

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 17-377/A/NH

Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam
van 28 november 2017

in de zaak 17-377/A/NH

naar aanleiding van de klacht van:

klager

tegen:

verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief van 2 augustus 2016 heeft klager bij de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Noord-Holland een klacht ingediend over verweerder.

1.2 Bij brief aan de raad van 11 mei 2017 met kenmerk 16-295, door de raad ontvangen op 12 mei 2017, heeft de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Noord-Holland de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.3 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 3 oktober 2017 in aanwezigheid van klager, zijn gemachtigde en verweerder. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.4 De raad heeft kennis genomen van de onder 1.2 genoemde brief met 31 bijlagen alsmede van de ter zitting overgelegde nadere stukken:

- ~ de brief van een kantoorgenoot van verweerder aan klager van 11 augustus 2015;
- ~ een declaratie van de gemachtigde van klager van 4 april 2016.

2 FEITEN

Voor de beoordeling van de klacht wordt, gelet op de stukken en hetgeen ter zitting is verklaard, van de volgende feiten uitgegaan.

2.1 Klager is vrachtwagenchauffeur. Verweerder heeft klager bijgestaan in een geschil met een transportbedrijf in de periode van 9 oktober 2012 tot 21 oktober 2015.

2.2 Vanaf 2006 had klager, naar eigen zeggen als zzp-er, voor het transportbedrijf gewerkt als internationaal vrachtwagenchauffeur. Hij werkte daarnaast niet ook nog voor andere bedrijven en reed in een vrachtwagen van het transportbedrijf. Tussen klager en het transportbedrijf bestond geen schriftelijke overeenkomst. Klager factureerde zijn gewerkte uren tegen € 30 per uur.

2.3 In 2012 is het transportbedrijf op enig moment gestopt met het betalen van de facturen van klager.

2.4 Omdat verzoeken tot betaling niet tot resultaat leidden, heeft klager om een gesprek gevraagd, dat op 14 juni 2012 heeft plaatsgehad. Naast klager en zijn echtgenote waren aanwezig de eigenaar en de interimmanager van het transportbedrijf. In dat gesprek heeft de interimmanager namens het transportbedrijf gezegd dat klager door de jaren heen een bedrag van € 60.000,-- zou hebben onttrokken uit de enveloppen met contant geld in vreemde valuta die de chauffeurs meekrijgen om uitgaven ter plekke te bekostigen. De interimmanager heeft ook gezegd dat hij het terug te betalen bedrag uit cou-

lance op € 40.000 wilde stellen. Daarna is een afspraak gemaakt die in ieder geval inhield dat klager voor het transportbedrijf zou blijven werken en dat het transportbedrijf (voorlopig) 10% op de facturen van klager zou inhouden. Over de nadere voorwaarden van deze afspraak – die niet op papier is gezet – is na de bespreking echter verschil van mening ontstaan.

2.5 Bij brief van 18 september 2012 heeft het transportbedrijf klager laten weten niet met klager verder te willen werken. De brief luidt, voor zover van belang, als volgt: 'Zoals ik u vorige week per sms al duidelijk heb gemaakt is het voor ons niet mogelijk om met u verder te werken. Dit mede door het schadegedrag en de onbeleefdheid van [klager] en het stalken van mij persoon door [echtgenote van klager], die denkt dat wij ondanks mijn ziekte, niets anders om handen hebben.

Verder zult u begrijpen dat wij niet langer gediend zijn van lijfelijke bedreigingen door [klager] en die grote waffel van mevrouw. Als hier gezegd wordt dat wij momenteel geen tijd hebben om iets uit te zoeken wensen wij niet iedere dag meerdere malen, telefonisch door u achtervolgd te worden.

Wij verzoeken u ons aan te geven hoe u denkt om het openstaande bedrag van € 40.000,00 dat door [klager] door de jaren heen is verduisterd, terug te betalen minus de bedragen die u reeds heeft betaald (€ 10.000,00) en/of die reeds zijn verrekend. Het bedrag van € 40.000,00 zijn wij gezamenlijk tijdens een bespreking hier op kantoor overeengekomen, dit bedrag was veel hoger. Wij hebben reeds een gedeelte afgeschreven, dit mede om het u niet totaal onmogelijk te maken dit bedrag aan ons terug te kunnen betalen.

Hoewel wij dit met tegenzin gedaan hebben zagen wij geen andere mogelijkheid dan dat [klager] via oproepkracht als ZZP'er voor ons chauffeursdiensten zou verrichten, om op deze manier ons geld via een 10% afbetalingsregeling van door jullie verstuurd facturen. Dus mochten wij 10% van het factuurbedrag inhouden.

Helaas ging dat door u, zoals gewoonlijk is, weer niet volgens de gemaakte afspraak en klopten de facturen niet, en het gebruikte geld dat meegegeven was natuurlijk ook weer niet. Het is bij jullie bekend dat de meegegeven bedragen terugbetaald moeten worden minus de voor ons gemaakte kosten.

Voor uw eigen levensonderhoud enz. moet u zoals bekend zelf zorgen.

Zolang ik hier zit worden er iedere keer enveloppen met grote geldbedragen achtergehouden door [klager]. Dit onder het mom dat hij dit vergeten is terug te geven.

Opmerkelijk is dat hij alleen dingen vergeet ten voordele van zichzelf. Ook heeft u van uw kant zoals gebleken, niet de intentie om ons totaal terug te betalen. Dit naar aanleiding van uw sollicitatie bij de heer [naam] afgelopen zaterdag. U was voornemens om een andere baan te nemen of te krijgen en ons met uw schuld te laten zitten. Wij verzoeken u dan ook nadrukkelijk, nu de situatie zo verstoord is dat u hier onmogelijk verdere werkzaamheden kan verrichten dit door uw beider gedrag, ons te informeren hoe u verder uw nog openstaande schuld gaat afbetalen.

Zoals eerder aan u medegedeeld is het voor u beiden verboden om op ons bedrijf te komen en verzoeken u daarom uw voorstel schriftelijk aan ons door te geven.'

2.6 Klager heeft zich vervolgens tot verweerder gewend. Op 9 oktober 2012 heeft een intakegesprek plaatsgehad. Verweerder heeft het gesprek bij e-mail van dezelfde dag als volgt bevestigd:

'Naar aanleiding van onze bespreking van hedenochtend bericht ik u als volgt.

Wij spraken af dat ik allereerst een sommatiebrief zal opstellen teneinde [het transportbedrijf] in de gelegenheid te stellen het openstaande bedrag binnen 8 dagen te betalen; na ommekomst van die termijn kunnen we aanspraak maken op rente en kosten.

Vervolgens is het plan om snel te dagvaarden; de dagvaarding zal eerst in concept aan u worden voorgelegd. Omdat u op dit moment weinig middelen heeft, zal ik mijn honorarium aan het eind van de zaak declareren. Voor de goed orde deel ik u mede dat mijn uurtarief in onderhavige zaak € 185, -- ex BTW en kantoorkosten bedraagt (normaliter € 205,-- ex BTW en 6% kantoorkosten).

De uitvoering van het dossier zal ik evenwel zoveel mogelijk laten uitvoeren door een medewerker voor wie een uurtarief geldt van € 160,-- ex BTW en 6% kantoorkosten. Zodra de concept brief gereed is, bericht ik u nader.'

2.7 Op 19 oktober 2012 heeft verweerder namens klager een sommatiebrief aan het transportbedrijf gestuurd. Daarin staat onder meer:

'Bij brief van 18 september 2012 zegt u plotseling de reeds gedurende enige jaren bestaande overeenkomst van opdracht per direct op daartoe stellende dat de echtgenote van cliënt zich onbehoorlijk zou hebben opgesteld maar vooral ook omdat cliënt bij een ander zou hebben gesolliciteerd.

Cliënt betreurt deze opzegging maar legt zich daarbij noodgedwongen neer ondanks het feit dat het hem aan het hart gaat dat na zoveel jaren op die manier de relatie met [het transportbedrijf] eindigt. (...)

Los van het vorenstaande heeft [naam interimmanager] dan wel [naam eigenaar] nog immer geen bewijs geleverd van het feit dat cliënt zich schuldig zou hebben gemaakt aan diefstal voor een bedrag van meer dan € 60.000,-. Het vorenstaande bevestigt het standpunt van cliënt dat hij volstrekt onschuldig is.

Het is om die reden dat cliënt niet meer instemt met de destijds voorlopig gemaakte afspraak om op elke toekomstige factuur 10% van het totaal bedrag in te houden en het toekomstig uurtarief van € 30,- naar € 25 per uur aan te passen, nog daargelaten dat hij nimmer met u heeft afgesproken dat voormelde aanpassingen zouden hebben te gelden voor alle facturen over 2012.'

2.8 Het transportbedrijf heeft afwijzend op de brief gereageerd.

2.9 Op 1 november 2012 heeft verweerder een conceptdagvaarding aan klager en zijn echtgenote gestuurd met een vordering tot betaling van de openstaande facturen. Op 2 november 2012 heeft verweerder aan de echtgenote van klager geschreven, voor zover van belang:

'Voorts bespraken wij nog even wie wat moet bewijzen in deze zaak.

U heeft door het verzenden van de aangepaste facturen (voor een deel) uitvoering gegeven aan de afspraken die op 14 juni 2012 zijn gemaakt. Over de inhoud van die afspraken verschillen jullie echter van mening. U loopt het risico dat uw man zal moeten bewijzen dat er slechts was afgesproken dat bedragen in de toekomst konden worden verrekend. De vraag is of u dat bewijs kunt leveren; er staat immers niets op papier.

Tenslotte maakte u melding van het feit dat uw man inderdaad € 1.300,-- [naar de raad in het licht van de stellingen van klager en verweerder moet aannemen is hier bedoeld: € 1.000,--] heeft ingehouden; een en ander kan in uw nadeel worden uitgelegd.'

2.10 Op 13 november 2012 heeft verweerder een kantoorgenoot gevraagd onderzoek te doen naar een uitspraak van het Hof Amsterdam over de toepasselijkheid van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (hierna: BBA) bij overeenkomsten van opdracht. Op 14 november 2012 heeft de kantoorgenoot aan verweerder gemaild dat zij naar aanleiding van de betreffende uitspraak de volgende punten in de dagvaarding zal verwerken:

~ 'primair: toepassing BBA - ontslagvergunning had moeten worden gevraagd bij UWV
~ subsidiair: als BBA niet van toepassing is, dan is sprake van een onregelmatige opzegging door [het transportbedrijf]'.

2.11 Op 1 augustus 2013 is de dagvaarding uitgebracht. In de dagvaarding vordert klager betaling van de openstaande facturen. Er wordt geen beroep op het BBA gedaan en evenmin op onregelmatige opzegging.

2.12 Het transportbedrijf heeft zich verweerd tegen de vordering met een beroep op verrekening met een tegenvordering wegens diefstal tot een bedrag van € 40.000.

2.13 De rechtbank heeft op 17 september 2014 een tussenvonnis gewezen. In dat tussenvonnis is aan beide partijen een bewijsopdracht verstrekt.

2.14 Het transportbedrijf heeft opdracht gekregen te bewijzen dat tijdens de bespreking op 14 juni 2012

a) klager tegenover het transportbedrijf heeft erkend dat hij (meer dan) € 60.000 heeft gestolen c.q. verduisterd en

b) partijen vervolgens zijn overeengekomen dat klager een deel, namelijk € 40.000 van dit door hem gestolen c.q. verduisterde bedrag aan het transportbedrijf zou moeten terugbetalen door (i) te verrekenen met nog openstaande facturen van voor 14 juni 2012 en (ii) het resterende bedrag door inhouding van 10% op toekomstige facturen.

2.15 Klager heeft – voor zover hier van belang – opdracht gekregen te bewijzen dat de terugbetaling van het overeengekomen bedrag van € 40.000 zou gebeuren onder de ontbindende voorwaarde dat het transportbedrijf geen bewijs zou leveren voor haar stelling dat klager een geldbedrag van het transportbedrijf zou hebben gestolen c.q. verduisterd.

2.16 Op 22 oktober 2014 is namens klager een voorstel tot een minnelijke regeling gedaan. Het transportbedrijf heeft dat voorstel niet geaccepteerd.

2.17 De eigenaar en de interimmanager van het transportbedrijf zijn op 6 maart 2015 als getuigen gehoord. Zij hebben beiden verklaard dat klager het gesprek op 14 juni 2012 heeft verlaten na de beschuldiging van diefstal. De interimmanager heeft verklaard dat klager later wel is teruggekomen. De kantoorgenoot van verweerder die de zaak feitelijk behandelde, mr. B., heeft het proces-verbaal van het verhoor op 23 maart 2015 aan klager toegezonden. Klager heeft op 1 april 2015 per e-mail gereageerd op de verklaring van de eigenaar en heeft onder meer het volgende geschreven:

'punt 4: ik ben nooit huilend weggelopen. Ik ben weg gelopen omdat ik woedend werd omdat ik werd beschuldigd van diefstal. Het valt niet mee om van diefstal verdacht te worden door iemand waarvan ik dacht dat het een vriend was.'

2.18 Mr. B. heeft de volgende ochtend (2 april 2015) ter voorbereiding op het tegenverhoor een vragenlijst opgestuurd aan klager en zijn echtgenote. Hij heeft in de begeleidende e-mail het volgende geschreven:

'Het is belangrijk om voor jullie zelf al een antwoord te bedenken op deze vragen maar het moet niet zo zijn dat het uit het hoofd gestudeerd lijkt. Mochten jullie zelf nog aanvullingen hebben dan kunnen jullie deze bij overig zetten. Laten we morgenvroeg om 09:00/09:15 in de rechtbank afspreken, het start om 09.30.'

2.19 In de lijst met vragen is niets opgenomen over het al dan niet weglopen en weer terugkeren van klager tijdens het gesprek.

2.20 Klager en zijn echtgenote zijn op 3 april 2015 gehoord in het kader van het tegenverhoor ten behoeve van de bewijsopdracht van het transportbedrijf en als getuigen ten behoeve van de bewijsopdracht van klager.

2.21 Klager heeft verklaard dat hij de beschuldiging van diefstal in het gesprek van 14 juni 2012 niet heeft toegegeven, kwaad is weggelopen uit het gesprek en niet is teruggekomen. Zijn echtgenote heeft verklaard dat het bedrag van € 40.000,-- is overeengekomen mits er bewijzen zouden komen dat er geld zou zijn verduisterd.

2.22 Op 5 augustus 2015 heeft de rechtbank eindvonnis gewezen. De conclusie van de rechtbank is dat het transportbedrijf een onvoorwaardelijke tegenvordering heeft op

klager van € 40.000 en dat het beroep op verrekening met die vordering slaagt. De vordering van klager tot betaling van de facturen wordt derhalve afgewezen. Klager wordt eveneens in de proceskosten en de kosten van de getuigenverhoren veroordeeld. 2.23 Daartoe heeft de rechtbank onder meer overwogen dat de verklaringen van klager en zijn echtgenote onvoldoende gewicht in de schaal leggen tegenover de verklaringen van de interimmanager en de eigenaar van het transportbedrijf dat klager de diefstal in het gesprek heeft toegeven. Ook heeft de rechtbank geoordeeld dat klager de ontbindende voorwaarde van de betalingsregeling (geen bewijs van de diefstal) niet heeft bewezen. Ook hier kent de rechtbank meer gewicht toe aan de verklaringen van de interimmanager en de eigenaar dan aan die van klager en zijn echtgenote, waarbij de rechtbank van belang acht dat alleen de echtgenote uit eigen waarneming heeft verklaard dat die voorwaarde is overeengekomen. Klager zelf heeft dit ook verklaard, maar heeft dit alleen van horen zeggen aangezien hij volgens zijn eigen verklaring het gesprek had verlaten, aldus de rechtbank. Over de overige elementen van de betalingsregeling oordeelt de rechtbank dat de verklaringen van klager en zijn echtgenote niet geheel helder en consistent zijn en daarom ontoereikend om de bewezenverklaring aan de kant van het transportbedrijf te ontkrachten.

2.24 Bij brief van 11 augustus 2015 heeft mr. B. geschreven dat de mogelijkheid bestaat om binnen drie maanden in hoger beroep te gaan maar dat 'wij een hoger beroep in deze zaak – gelet op de verklaringen van partijen over en weer – niet erg kansrijk [achten]'. Bij de brief is tevens de declaratie voor de werkzaamheden vanaf medio 2015 verrichte werkzaamheden gevoegd. De eerdere werkzaamheden waren al eerder gedeclareerd.

2.25 Klager heeft zich vervolgens tot een andere advocaat (de gemachtigde van klager in deze procedure) gewend die met ingang van 21 oktober 2015 de zaak van klager behartigt. In oktober 2015 is het dossier van klager door verweerder overgedragen aan deze advocaat. Deze advocaat heeft in oktober 2015 met mr. B. gebeld en gevraagd waarom geen beroep is gedaan op het opzegverbod zoals neergelegd in het BBA en waarom geen toevoeging is aangevraagd voor klager. Mr. B. heeft deze vragen beantwoord. De nieuwe advocaat van klager heeft dezelfde vragen op 26 november 2015 per e-mail gesteld. Verweerder heeft op 13 januari 2016 geantwoord.

2.26 Bij brief van 5 februari 2016 heeft klager verweerder aansprakelijk gesteld.

2.27 Op 2 augustus 2016 heeft klager de klacht ingediend bij de deken.

3 KLACHT

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

- a) niet over een kantoorklachtregeling beschikt, althans de klachtregeling niet desgevraagd heeft toegezonden, niet heeft gereageerd op de brief van de opvolgend advocaat van klager van 5 februari 2016 en deze brief ook niet als klacht heeft behandeld;
- b) schriftelijke vragen van de opvolgend advocaat pas na zeven weken heeft beantwoord;
- c) geen overleg met klager heeft gevoerd over de mogelijkheid om gefinancierde rechtsbijstand te verkrijgen;
- d) onvoldoende met klager heeft gecommuniceerd door hoofdzakelijk per sms en e-mail te communiceren, heeft nagelaten klager adequaat te adviseren over (essentiële onderdelen van) zijn rechtspositie en het risico van een proceskostenveroordeling; de getuigenverhoren onvoldoende heeft voorbereid; en het eindvonnis en de kansen en risico's van een hoger beroep daartegen onvoldoende heeft besproken;
- e) de zaak inhoudelijk verkeerd heeft aangepakt door niet op grond van het BBA de vernietiging van de opzegging door het transportbedrijf in te roepen, zich ook niet op

het standpunt te stellen dat een opzegtermijn in acht genomen had moeten worden en de ontkenning van de diefstal onvoldoende uit te werken;

f) de deken onjuist dan wel misleidend heeft geïnformeerd door te stellen dat de klachtfunctionaris van kantoor niet eerder bij de zaak is betrokken terwijl deze kantoorgenoot een afschrift van de aansprakelijkstelling van 5 februari 2016 heeft ontvangen.

3.2 Klachtonderdeel f) is ter zitting ingetrokken zodat dat onderdeel geen behandeling meer behoeft.

3.3 Klager heeft de raad voorts verzocht het oordeel uit te spreken dat verweerder jegens hem niet de zorgvuldigheid heeft betracht die bij een behoorlijke rechtshulpverlening betaamt (artikel 48 lid 10 Advocatenwet) en verweerder te veroordelen in de kosten van de juridische bijstand van klager in het kader van de proceskostenveroordeling als bedoeld in artikel 48 lid 6 Advocatenwet.

4 VERWEER

4.1 Verweerder heeft verweer gevoerd welk verweer, waar relevant, hierna aan de orde zal komen.

5 BEOORDELING

Ad klachtonderdeel a)

5.1 Het eerste klachtonderdeel ziet op het ontbreken van een klachtregeling die voldoet aan de daaraan in de Verordening op de advocatuur (hierna: Voda) gestelde eisen, de weigering de klachtregeling toe te zenden aan klager of zijn raadsman en het niet als klacht behandelen van de brief van 5 februari 2016.

5.2 Verweerder heeft aangevoerd dat in de algemene voorwaarden die zijn kantoor hanteert een kantoorklachtenregeling is opgenomen. Verweerder verwijst naar art. 7.1 van de algemene voorwaarden, luidend:

'Indien een cliënt een klacht heeft terzake de uitvoering van de werkzaamheden en/of een declaratie, heeft de cliënt de mogelijkheid een klacht hieromtrent in te dienen bij [het kantoor van verweerder]. Als klachtfunctionaris treden op mr. K. en /of [verweerder].'

5.3 Verweerder heeft zich voorts op het standpunt gesteld dat hij de brief van 5 februari 2016 niet als klacht hoefde op te vatten omdat deze een aansprakelijkstelling inhoudt. Pas toen de klacht bij de deken was ingediend, heeft hij de klacht als zodanig herkend en heeft de klachtfunctionaris een afspraak met klager gemaakt.

5.4 Hoewel het kantoor van verweerder dus wel beschikt over een klachtenregeling is de raad van oordeel dat deze klachtenregeling niet voldoet aan de eisen die de Voda in art. 6.28 lid 2 sub a, b, d, e, f en g stelt aan een kantoorklachtenregeling. Zo wordt niet vermeld hoe de klacht wordt behandeld en wordt niet duidelijk of de kantoorklachtenregeling eveneens van toepassing is op onder de verantwoordelijkheid van verweerder werkzame personen. De klachtenregeling bevat verder, anders dan voorgeschreven, geen informatie over de klachtenprocedure, de termijnen en de kosten. Artikel 6.28 lid 1 van de Voda bepaalt voorts dat de advocaat er zorg voor draagt dat klachten conform de kantoorklachtenregeling worden behandeld. Als 'klacht' heeft in dat verband blijkens artikel 1.1 van de Voda te gelden iedere schriftelijke uiting van ongenoegen van of namens de cliënt jegens de advocaat of de onder diens verantwoordelijkheid werkzame personen over de totstandkoming en de uitvoering van een overeenkomst van opdracht, de kwaliteit van de dienstverlening of de hoogte van de declaratie, niet zijnde een bij de deken ingediende klacht. De brief van klager van 5 februari 2016 heeft als klacht in de zin van artikel 1.1 van Voda te gelden, zodat verweerder deze aan zijn klachtenfunctionaris had moeten voorleggen. Ook in zoverre is de klacht gegrond. Verweerder heeft eerst nadat de klacht bij de deken is ingediend, klager door de klachtfunctionaris laten uitnodigen en daarmee niet conform artikel 6.28 lid 1 van de Voda gehandeld.

5.5 De genoemde regeling in de Voda strekt ertoe cliënten een laagdrempelige geschillenregeling te bieden ter beslechting van geschillen met hun advocaat. De regeling strekt derhalve (mede) ter bescherming van de belangen van klager, zodat klager het vereiste belang bij dit klachtonderdeel heeft. De conclusie van de raad is dan ook dat klager in klachtonderdeel a) ontvankelijk is en het klachtonderdeel gegrond is.

Ad klachtonderdeel b)

5.6 In klachtonderdeel b) wordt verweerder verweten dat hij onvoldoende voortvarend vragen van de opvolgend advocaat heeft beantwoord. De raad acht dit klachtonderdeel ongegrond. Door klager is niet betwist dat mr. B. in oktober 2015 de vragen van de opvolgend advocaat van klager over het BBA en de toevoeging telefonisch had beantwoord. Evenmin is betwist dat de later per e-mail gestelde vragen dezelfde vragen betroffen. Klager heeft niet toegelicht waarom de beantwoording van de vragen in het kader van de overdracht van de zaak nodig was. De raad is in het licht van deze omstandigheden van oordeel dat verweerder geen tuchtrechtelijk verwijt kan worden gemaakt van het feit dat hij de gestelde vragen eerst na zeven weken heeft beantwoord.

5.7 Klachtonderdeel b) is derhalve ongegrond.

Klachtonderdeel c)

5.8 Verweerder wordt verweten dat hij klager niet heeft gewezen op de mogelijkheid van gefinancierde rechtsbijstand. Verweerder heeft hier tegen ingebracht dat klager geen recht zou hebben op gefinancierde rechtsbijstand omdat hij een ondernemer is (en dat standpunt ook is ingenomen in het geschil waarop de rechtsbijstand zag) en bovendien in 2012 een te hoog inkomen had om in aanmerking te komen voor gefinancierde rechtsbijstand.

5.9 De raad volgt verweerder hierin niet. Vooropgesteld moet worden dat een advocaat de verplichting heeft een cliënt erop te wijzen dat deze mogelijk in aanmerking komt voor gefinancierde rechtsbijstand. Dit lijdt alleen uitzondering als de advocaat goede gronden heeft om aan te nemen dat de cliënt daar niet voor in aanmerking komt. Die uitzondering is hier niet aan de orde. Nog daargelaten dat niet ondenkbaar is dat de verhouding tussen klager en het transportbedrijf moet worden geduid als een arbeids-overeenkomst waardoor klager juist geen ondernemer is, kunnen ook ondernemers voor een toevoeging in aanmerking komen als sprake is van een bedrijfsbedreigend geschil. Daarvan zou naar het oordeel van de raad hier sprake kunnen zijn. Als moet worden aangenomen dat klager als zelfstandige werkte, dan geldt dat hij een geschil had met zijn enige opdrachtgever die hem al bijna acht maanden niet had betaald. Anders dan verweerder kennelijk meent, was dus in het geheel niet op voorhand duidelijk dat klager niet voor gefinancierde rechtshulp in aanmerking zou komen. Verweerder had het aan de Raad voor de Rechtsbijstand moeten overlaten hierover een beslissing te nemen en hij had klager moeten wijzen op de mogelijkheid om een toevoeging aan te vragen.

5.10 Het argument dat klager in 2012 een te hoog inkomen had, gaat evenmin op. In dit geval was immers op grond van de toepasselijke regels niet 2012 het peiljaar, maar 2010. Onbetwist is dat de belastingdienst heeft vastgesteld dat klager in 2010 een verzamelinkomen van € 0 had, zodat hij voor een toevoeging in aanmerking kwam. Ten overvloede wordt nog overwogen dat, ook als het jaar 2012 wel het peiljaar was geweest, de omstandigheid dat klager facturen ten bedrage van € 40.000 had openstaan nog niet in de weg had gestaan aan het verkrijgen van een toevoeging. Zou de uitkomst van het geschil zijn geweest dat alle facturen betaald worden, dan was de toevoeging achteraf ingetrokken, maar dat was voor klager veel minder belastend geweest dan de situatie waarin hij thans verkeerde, waarin hij verweerder steeds tussentijds moest be-

talen terwijl hij al geruime tijd geen inkomen meer had ontvangen. Bovendien was de toevoeging bij een negatieve uitkomst in stand gebleven.

5.11 Verweerder heeft tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld door klager niet te informeren over de mogelijkheid van gefinancierde rechtsbijstand, terwijl deze naar het oordeel van de raad wel degelijk bestond. Klachtonderdeel c) is gegrond.

Ad klachtonderdeel d) en e)

5.12 Verweerder betwist dat hij klager onvoldoende of onjuist heeft geadviseerd over zijn rechtspositie. Hij stelt – kort gezegd – het volgende. Klager had tegenover hem erkend dat hij € 1.000 had verduisterd. Het transportbedrijf had dit eenvoudig kunnen bewijzen. Hij heeft met klager besproken dat dit zonder meer een ‘dringende reden’ zou opleveren en een ontslag op staande voet zou rechtvaardigen en dat het daarom geen zin had een beroep te doen op ontslagbescherming ingevolge het (destijds geldende) BBA, als dat al van toepassing was. Er is dus bewust gekozen voor uitsluitend het incasseren van openstaande declaraties en zulks is ook telefonisch besproken met klager. Verweerder heeft klager wel op de risico’s van een procedure gewezen, zoals blijkt uit de in 2.9 vermelde e-mail aan klager van 2 november 2012. Kantoorgenoot mr. B heeft voorafgaand aan het getuigenverhoor uitgelegd hoe het verhoor in zijn werk zou gaan en heeft verder ter voorbereiding op het getuigenverhoor de in 2.18 vermelde vragenlijst aan klager toegestuurd. Niet te voorzien was dat klager als getuige zou verklaren dat hij de bespreking van 14 juni 2012 vroegtijdig had verlaten en niet meer was teruggekeerd. Over de kansen van een hoger beroep heeft mr. B telefonisch geadviseerd. Dat gesprek heeft hij bij brief van 11 augustus 2015 (hierboven in 2.24 vermeld) bevestigd. Aldus, steeds, verweerder.

5.13 Klager stelt daar het volgende tegenover. Van verduistering is geen sprake geweest. Klager heeft ook nooit verduistering erkend, ook niet van € 1.000. Wel had hij bij het inleveren van zijn enveloppes met geld hierop onder het kopje ‘privé-uitgaven’ een keer een bedrag van € 1.000 genoteerd. Het doen van privé-uitgaven was echter bepaald niet ongebruikelijk bij het transportbedrijf; dat werd vervolgens weer verrekend bij de uitbetaling. Het transportbedrijf heeft zich nooit op een dringende reden voor ontslag beroepen. Het onderwerp van de dringende reden is ook nooit tussen klager en verweerder besproken. Uit de e-mail van 14 november 2012 (zie onder 2.10) blijkt dat een kantoorgenoot van verweerder het beroep op het BBA en de onregelmatigheid van de opzegging juist in de dagvaarding zou gaan verwerken. Het is een raadsel waarom verweerder dit uiteindelijk niet heeft gedaan. Dit is nooit met klager besproken. Verweerder had de vernietiging van de opzegging moeten inroepen wegens het ontbreken van een ontslagvergunning in de zin van het BBA en had ook moeten stellen dat een opzegtermijn in acht genomen moest worden. Verweerder had ook veel meer werk moeten maken van de ontkenning van de diefstal: niet alleen was daarvoor geen bewijs; ook vond de beschuldiging vanuit het niets plaats in een gesprek dat klager en zijn echtgenote hadden aangevraagd om te spreken over het feit dat de facturen van klager al geruime tijd onbetaald bleven; het zou gaan om maar liefst een bedrag van € 60.000 dat in de loop van jaren zou zijn verduisterd; ten slotte had klager verweerder erop gewezen dat de interimmanager zelf was veroordeeld voor grootschalige fraude. Met dit alles had verweerder meer moeten doen. Verweerder heeft op dit punt in de dagvaarding slechts opgenomen: “[Klager] heeft direct ontkend en is blijven ontkennen iets te maken te hebben met deze diefstal.” Klager is verder niet gewezen op het risico van een proceskostenveroordeling, die uiteindelijk maar liefst € 4.566,50 bedroeg. Aldus, steeds, klager.

5.14 De raad stelt bij de beoordeling van klachtonderdeel d) voorop dat een advocaat gehouden is belangrijke afspraken, gezamenlijk genomen beslissingen en soms ook

een gegeven advies of verstrekke informatie schriftelijk vast te leggen. Verweerder heeft dit in deze zaak onvoldoende gedaan dan wel er onvoldoende op toegezien dat mr. B., aan wie hij bepaalde werkzaamheden in de zaak delegeerde, dit deed. Verweerder heeft niet vastgelegd wat in het intakegesprek is besproken over de feitelijke gang van zaken tijdens het gesprek van 14 juni 2012 en rondom de vermeende diefstal uit enveloppen, terwijl die feiten voor de zaak hoe dan ook van cruciaal belang waren. Verweerder heeft evenmin vastgelegd wat zijn advies is geweest over de aanpak van de zaak. De keuze om de zaak als een incassozaak te behandelen en geen beroep te doen op het BBA of het niet in acht nemen van een opzegtermijn was een ingrijpende keuze en had verweerder schriftelijk moeten vastleggen onder verwijzing naar de voor- en nadelen van de gekozen route. Dit geldt temeer nu de zaak complex was en het van belang was dat klager zich een goed beeld van de mogelijkheden en onmogelijkheden kon vormen. Ook heeft verweerder niet schriftelijk geadviseerd over het risico van een proceskostenveroordeling.

5.15 Nu een schriftelijke vastlegging op al deze punten ten onrechte is nagelaten en partijen elkaar tegenspreken ten aanzien van de vraag of deze punten zijn besproken, dient verweerder het bewijsrisico te dragen en moet de raad ervan uitgaan dat verweerder de genoemde punten niet aan de orde heeft gesteld. Verweerder heeft klager derhalve onvoldoende over de goede en kwade kansen van de gekozen strategie voorgelicht, respectievelijk geadviseerd.

5.16 Ten aanzien van de advisering na het eindvonnis wordt als volgt overwogen. Mr. B. heeft met de brief van 11 augustus 2015 schriftelijk bevestigd dat geadviseerd wordt van hoger beroep af te zien. Hoewel hier de advisering schriftelijk is vastgelegd, is geen sprake van een analyse van het vonnis. In het bijzonder ontbreekt een uitleg van de consequenties van de vaststelling door de rechtbank dat het transportbedrijf een onvoorwaardelijke tegenvordering heeft op klager van € 40.000. Deze vaststelling zou – als geen hoger beroep zou worden ingesteld – gezag van gewijsde krijgen, wat betekent dat klager geen verweer meer zou kunnen voeren tegen een vordering van het transportbedrijf tot betaling van dit bedrag na aftrek van de (kleinere) vordering van klager tot betaling van zijn facturen, voor zover de rechtbank die vordering deugdelijk had bevonden. Per saldo had klager dan nog een bedrag van circa € 12.000 aan het transportbedrijf moeten betalen. Dit alles is volgens klager ook niet telefonisch besproken. Nu verweerder het tegendeel niet heeft gesteld, moet de raad er reeds daarom van uitgaan dat klager hierover niet is geïnformeerd. Verweerder is ook hierdoor tekortgeschoten in zijn informatieverplichting jegens klager.

5.17 Wat betreft de voorbereiding op het getuigenverhoor overweegt de raad als volgt. Mr. B. heeft op 3 april 2015 een vragenlijst opgesteld en aan klager toegestuurd. Ook staat vast dat mr. B. klager en zijn echtgenote een half uur tot een kwartier voor de zitting in de rechtbank heeft getroffen. Gelet op het belang van het getuigenverhoor en de overige omstandigheden van het geval, is de raad van oordeel dat meer aandacht aan de voorbereiding had moeten worden besteed. De raad neemt hierbij niet alleen in aanmerking dat verweerder had moeten inzien dat het getuigenverhoor voor klager en zijn echtgenote een stressvolle en lastige opgave was, maar ook dat in de eerdere getuigenverhoren door de eigenaar en de interimmanager van het transportbedrijf was verklaard dat klager bij het cruciale gesprek van 14 juni 2012 was weggelopen. Verweerder heeft zich op het standpunt gesteld dat hij op basis van het intakegesprek met klager steeds in de veronderstelling verkeerde dat klager en zijn echtgenote bij het hele gesprek zijn geweest. In de voorbereiding van de getuigenverhoren had aan dit punt echter aandacht moeten worden besteed. Als getuigen verklaringen afleggen die haaks staan op het eigen verhaal van cliënt, zoals de advocaat dat eerder heeft begre-

pen, dient dat voor de advocaat aanleiding te zijn om de zaak opnieuw met de cliënt te bespreken zodat hij de gekozen strategie zo nodig kan heroverwegen en niet bij het getuigenverhoor voor verrassingen komt te staan. Gesteld noch gebleken is dat dit is gebeurd. Verweerder heeft niet betwist dat hij ook bij de (voorbereiding van de) getuigenverhoren steeds de leiding heeft gehad, zodat de raad moet concluderen dat de gebrekkige voorbereiding van het getuigenverhoor tuchtrechtelijk aan hem kan worden verweten.

5.18 Klachtonderdeel d) is gelet op het voorgaande gegrond.

Klachtonderdeel e)

5.19 Klachtonderdeel e) ziet op de inhoudelijk aanpak van de zaak door verweerder. De raad stelt voorop dat bij de beoordeling van de kwaliteit van de dienstverlening aan een cliënt rekening moet worden gehouden met de vrijheid die de advocaat heeft met betrekking tot de wijze waarop hij een zaak behandelt en met de keuzes – zoals met betrekking tot procesrisico en kostenrisico – waar de advocaat bij de behandeling van de zaak voor kan komen te staan. Deze vrijheid is niet onbeperkt, 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. 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.

5.20 De raad is van oordeel dat verweerder in deze zaak niet heeft voldaan aan deze kwaliteitseisen.

5.21 In de eerste plaats rekent de raad het verweerder aan dat de ontkenning van de diefstal door klager onvoldoende heeft aangekleed aan de hand van de feiten en omstandigheden die klager hem had aangereikt. Klager werd door het transportbedrijf uit het niets beschuldigd van diefstal van een totaalbedrag van € 60.000 dat klager in de loop van een aantal jaren uit meegegeven enveloppen zou hebben verduisterd. Die beschuldiging was geuit in een gesprek dat hij en zijn echtgenote hadden aangevraagd omdat de facturen van klager niet meer werden betaald hoewel zij daarom al herhaaldelijk hadden gevraagd. Deze omstandigheden roepen vragen op, zeker in combinatie met een eventuele veroordeling van de interimmanager voor fraude. Waarom bijvoorbeeld zou het achterhouden van gelden door klager jarenlang onopgemerkt zijn gebleven? Gesteld noch gebleken is dat verweerder aan de hand van deze omstandigheden heeft betoogd dat de beschuldigingen onaannemelijk waren. Klager heeft verder onbestreden gesteld dat door het transportbedrijf nooit bewijs van diefstal is geleverd. Verder is niet gebleken dat het transportbedrijf zich op enig moment op een dringende reden voor de beëindiging van de overeenkomst met klager heeft beroepen. Klager heeft weliswaar tegenover verweerder erkend dat hij een bedrag van € 1.000 heeft 'ingehouden'. Dit kan echter in het licht van de toelichting van klager (zie 5.13) zeker niet gelijk worden gesteld aan verduistering of een dringende reden voor beëindiging van de overeenkomst, zeker niet nu die inhouding plaatsvond nadat klager al bijna acht maanden geen betaling meer voor zijn werkzaamheden had ontvangen. In de procedure heeft het transportbedrijf zich verweerd tegen de vordering van klager door zich te beroepen op verrekening met een tegenvordering wegens diefstal. Het debat heeft zich vervolgens toegespitst op hetgeen er in het gesprek van 14 juni 2012 is gezegd, meer in het bijzonder op de vraag of klager de diefstal toen heeft erkend en of de terugbetalingsregeling al dan niet onder een ontbindende voorwaarde is gemaakt. In de procedure heeft verweerder echter, voor zover de raad kan beoordelen op basis van het klacht-

dossier, geen werk gemaakt van de betwisting van de diefstal. Daarmee is niet voldaan aan de professionele standaard.

5.22 Met de keuze van verweerder om niet de vernietiging van de opzegging wegens schending van het algemene opzegverbod zoals neergelegd in het destijds geldende artikel 6 BBA in te roepen, heeft verweerder niet voldaan aan de professionele standaard. Die keuze is immers gebaseerd op de aanname dat de diefstal een gegeven was, welke aanname door verweerder onvoldoende is onderbouwd. Het lijkt erop dat het beroep op het BBA – anders dan kennelijk op 14 november 2012 nog de bedoeling was blijkens de interne mail die hiervoor, in 2.10, is vermeld – uiteindelijk niet in de dagvaarding is verwerkt omdat de termijn van zes maanden waarbinnen dat beroep moet worden gedaan was verstreken toen de dagvaarding werd uitgebracht. De conceptdagvaarding is – zo heeft verweerder ter zitting erkend – na de goedkeuring door klager nog bijna negen maanden blijven liggen wegens drukte bij (de medewerker van) verweerder.

5.23 Verweerder heeft zijn keuze om zich niet op het BBA te beroepen als volgt gemotiveerd. Een beroep op het BBA impliceert dat sprake moet zijn van een arbeidsovereenkomst. Als een arbeidsovereenkomst eindigt door een ontslag op staande voet omdat een werknemer een dringende reden heeft gegeven (hetgeen een bewezen diefstal doorgaans zal zijn), dan is de werknemer schadeplichtig op grond van art. 7:677 lid 2 en 3 BW. Verweerder heeft het risico dat klager terecht een dringende reden wordt verweten dermate groot ingeschat dat hij deze route niet heeft willen volgen.

5.24 De raad volgt verweerder niet in deze afweging. Hoewel het zeker pleitbaar zou zijn geweest dat tussen klager en het transportbedrijf feitelijk een arbeidsovereenkomst bestond, is dat niet noodzakelijk voor een beroep op artikel 6 BBA (oud). Artikel 6 BBA (oud) voorziet immers ook in een opzegverbod als sprake is van, kort gezegd, een afhankelijke opdrachtnemer. Het was naar het oordeel van de raad zeer verdedigbaar geweest dat klager zo'n opdrachtnemer was. In dat geval speelt art. 7:677 lid 2 en 3 BW geen rol en speelt dus ook het door verweerder benoemde specifieke risico geen rol. De afweging die verweerder hier heeft gemaakt past volgens de raad niet in hetgeen wordt verwacht van een redelijk bekwame en redelijk handelende advocaat.

5.25 Ten derde is de raad van oordeel dat verweerder door in de sommatiebrief van 19 oktober 2012 namens klager de opzegging te accepteren zonder een beroep te doen op het niet in acht nemen van een opzegtermijn geen juiste strategie heeft gekozen. Door de keuze om de opzegging te aanvaarden wordt de weg van het voortzetten van de overeenkomst afgesloten. Klager heeft weliswaar verklaard dat hij niet meer terug wilde omdat hij niet werd betaald, maar dat laat onverlet dat inzetten op een terugkeer een strategisch middel kan zijn. Het lijkt alsof verweerder deze optie in het geheel niet heeft overwogen. Ook heeft verweerder geen afdoende verklaring kunnen geven voor het niet vragen van een vergoeding voor het niet in acht nemen van een opzegtermijn door het transportbedrijf. Dat geen schriftelijke overeenkomst bestond en dat niet op voorhand vaststond dat sprake was van een arbeidsovereenkomst vormt niet een afdoende verklaring van die keuze. Ook ingeval de overeenkomst met het transportbedrijf als een overeenkomst van opdracht gekwalificeerd had moeten worden, zou het beëindigen daarvan zonder het in acht nemen van een opzegtermijn onder de omstandigheden van het geval verplichten tot schadevergoeding. Daarbij speelt een rol dat klager al sinds 2006 uitsluitend voor het transportbedrijf werkte.

5.26 Het bovenstaande in overweging nemend is de raad van oordeel dat verweerder niet heeft voldaan aan de hierboven genoemde professionele standaard. Klachtonderdeel e) is derhalve gegrond.

6 MAATREGEL EN OORDEEL EX ARTIKEL 48 LID 10 ADVOCATENWET

6.1 Verweerder beschikt niet over een afdoende kantoorklachtenregeling, heeft een klacht van klager niet aan zijn klachtenfunctionaris doorgeleid en heeft klager onvoldoende geïnformeerd over de bestaande mogelijkheid om gefinancierde rechtsbijstand te verkrijgen. Daarnaast is verweerder tekortgeschoten in zijn informatie- en adviesverplichting jegens klager. Met name heeft hij nagelaten klager adequaat te adviseren over (essentiële onderdelen van) zijn rechtspositie en het risico van een proceskostenveroordeling, heeft hij de getuigenverhoren onvoldoende met klager en diens echtgenote voorbereid en heeft hij het eindvonnis en de kansen en risico's van een hoger beroep daartegen onvoldoende besproken. Ook is verweerder tekortgeschoten in de inhoudelijke behandeling van de zaak zoals bij de beoordeling van klachtonderdeel e) is uiteengezet. Die laatste tekortkoming mag verweerder te meer worden aangerekend nu hij zich afficheert als arbeidsrechtsspecialist. Er is sprake van een wezenlijke tekortkoming in de kwaliteit van de dienstverlening van verweerder.

6.2 Gelet op alle omstandigheden van het geval acht de raad de maatregel van voorwaardelijke schorsing voor de duur van één maand passend met een proeftijd van twee jaar en met verkorting van de inzagetermijn, bedoeld in artikel 8a lid 3 Advocatenwet, tot twee jaar.

6.3 De raad ziet voorts aanleiding om het oordeel uit te spreken dat verweerder jegens klager niet de zorgvuldigheid heeft betracht die bij een behoorlijke rechtshulpverlening betaamt (artikel 48 lid 10 Advocatenwet).

7 GRIFFIERECHT EN KOSTENVEROORDELING

7.1 Aangezien de klacht gegrond wordt verklaard, moet verweerder het door klager betaalde griffierecht aan hem vergoeden.

7.2 De raad ziet daarnaast aanleiding om verweerder overeenkomstig artikel 48, zesde lid, Advocatenwet te veroordelen in de kosten die klager in verband met de behandeling van de klacht redelijkerwijs heeft moeten maken. Deze proceskosten worden vastgesteld op een bedrag van EUR 25 aan reiskosten. De raad ziet geen aanleiding verweerder tevens te veroordelen in de door klager gemaakte kosten van juridische bijstand. De raad erkent wel dat het indienen van een klacht als de onderhavige juridische kennis en ervaring vraagt, maar wijst erop dat de deken een klager die daarom verzoekt behulpzaam is bij het op schrift stellen dan wel het verduidelijken van de klacht (artikel 46c lid 1 Advocatenwet).

7.3 De raad ziet aanleiding om verweerder overeenkomstig artikel 48, zesde lid, Advocatenwet te veroordelen in de kosten die ten laste komen van de Nederlandse Orde van Advocaten in verband met de behandeling van de zaak. Deze proceskosten worden vastgesteld op EUR 1.000 en moeten binnen vier weken na het onherroepelijk worden van deze beslissing aan de Nederlandse Orde van Advocaten worden betaald. Dit bedrag kan worden betaald op rekeningnummer IBAN:NL85 INGB 0000 079000, BIC:ING-BNL2A, t.n.v. Nederlandse Orde van Advocaten, Den Haag, onder vermelding van "kostenveroordeling" en het zaaknummer.

BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart klachtonderdelen a, c, d en e gegrond;
- verklaart klachtonderdeel b ongegrond;
- legt aan verweerder op de maatregel van schorsing in de uitoefening van de praktijk voor de duur van één maand;
- bepaalt dat deze maatregel niet ten uitvoer zal worden gelegd tenzij de raad van discipline later anders mocht bepalen op de grond dat verweerder binnen de hierna te vermelden proeftijd zich opnieuw schuldig heeft gemaakt aan een in artikel 46 van de Advocatenwet bedoelde gedraging;

- stelt de proeftijd op een periode van twee jaar, ingaande op de dag dat deze beslissing onherroepelijk wordt;
- bepaalt dat verweerder jegens klager niet de zorgvuldigheid heeft betracht die bij een behoorlijke rechtshulpverlening betaamt;
- veroordeelt verweerder tot betaling van het griffierecht van EUR 50,00 aan klager;
- veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten van EUR 25,00 aan klager;
- veroordeelt verweerder tot betaling van de proceskosten van EUR 1.000,00 aan de Nederlandse Orde van Advocaten;
- bepaalt dat de in artikel 8a, derde lid, van de Advocatenwet bedoelde termijn wordt verkort tot twee jaar.

Aldus beslist door mr. A.P. Schoonbrood-Wessels, voorzitter, mrs. H.C.M.J. Karskens, E.C. Gelok, S. van Andel en L.H. Rammeloo , leden, bijgestaan door mr. J.H. Bennaars als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 28 november 2017.

Griffier Voorzitter

mededelingen van de griffier ter informatie:

verzending

Deze beslissing is in afschrift op 28 november 2017 verzonden.