrond richt verweerder zich tegen het oordeel van de raad met betrekking tot klachtonderdeel 2 onder a en b.

5.6 De raad overwoog het volgende. Verweerder heeft ter zitting van de raad verklaard dat de beantwoording van vragen door klager van belang was voor de besluitvorming door de heer S over een eventueel ontslag van verweerder. In dat licht bezien had het op de weg van verweerder gelegen om ten minste aan klager voor te houden dat zijn werkgever mogelijk voornemens was hem te ontslaan. Verweerder heeft nagelaten om klager op de hoogte te stellen van het doel van het gesprek en van het belang daarvan voor de rechtspositie van klager, waardoor klager de kans is ontnomen zich vanaf het begin juridisch te laten bijstaan. Van verweerder had verwacht mogen worden reeds bij de uitnodiging voor een gesprek hierover helderheid te verschaffen. Verweerder heeft vervolgens bij herhaling geprobeerd klager aan het praten te krijgen. Pas nadat klager zelf te kennen had gegeven het gevoel te krijgen een advocaat te moeten raadplegen, heeft verweerder dat als optie bevestigd. Hiermee heeft verweerder naar het oordeel van de raad onevenredig nadeel toegebracht aan klager, wat hem tuchtrechtelijk te verwijten valt.

5.7 Verweerder acht dit oordeel onjuist om de volgende redenen. Verweerder stelt dat hij bij aanvang van het telefoongesprek zijn hoedanigheid direct kenbaar heeft gemaakt, te weten advocaat van de werkgever van klager. Klager was daarmee ook al bekend door de mail van 10 mei 2019. Verweerder stelt dat aan klager kenbaar is gemaakt dat nog onderzoek moest plaatsvinden naar de vraag of een aantal dingen gebeurd was. Door de interim-manager werden bevindingen gerapporteerd die vragen opriepen bij de werkgever. De gegronde bedenkingen tegen klager zijn pas opgekomen na de beantwoording van de vragen door klager. Verweerder stelt dat bij aanvang van het telefoongesprek nog geen voornemen bestond om klager te ontslaan. Verweerder kon dus niet vooruitlopen op de uitkomsten van het onderzoek. Een mededeling door verweerder dat mogelijk een voornemen zou bestaan klager te ontslaan zou dan mogelijk tot een vertrouwensbreuk hebben geleid. Verweerder stelt dat hij klager wel heeft medegedeeld dat hij zich kon laten

bijstaan door een advocaat. Dat was ook de wens van klager. Het verzoek van klager om de vragen op schrift te ontvangen, is door verweerder ingewilligd. Klager was goed in staat voor zijn eigen belangen op te komen gelet op zijn functieniveau. Klager kon ook bevroeden dat de antwoorden op de vragen van belang waren voor zijn rechtspositie. Hij heeft het gesprek opgenomen en was dus al op zijn hoede. Klager was ook al voorzien van juridische hulp, in ieder geval ten tijde van de schriftelijke beantwoording van de vragen door klager. Verweerder bestrijdt dat hij geprobeerd heeft klager aan het praten te krijgen. Het eerste deel van het gesprek ging over “koetjes en kalfjes” en had niets van doen met de rechtspositie van klager. Verweerder concludeert dat hij klager tijdig heeft geïnformeerd dat hij geen antwoord hoeft te geven en dat hij klager geen enkel nadeel heeft berokkend.

5.8 Het hof oordeelt daarover als volgt. Naar vaste jurisprudentie van het hof dient de tuchtrechter bij de beoordeling van een tegen een advocaat ingediende klacht het aan de advocaat verweten handelen of nalaten te toetsen aan de in artikel 46 Advocatenwet omschreven normen. Bij deze toetsing is de tuchtrechter niet gebonden aan de gedragsregels, maar die regels kunnen, gezien ook het open karakter van de wettelijke norm, daarbij wel van belang zijn (direct of analoog). Of sprake is van tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen, hangt af van de feitelijke omstandigheden en wordt door de tuchtrechter per geval beoordeeld. Regel 9 bepaalt dat de advocaat tegenover zijn cliënt en in zijn contacten met derden ervoor dient zorg te dragen dat geen misverstand kan bestaan over de hoedanigheid waarin hij in een gegeven situatie optreedt. Verweerder stelt dat hij namens de werkgever optreedt maar uit de transcriptie blijkt dat hij tijdens het onaangekondigde telefoongesprek op 21 mei 2019 met klager zichzelf heeft geïntroduceerd als de advocaat van de heer S. Gelet op deze introductie, in combinatie met het gespreksonderwerp dat verweerder heeft aangeroerd over de verklaring die klager heeft afgelegd, die als (getuigen)bewijs door mevrouw E in het kort geding tegen de heer S is ingebracht en de omstandigheid dat het geschil tussen mevrouw E en de heer S nog voortduurde, is goed voorstelbaar dat klager het idee kreeg dat de bedoeling van verweerder was klager te bewerken om hem tot een andersluidende verklaring aan te zetten. Verweerder had moeten begrijpen dat dit handelen in strijd is met de strekking van Regel 22. Deze regel bepaalt dat een advocaat zich zorgvuldig opstelt in zijn contacten met getuigen en geen handelingen zal verrichten die zouden kunnen leiden tot ongeoorloofde beïnvloeding van getuigen. Een getuige moet immers in volledige vrijheid, onafhankelijkheid en naar waarheid een verklaring kunnen afleggen. Het hof is van oordeel dat eenzelfde prudentie aan de dag gelegd moet worden in geval van een schriftelijke verklaring door een derde waarvan het belang en/of de status in (mogelijk te volgen) juridische procedures tussen twee partijen (vooralsnog) onduidelijk of in geschil is/zijn, zoals in het onderhavige geval. Dat door verweerder is weersproken dat klager als een getuige kan worden aangemerkt in de procedures tussen de heer S en mevrouw E, nu de verklaring van klager volgens verweerder geen relevante betekenis heeft in die zaken, is dan ook van geen belang en disculpeert de handelwijze van verweerder niet, nog daargelaten dat voor die stelling van verweerder in de beschreven omstandigheden een toereikende onderbouwing ontbreekt. Door klager is dat standpunt van verweerder ook bestreden. Hij stelt dat de verklaring een rol speelt in de talrijke zaken tussen de heer S en mevrouw E. Verweerder heeft zich door zijn insinuerende vragen en opmerkingen over het afleggen door klager van een verklaring ten gunste van mevrouw E, waarbij hij de loyaliteit van klager indirect ter discussie heeft gesteld, niet met de vereiste zorgvuldigheid en terughoudendheid jegens klager opgesteld.

5.9 Verweerder heeft verder niet kenbaar gemaakt dat hij namens de werkgever van klager belde, noch wat het doel was van het telefoongesprek. Ook heeft hij niet kenbaar gemaakt wat zijn positie was ten opzichte van klager. Klager wist dus tijdens het telefoongesprek niet dat verweerder de opdracht van zijn werkgever had ontvangen om een onderzoek te doen naar mogelijke onregelmatigheden die door zijn werkgever werden vermoed en dat de uitkomsten van dat onderzoek rechtspositionele gevolgen voor klager zouden kunnen hebben. Door aldus te handelen heeft verweerder ook op dit vlak tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld.

5.10 De vijfde beroepsgrond slaagt niet. De raad heeft klachtonderdeel 2 onder a en b terecht gegrond verklaard.

5.11 Met de zesde beroepsgrond komt verweerder op tegen het oordeel van de raad met betrekking tot klachtonderdeel 3.

5.12 De raad heeft geoordeeld dat verweerder klager niet per e-mail van 22 mei 2019 had mogen berichten dat hij niet eerder op het werk mocht verschijnen dan dat hij de vragen van verweerder had beantwoord. Naar het oordeel van de raad is het niet aan de werkgever om te bepalen of en wanneer een zieke werknemer weer geheel of gedeeltelijk aan het werk kan of wil. Naar het oordeel van de raad heeft verweerder door terugkeer op de werkvloer afhankelijk te maken van beantwoording van vragen de belangen van klager nodeloos geschaad.

5.13 Verweerder stelt dat hij namens de werkgever aan klager kenbaar heeft gemaakt dat het advies van de bedrijfsarts afgewacht diende te worden en de vragen beantwoord dienden te zijn alvorens klager zijn werk geheel of gedeeltelijk kon hervatten. Verweerder stelt dat hij zijn cliënte heeft geadviseerd in lijn met het toepasselijke arbeidsrecht. De twee voorwaarden die de werkgever stelde aan terugkeer op de werkvloer waren begrijpelijk en redelijk.

5.14 In geval van arbeidsongeschiktheid bepaalt de werkgever, daarbij in de regel bijgestaan door de bedrijfsarts, op welke wijze de werknemer dient te re-integreren. In de e-mail van 22 mei 2019 heeft verweerder namens de werkgever aan klager bericht dat hij zijn werkzaamheden niet kan hervatten alvorens de arbodienst zijn arbeidsongeschiktheid heeft beoordeeld. Tevens heeft verweerder klager laten weten dat beantwoording van de vragen voor werkhervatting diende plaats te vinden. Dit houdt in dat de werkgever ook na (gehele of gedeeltelijke) hersteldmelding van klager eerst een aantal zaken opgehelderd wenste te zien en klager alsdan per saldo vrijstelde van zijn arbeidsverplichting zo lang de vragen onbeantwoord waren gebleven. Niet valt in te zien dat verweerder in zijn rol als advocaat van werkgever hiermee enige tuchtrechtelijke norm heeft overschreden. Verweerder heeft hiermee enkel het standpunt van de werkgever aan klager kenbaar gemaakt. Deze beroepsgrond slaagt en het oordeel van de raad op dit onderdeel kan niet in stand blijven.

5.15 Met de zevende beroepsgrond beklagt verweerder zich over het feit dat de tuchtklacht gebruikt zou zijn als pressie-instrument door klager. Dit is door klager bestreden (klager stelt dat juist verweerder in het kader van een regeling de intrekking van klacht heeft voorgesteld). Wat daar ook van zij; de kwestie is niet relevant voor de beoordeling van dit geschil.

5.16 Met de laatste beroepsgrond richt verweerder zich tegen de maatregel, het griffierecht en de kostenveroordeling door de raad. Nu het hof oordeelt dat verweerder ten aanzien van klachtonderdeel 2 onder a en b tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld, en het oordeel van de raad grotendeels in stand blijft, faalt deze beroepsgrond.

5.17 Verweerder heeft door de wijze waarop hij klager heeft benaderd in strijd met de kernwaarde integriteit gehandeld en schade toegebracht aan het vertrouwen in de advocatuur. Dit handelen van verweerder is naar het oordeel van het hof laakbaar. Gelet op de aard en de ernst van dit handelen en zijn tuchtrechtelijk verleden (aan verweerder is in 2013 een berisping opgelegd), acht het hof de maatregel van een berisping passend en geboden.

5.18 Omdat het hof de beslissing van de raad grotendeels bekrachtigt en een maatregel wordt opgelegd, veroordeelt het hof verweerder op grond van artikel 48ac, eerste lid, Advocatenwet in de volgende proceskosten in hoger beroep:

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

5.19 Verweerder moet op grond van artikel 48ac, vierde lid, Advocatenwet het bedrag van € 50,- reiskosten binnen vier weken na deze uitspraak betalen aan klager. Klager moet daarvoor tijdig zijn rekeningnummer schriftelijk doorgeven aan verweerder.

5.20 Verweerder moet op grond van artikel 48ac, vierde lid, Advocatenwet het bedrag van € 1.500,- binnen vier weken na deze uitspraak overmaken naar rekeningnummer IBAN: NL85 INGB 0000 079000, BIC: INGBNL2A, 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 de Raad van Discipline in het ressort 's-Hertogenbosch van 6 april 2020, gewezen onder nummer 19-792/DB/ZWB voor zover aan het oordeel van het hof onderworpen en voor zover klachtonderdeel 3 gegrond is verklaard;

en doet opnieuw recht:

- verklaart klachtonderdeel 3 alsnog ongegrond;
- bekrachtigt de beslissing van de raad voor het overige;
- veroordeelt verweerder tot betaling van de reiskosten in hoger beroep van € 50,- aan klager, op de manier en binnen de termijn zoals hiervóór bepaald;
- veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten in hoger beroep van € 1.500,- aan de Nederlandse Orde van Advocaten, op de manier en binnen de termijn zoals hiervóór bepaald.

Deze beslissing is gegeven door mr. T. Zuidema, voorzitter, en mrs. P. Gründemann en E.L. Pasma, leden, in tegenwoordigheid van mr. A.J.M. Lauvenberg, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 7 december 2020.

griffier voorzitter

De beslissing is verzonden op 7 december 2020.