

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 210068

BESLISSING

van 23 augustus 2021

in de zaak 210068

naar aanleiding van het hoger beroep van:

verweerder

tegen:

klager

1 DE PROCEDURE BIJ DE RAAD

1.1 Het hof verwijst naar de beslissing van 25 januari 2021 van de Raad van Discipline in het ressort Arnhem-Leeuwarden, hierna: de raad (zaaknummer: 20-143/AL/MN). De raad heeft de klacht in alle onderdelen gegrond verklaard, en aan verweerder de maatregel van een voorwaardelijke schorsing voor de duur van 8 weken opgelegd met een proeftijd van twee jaar. Verder heeft de raad verweerder veroordeeld tot betaling van het griffierecht van € 50,- en de reiskosten van € 50,- aan klager en verweerder veroordeeld in de proceskosten ad € 1.250,-.

1.2 Deze beslissing is onder ECLI:NL:TADRARL:2021:11 op tuchtrecht.nl gepubliceerd.

2 DE PROCEDURE BIJ HET HOF

2.1 Het hoger beroepschrift van verweerder tegen de beslissing van de raad is op 23 februari 2021 ontvangen door de griffie van het hof.

2.2 Verder bevat het dossier van het hof:

- de stukken van de raad;
- het verweerschrift van klager;
- brief met bijlagen van verweerder van 8 mei 2021.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld tijdens de openbare zitting van 21 mei 2021. Daar zijn klager, bijgestaan door zijn gemachtigde, mr. C.A. Fokker, en verweerder verschenen. Partijen hebben hun standpunt toegelicht aan de hand van spreekantekeningen, die ook onderdeel uitmaken van het dossier van het hof.

3 FEITEN

3.1 Het hof stelt de volgende feiten vast.

3.2 Klager was sinds 2005 werkzaam bij de besloten vennootschap [naam B.V.] (hierna: de werkgever) als medewerker spoelkeuken. Ook was klager als oproepkracht werkzaam bij bedrijf McDonalds. Op 31 mei 2018 heeft klager zich bij de werkgever ziek gemeld in verband met (psychische) problemen en privéomstandigheden.

3.3 Op 26 juli 2018 heeft klager zich telefonisch gewend tot verweerder met het verzoek hem bij te staan in verband met problemen met de werkgever rondom zijn re-integratie tijdens arbeidsongeschiktheid. Klager heeft verweerder gevraagd contact met de werkgever op te nemen teneinde te vragen de medische situatie van klager te respec-

teren. Op 27 juli 2018 stond er een gesprek gepland tussen klager en de werkgever waarbij re-integratie het onderwerp van het gesprek zou zijn. Die dag heeft verweerder, op verzoek van klager, de werkgever telefonisch laten weten dat klager niet in staat was om op de afspraak te verschijnen. Per e-mail en brief van diezelfde datum heeft verweerder dit ook aan de werkgever bevestigd.

3.4 Per brief van 27 juli 2018 heeft de werkgever klager op staande voet ontslagen. Medewerkers van werkgever hadden geconstateerd dat klager (wel) aan het werk was bij McDonalds. Aan het ontslag is enerzijds ten grondslag gelegd dat klager heeft gehandeld in strijd met het verbod tot het verrichten van werkzaamheden elders en anderzijds dat hij de werkgever onjuist had voorgelicht over zijn (on)geschiktheid voor werk. Daarnaast vorderde werkgever terugbetaling van onverschuldigd betaald loon en de zogenoemde gefixeerde schadevergoeding van klager.

3.5 Op 27 juli 2018 is er telefonisch contact geweest tussen klager en verweerder. Over hetgeen toen is besproken lopen de lezingen van partijen uiteen.

3.6 Verweerder heeft klager op 30 juli 2018 een e-mail gestuurd, waarin verweerder schrijft dat klager op het ontslag op staande voet direct moet reageren in de vorm van een protestbrief waarin hij zich beschikbaar houdt voor het verrichten van arbeid zodra hij weer beter is.

3.7 In het dossier bevindt zich ook een brief van verweerder aan klager gedateerd 2 augustus 2018, waarin verweerder aan klager schrijft dat hij zich onttrekt en dat hij klager aanraadt om zo spoedig mogelijk contact op te nemen met een andere advocaat. Klager betwist dat hij die brief heeft ontvangen.

3.8 Bij verzoekschrift van 26 september 2018 heeft de werkgever op grond van artikel 7:677 lid 2 BW de gefixeerde schadevergoeding ten bedrage van € 4.825,-, alsook betaling van € 2.679,- wegens onverschuldigd betaald loon vanaf 1 juni 2018 van klager gevorderd.

3.9 Bij brief van 29 september 2018 heeft verweerder aan klager bericht dat de werkgever een verzoekschrift had ingediend en heeft hij klager bericht dat hij zich onttrekt als zijn advocaat. Verweerder heeft bij e-mail van 1 oktober 2018 de rechtbank en de gemachtigde van werkgever bericht dat hij zich heeft onttrokken als de advocaat van klager.

3.10 Klager heeft zich vervolgens gewend tot zijn huidige gemachtigde. Per brief van 4 december 2018 heeft deze verweerder aansprakelijk gesteld voor de door klager geleden schade. Verweerder heeft de aansprakelijkstelling doorgeleid naar diens beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar.

4 DE KLACHT

4.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet door:

- a) geen enkele maatregel te treffen naar aanleiding van het gegeven ontslag op staande voet;
- b) in het geheel geen actie te ondernemen nadat hij kennis heeft genomen van het verzoekschrift van de toenmalige werkgever van klager;
- c) niet (tijdig) alle gevolgen van het ontslag op staande voet schriftelijk, op begrijpelijke wijze aan klager te bevestigen zodat hij ter zake een weloverwogen beslissing had kunnen nemen, waaronder in ieder geval wordt verstaan:
 - niet aan klager uit te leggen dat een ontslag op staande voet aan toekenning van een WW-uitkering in de weg zou staan;
 - niet aan klager uit te leggen dat de werkgever op de voet van artikel 7:677 lid 2 BW schadevergoeding van hem zou kunnen vorderen indien hij geen actie tegen het

ontslag zou ondernemen en daardoor zou komen vast te staan dat de dringende reden tot beëindiging van het dienstverband heeft geleid;

- klager niet te informeren over de vergoedingen waarop hij als ten onrechte ontslagen werknemer aanspraak kon maken;

d) klager niet te informeren over de vervaltermijn van artikel 7:686a BW die geldt voor het indienen van een verzoekschrift;

e) hem ten onrechte niet te wijzen op de mogelijkheid van gefinancierde rechtsbijstand;

f) te miskennen dat het indienen van een verzoekschrift noodzakelijk was om ten opzichte van de werkgever enige positie te creëren, in een procedure of onderhandelingen.

5 BEOORDELING

overwegingen raad

5.1 De raad heeft, samengevat, ten aanzien van de klachtonderdelen a), b), c) d) en f), overwogen dat verweerder bij e-mail van 30 juli 2018 klager een onjuist advies heeft gegeven waaruit blijkt dat verweerder niet op de hoogte was van het geldend recht en niet is gebleken dat hij klager heeft uitgelegd wat de gevolgen waren van het ontslag op staande voet. Evenmin heeft verweerder klager gewezen op de vervaltermijn waarbinnen had moeten worden gereageerd op het ontslag op staande voet. Verweerder heeft, aldus de raad, volstrekt niet gehandeld met de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwame en redelijk handelende advocaat in de gegeven omstandigheden mag worden verwacht. Ten aanzien van klachtonderdeel e) heeft de raad, onder verwijzing naar regel 18 van de gedragsregels 2018, overwogen dat niet is gebleken dat verweerder met klager overleg heeft gevoerd over gefinancierde rechtshulp terwijl evenmin is vastgelegd of anderszins is gebleken dat klager daar geen gebruik van wilde maken. Door klager niet op de mogelijkheden van gefinancierde rechtsbijstand te wijzen heeft verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld. Het standpunt van verweerder dat hij klager daarop niet had hoeven te wijzen omdat hij klager in de ontslagzaak niet had bijgestaan heeft de raad verworpen. De raad heeft overwogen dat verweerder klager in die zaak wel heeft bijgestaan, zij het onjuist.

beroepsgronden

5.2 Het beroep van verweerder is gericht tegen de feitenvaststelling, de gegrondverklaring van alle klachtonderdelen, alsmede tegen de opgelegde maatregelen en de motivering daarvan. Verweerder heeft aangevoerd dat de raad ten onrechte geen rekening heeft gehouden met het korte tijdsbestek waarin verweerder slechts contact met klager heeft gehad; klager verweerder op 27 juli 2018 telefonisch heeft laten weten niets voor hem te hoeven doen met betrekking tot de ontslagzaak; klager op de, op initiatief van verweerder, gemaakte afspraak op zaterdag 28 juli 2018 niet is komen opdagen; verweerder desalniettemin vele pogingen heeft ondernomen om met klager in contact te komen teneinde de ontslagzaak te bespreken. Gelet op het beperkte contact met klager heeft verweerder met klager überhaupt niet over een opdracht (bevestiging) en mogelijk gefinancierde rechtsbijstand van klager kunnen spreken. Voor de door klager verzochte advisering en bijstand ter zake zijn re-integratie en arbeidsongeschiktheid, waarvan klager verweerder in eerste instantie had benaderd, kon geen toevoeging worden aangevraagd.

verweer in beroep

5.3 Klager heeft verweer gevoerd en verzocht het beroep van verweerder ongegrond te verklaren en de beslissing van de raad te bekrachtigen. Op hetgeen klager ter onderbouwing van zijn standpunt in beroep heeft aangevoerd zal, waar nodig, hierna worden ingegaan.

beroep tegen feitenvaststelling

5.4 Voor zover het beroep van verweerder is gericht tegen de feitenvaststelling door de raad, heeft verweerder bij de bespreking daarvan geen belang nu het hof hiervoor de feiten zelfstandig heeft vastgesteld.

maatstaf

5.5 Het hof hanteert bij de beoordeling van de onderhavige zaak als uitgangspunt dat de tuchtrechter mede tot taak heeft de kwaliteit van de dienstverlening te beoordelen indien daarover wordt geklaagd. Bij deze beoordeling geldt dat de tuchtrechter rekening houdt met de vrijheid die de advocaat heeft met betrekking tot de wijze waarop hij een zaak behandelt en met keuzes waar de advocaat bij de behandeling van de zaak voor kan komen te staan. Die vrijheid is niet onbepaald, 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. Nu binnen de beroepsgroep wat betreft de vaktechnische kwaliteit geen sprake is van breed gedragen, schriftelijk vastgelegde professionele standaarden toetst het hof daarom of verweerder heeft gehandeld met de zorgvuldigheid die van een redelijke bekwame en redelijk handelende advocaat in de gegeven omstandigheden mag worden verwacht (vgl. HvD 5 februari 2018 ECLI:NL:TAHVD:2020:80 en HvD 3 april 2020, ECLI:NL:TAHVD:2020:80).

klachtonderdelen a), b), c), d) en f)

5.6 Het hof zal, evenals de raad, deze klachtonderdelen vanwege de nauwe samenhang gezamenlijk beoordelen. Deze klachtonderdelen klagen er in de kern over dat verweerder klager onjuist en onvolledig heeft geadviseerd over het hem gegeven ontslag op staande voet. Als uitgangspunt heeft te gelden dat een advocaat belangrijke afspraken met zijn client schriftelijk moet vastleggen. Als een advocaat dat nalaat brengt dat met zich mee dat op de advocaat de bewijslast rust om de door hem gestelde en door klager betwiste afspraken te bewijzen. Verweerder heeft de, hier van belang zijnde, met klager gemaakte afspraken niet schriftelijk vastgelegd. Het hof kan daardoor niet vaststellen of klager tijdens het telefoongesprek op 27 juli 2018, zoals verweerder stelt en klager betwist, heeft gezegd dat verweerder ter zake de ontslagzaak niets (meer) voor hem hoefde te doen, hij alles aan de werkgever zou betalen en het zelf zou regelen. Evenmin kan het hof gelet op de betwisting door klager en bij gebrek aan (een verzend-)bewijs, vaststellen dat de door verweerder (beweerdelijk) verzonden brief van 2 augustus 2018 klager heeft bereikt. Derhalve moet bij gebrek aan bewijs voorbij worden gegaan aan deze stellingen van verweerder.

Wat daar ook van zij, ook als het zo zou dat zijn dat klager telefonisch op 27 juli 2018 tegen verweerder heeft gezegd dat verweerder niets (meer) hoefde te doen en/of al zou er van moeten worden uitgegaan dat verweerder zich bij brief van 2 augustus 2018 heeft teruggetrokken, geldt dat verweerder naar oordeel van het hof niet heeft gehandeld zoals van een redelijk bekwame en redelijk handelende advocaat in de gegeven omstandigheden mocht worden verwacht. Verweerder heeft namelijk, zoals hij tijdens de mondelinge behandeling in hoger beroep ook wel heeft onderkend, in zijn aan klager gestuurde e-mail van 30 juli 2018 een inhoudelijk onjuist advies gegeven door klager te adviseren zich, kort gezegd, jegens zijn werkgever beschikbaar te houden om zodra hij beter is werkzaamheden te verrichten en in het bijzonder door na te laten klager te wijzen op de vervaltermijn waarbinnen hij actie moest ondernemen tegen het ontslag op staande voet. Met dit onjuiste en onvolledige advies is verweerder vakinhoudelijk te kort geschoten. Verweerder heeft derhalve de kernwaarde deskundigheid geschonden, hetgeen tuchtrechtelijk verwijtbaar is. De raad heeft genoemde klachtonderdelen terecht gegrond verklaard. Het beroep ter zake zal worden verworpen.

klachtonderdeel e)

5.7 Anders dan de raad is het hof van oordeel dat verweerder geen tuchtrechtelijk verwijt kan worden gemaakt omdat hij met klager niet zou hebben gesproken over de mogelijkheden van gefinancierde rechtsbijstand. Voor zover het klachtonderdeel (mede) ziet op de werkzaamheden die verweerder in het kader van het re-integratiegesprek met de werkgever heeft verricht, heeft verweerder er terecht op gewezen dat voor die werkzaamheden geen toevoeging kan worden verkregen. Ter zake het aan klager gegeven ontslag op staande voet is er, naar moet worden aangenomen, maar eenmaal telefonisch contact geweest tussen klager en verweerder, te weten op 27 juli 2018. Verweerder kan niet verweten worden dat hij niet direct in dat telefoongesprek over de kosten van rechtsbijstand heeft gesproken. Verweerder mocht er terecht van uitgaan dat hij een van de daaropvolgende dagen klager uitgebreider zou spreken en dat dan aan de orde zou kunnen stellen. Zover is het evenwel niet meer gekomen. Het beroep tegen het oordeel van de raad over dit klachtonderdeel slaagt, het klachtonderdeel wordt ongegrond verklaard.

maatregel

5.8 Ter zake de opgelegde maatregel, waartegen het beroep van verweerder zich eveneens richt, overweegt het hof als volgt. Verweerder heeft de kernwaarde deskundigheid geschonden. Hij heeft er met zijn onjuiste en vooral onvolledige advies aan klager blijk van gegeven in 2018 niet op de hoogte te zijn geweest van de ingrijpende stelselwijziging die medio 2015 in het arbeidsrecht is doorgevoerd. Daardoor is klager de kennis onthouden tijdig de vernietiging van het gegeven ontslag op staande voet in te roepen. Dit tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen is ook voor het hof reden om, mede indachtig een berisping die verweerder in 2017 kreeg opgelegd, tot voorwaardelijke schorsing van verweerder over te gaan, evenwel anders dan de raad zal het hof als maatregel een voorwaardelijke schorsing van vier weken opleggen. Het beroep van verweerder ter zake slaagt.

slotsom

5.9 Nu het beroep van verweerder ter zake klachtonderdeel e) alsmede de opgelegde maatregel slaagt, zal de beslissing van de raad ter zake worden vernietigd, waarbij klachtonderdeel e) ongegrond wordt verklaard en het hof verweerder bij wijze van maatregel een voorwaardelijke schorsing van vier weken zal opleggen. De beslissing van de raad zal voor het overige worden bekrachtigd.

proceskosten

5.10 Omdat het hof een beslissing (grotendeels) bekrachtigt waarin een maatregel is opgelegd, zal het hof verweerder op grond van artikel 48ac, eerste lid, Advocatenwet veroordelen in de kosten voor de procedure bij het hof conform de Richtlijn kostenveroordeling Hof van Discipline

2021:

- a) € 50,- kosten van klager (forfaitair);
- b) € 1.050,- kosten voor rechtsbijstand van klager;
- c) € 1.000,- kosten van de Nederlandse Orde van Advocaten;
- d) € 1.000,- kosten van de Staat.

5.11 Verweerder moet op grond van artikel 48ac lid 4 Advocatenwet het bedrag van € 1.100,-,- aan kosten van klager binnen vier weken na deze beslissing betalen aan klager. Klager geeft binnen twee weken na de datum van deze beslissing zijn rekeningnummer schriftelijk aan verweerder door.

5.12 Verweerder moet op grond van artikel 48ac lid 4 Advocatenwet het bedrag van € 2.000,- 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.

6 BESLISSING

Het Hof van Discipline:

- 6.1 vernietigt de beslissing van 25 januari 2021 van de Raad van Discipline in het ressort Arnhem-Leeuwarden, gewezen onder zaaknummer 20-143/AL/MN, voor zover daarbij klachtonderdeel e) gegrond is verklaard en voor zover aan verweerder de maatregel van een voorwaardelijke schorsing van 8 weken is opgelegd; en in zoverre opnieuw rechtdoende:
- 6.2 verklaart klachtonderdeel e) ongegrond;
- 6.3 legt verweerder de maatregel op van voorwaardelijke schorsing in de uitoefening van de praktijk gedurende 4 weken met een proeftijd van twee jaren met ingang van de datum van deze beslissing;
- 6.4 stelt als algemene voorwaarde dat verweerder zich binnen de hierna te melden proeftijd niet opnieuw schuldig maakt aan een in artikel 46 van de Advocatenwet bedoelde gedraging;
- 6.5 bepaalt dat deze maatregel niet ten uitvoer zal worden gelegd tenzij de Raad van Discipline later anders mocht bepalen op grond dat verweerder de voorwaarde niet heeft nageleefd;
- 6.6 stelt de proeftijd op een periode van twee jaar ingaande op de dag van deze beslissing;
- 6.7 bekrachtigt de beslissing van 25 januari 2021 van de Raad van Discipline in het ressort Arnhem-Leeuwarden, gewezen onder zaaknummer 20-143/AL/MN, voor het overige;
- 6.8 veroordeelt verweerder tot betaling van de kosten in de procedure bij het hof van € 1.100,- aan klager, op de manier en binnen de termijn zoals hiervóór bepaald;
- 6.9 veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten in de procedure bij het hof van € 2.000,- aan de Nederlandse Orde van Advocaten, op de manier en binnen de termijn zoals hiervóór bepaald.

Deze beslissing is geweest door mr. E.W. de Groot, voorzitter, mrs. M.L. Weerkamp, J.M. Atema, P.J.G. van den Boom en H. Lagas, leden, in tegenwoordigheid van mr. N.A.M. Sinjorgo, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 23 augustus 2021.

griffier voorzitter

De beslissing is verzonden op 23 augustus 2021.