RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 19-704/A/A

Beslissing van de voorzitter van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam
van 25 november 2019
in de zaak 19-704/A/A
naar aanleiding van de klacht van:
klager
tegen:
verweerder
De plaatsvervangend voorzitter van de raad van discipline (hierna: de voorzitter) heeft kennisgenomen van de brief van de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Amsterdam (hierna: de deken) van 10 oktober 2019 met kenmerk 910992, door de raad ontvangen op 14 oktober 2019, en van de op de daarbij gevoegde inventarislijst vermelde stukken.

1 FEITEN

Voor de beoordeling van de klacht wordt, gelet op de stukken, van de volgende feiten uitgegaan.

1.1 Klager heeft een geschil gehad met zijn (voormalige) werkgever. Met betrekking tot dat geschil werd klager in eerste instantie bijgestaan door Stichting Wetwinkel Amsterdam (hierna: de Wetwinkel). Op 25 januari 2018 heeft de Wetwinkel namens klager de kantonrechter van de rechtbank Amsterdam verzocht de opzegging van klagers arbeidsovereenkomst te vernietigen. Bij beschikking van 24 juli 2018 heeft de kantonrechter klager niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoek omdat het verzoekschrift te laat is ingediend.

1.2 Klager heeft zich vervolgens tot verweerder gewend met het verzoek hem verder bij te staan. Bij e-mail van 22 augustus 2018 heeft verweerder klager onder meer geschreven:

“Wat ik zal doen is hoger beroep instellen tegen de beschikking van de kantonrechter van 24 juli 2018. (…) Wat opvalt is dat de rechter een beschikking op grond van artikel 96 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering heeft gewezen. Dit kan alleen als partijen besluiten om een geschil gezamenlijk aan de kantonrechter voor te leggen. U zegt dat dit niet is gebeurd en uit de stukken die ik nu voorhanden hebt blijkt ook niet dat partijen hebben afgesproken dat u en de wederpartij dit hebben afgesproken. Dit is een belangrijk punt omdat geen hoger beroep openstaat tegen beschikkingen die op de voet van artikel 96 Rv gewezen zijn – tenzij – partijen zich het recht hebben voorbehouden om in hoger beroep te gaan. U heeft gezegd dat u bij de kantonrechter heeft gezegd dat u in hoger beroep gaat als de uitkomst u niet bevalt. Ik lees dat niet terug in de beschikking. Aangetoond moet dus worden dat het hier niet gaat om een op grond van artikel 96 Rv behandelde zaak. Hierover zal het proces-verbaal van de zitting uitsluitsel moeten geven. Als deze hobbel genomen is (en het is nog maar de vraag of die hobbel genomen kan worden) dan moet u aantonen dat u tijdig naar de kantonrechter bent gegaan. U bent namelijk te laat volgens de kantonrechter. De kantonrechter zegt namelijk in zijn be-

schikking dat u op 24 november 2017 telefonisch bent ontslagen. U zegt dat u dit helemaal niet heeft gezegd. Ook hierover moet het proces-verbaal uitsluitsel geven. Wel ondersteunt de pleitnota uw standpunt want daarin staat namelijk dat u ontslagen zou worden en niet dat u ontslagen bent. Als ook deze hobbel genomen is dan komt de vraag aan de orde of u zich schuldig heeft gemaakt aan werkweigering. (…)
Zoals u ziet zitten er nogal wat haken en ogen aan deze zaak. Ik kan daardoor niet inschatten hoe groot de kans op succes is."
1.3 Op 22 oktober 2018 heeft verweerder klager het concept van het beroepsschrift gestuurd. In de begeleidende e-mail heeft verweerder klager onder meer geschreven:
"Zoals aangegeven ligt de zaak lastig omdat uw vorige gemachtigde de zaak bij de verkeerde kantonrechter heeft aangebracht. Ik vermoed dat het daarom is dat de kantonrechter er een artikel 96 Rv zaak van gemaakt heeft. Probleem is dat je dan niet in hoger beroep kunt, tenzij je uitdrukkelijk zegt dat je dit wel wilt kunnen doen. Dit zie ik echter niet in de beschikking staan. (…)
Ik wijs er nogmaals op dat u de proceskosten van de wederpartij (bijdrage advocaatkosten en griffierecht) moet betalen als u de zaak verliest. De kans daarop is groot gelet op de hobbels die genomen moeten worden."
1.4 Op 23 oktober 2018 heeft verweerder namens klager bij het gerechtshof Amsterdam (hierna: het hof) hoger beroep ingesteld tegen de beschikking van de kantonrechter van 24 juli 2018. In het beroepsschrift staat onder meer het volgende:
"Grond 1 De kantonrechter overweegt ten onrechte dat [klager] op 24 november 2017 te horen heeft gekregen dat hij was ontslagen (3)
8. Deze overweging vindt geen steun in de stukken. [Klager] heeft immers niet op 24 november 2017 te horen gekregen dat hij was ontslagen. Hij heeft slechts te horen gekregen dat [de werkgever] voornemens was zijn arbeidsovereenkomst te beëindigen. Dit zijn twee verschillende dingen.
9. Pas bij e-mail van 11 december 2017 ontving [klager] voor het eerst een ongedateerde brief waarin staat dat hij op 24 november 2017 is ontslagen.
10. Nu [klager] betwist dat zijn arbeidsovereenkomst op 24 november 2017 is opgezegd en de ongedateerde brief die [klager] bij e-mail van 11 december 2017 voor het eerst heeft ontvangen ook geen opzegging inhoudt (er staat slechts dat zijn dienstverband per 24 november 2017 is beëindigd), is het aan [de werkgever] om te bewijzen dat zij al op 24 november 2017 heeft opgezegd. Dit bewijs is echter door [de werkgever] niet geleverd zodat één en ander voor rekening en risico van [de werkgever] komt en behoort te blijven. (…)
Grond 2 De kantonrechter heeft ten onrechte geoordeeld dat [klager] zijn verzoek niet tijdig heeft gedaan (5)
12. In het verlengde hiervan heeft de kantonrechter ten onrechte geoordeeld dat (…) [klager] zijn verzoek te laat heeft ingediend en heeft hij eveneens ten onrechte geoordeeld dat [klager] niet-ontvankelijk is in zijn verzoek.
13. Uitgaande van de datum van 11 december 2017 heeft [klager] door zijn verzoek op 25 januari 2018 in te dienen, dit tijdig gedaan."
1.5 Bij beschikking van 30 april 2019 heeft het hof de beschikking van de kantonrechter bekrachtigd. Het hof heeft hiertoe onder meer het volgende overwogen:
"3.7 Tijdens de mondelinge behandeling in hoger beroep heeft [klager] naar aanleiding van vragen van het hof geantwoord dat hij op 24 november 2017 wel een gesprek heeft gehad met de bedrijfsarts, maar dat op die datum geen sprake is geweest van een (telefoon)gesprek tussen hem en enige vertegenwoordiger van [de werkgever]. Ook nadat een van de raadsheren hem had voorgehouden dat dit antwoord afweek van hetgeen eerder namens hem was gesteld, heeft [klager] in zijn standpunt dat op 24

november 2017 tussen hem en [de werkgever] geen (telefoon)gesprek heeft plaatsgevonden, volhard.
3.8 In het verzoekschrift in eerste aanleg is – door een andere gemachtigde dan de huidige advocaat – namens [klager] gesteld: 'Werkgever heeft hem mondeling laten blijken de overeenkomst op te willen zeggen per 24-11-2017. Verzoeker heeft hierop een schriftelijke bevestiging gevraagd. Hij heeft deze ontvangen in de vorm van een e-mail op 11-12-2017 met bijgevoegd een ontslagbrief zonder dagtekening." Blijkens de schriftelijke pleitaantekeningen is dit tijdens de mondelinge behandeling in eerste aanleg namens [klager] herhaald. [Klager] heeft in eerste aanleg verzocht "het ontslag van 24 november 2017" ongeldig te verklaren.
3.9 Het hof acht de mededeling van [klager] ter zitting in hoger beroep, dat er tussen hem en (een vertegenwoordiger van) [de werkgever] op 24 november 2017 helemaal geen (telefonisch) contact heeft plaatsgevonden, niet geloofwaardig, gelet op de door of namens [klager] veelvuldige gedane andersluidende eerdere mededelingen, gelet op het ontbreken van enige toelichting zijdens [klager] waarom thans een ander standpunt dan voorheen wordt ingenomen en gelet op de consistente verklaringen namens [de werkgever] (…) Het hof gaat er daarom van uit dat er op 24 november 2017, nadat [klager] op die dag bij de bedrijfsarts was geweest en de bedrijfsarts hierover contact heeft gehad met [de werkgever], tussen [klager] en [de werkgever] een telefoongesprek heeft plaatsgevonden.
3.10 [Klager] stelt dat [de werkgever] hem in dat gesprek geen ontslag heeft gegeven, maar slechts een voornemen tot ontslag kenbaar is gemaakt. Het hof constateert dat [klager] in eerste aanleg bij herhaling heeft gesteld dat [de werkgever] op die dag mondeling heeft laten blijken de overeenkomst per die dag "op te willen zeggen". [Klager] verzoekt in eerste aanleg ook "het ontslag van 24-11-2017" te vernietigen. [Klager] heeft na 24 november ook niet meer gewerkt. [De werkgever] heeft bij herhaling en consequent het standpunt ingenomen dat op 24 november 2017 een mondeling en direct ingaand ontslag is gegeven wegens werkweigering omdat [klager] geen aangepaste werkzaamheden wilde verrichten hoewel hij daartoe wel in staat was volgens de bedrijfsarts. Het hof gaat er daarom van uit dat [de werkgever] [klager] op 24 november 2017 mondeling en per direct heeft ontslagen. (…)
3.11 De vervolgens te beantwoorden vraag is of het op 25 januari 2018 ingediende verzoekschrift tijdig is ingediend. Uit artikel 7:686a BW volgt, en door [klager] is ook niet weersproken, dat als de arbeidsovereenkomst op 24 november 2017 is geëindigd, het verzoekschrift met inachtneming van artikel 7:686a lid 4 aanhef en onder a BW uiterlijk op 24 januari 2018 had moeten zijn ingediend.
(…)
3.14 Het voorgaande betekent dat op 25 januari 2018, de datum dat het verzoekschrift tot vernietiging van het op 24 november 2017 gegeven ontslag werd ingediend, de daarvoor geldende vervaltermijn was verstreken. De kantonrechter heeft [klager] daarom op goede gronden in zijn verzoek niet-ontvankelijk verklaard."
1.6 Op 1 mei 2019 heeft verweerder de beschikking van het hof aan klager toegestuurd. In de begeleidende e-mail heeft verweerder klager onder meer geschreven: "De reden dat het gerechtshof uw verzoek in hoger beroep heeft afgewezen is dat het gerechtshof meent dat u op 24 november 2017 wel bent ontslagen. Dit maakt het hof op uit uw verklaringen (u verklaarde ter zitting iets anders dan wat in de stukken staat) en uit de stukken die opgesteld zijn door uw vorige gemachtigde (…)
Ik begrijp dat u teleurgesteld zult zijn (hoewel ik u steeds gezegd heb dat de kans om te winnen niet groot was ging u er wel vanuit dat u wel zou winnen) maar met deze uitspraak zult u het moeten doen. Natuurlijk kunt u cassatieberoep instellen bij de Hoge

Raad (…) maar u dient zich dan wel te realiseren dat de Hoge Raad niet meer kijkt naar wat er gebeurd is maar alleen naar of het recht is toegepast. Ik zie zelf geen kans op succes als u de zaak aan de Hoge Raad voorlegt, maar ik doe geen cassatiezaken."

1.7 Verweerder heeft in totaal een bedrag van € 3.878,05 aan klager gedeclareerd.

1.8 Bij brief van 13 mei 2019 heeft klager bij de deken een klacht ingediend over verweerder.

2 KLACHT

2.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat hij namens klager een procedure bij het hof aanhangig heeft gemaakt, terwijl hij wist althans kon weten dat klager niet-ontvankelijk zou worden verklaard. Verweerder heeft klager ten onrechte hoop gegeven op een goede afloop van de zaak. Voor de behandeling van het hoger beroep heeft klager € 3.878,05 aan verweerder betaald, terwijl het een bij voorbaat kansloze procedure was.

3 VERWEER

3.1 Verweerder voert verweer dat hierna, voor zover van belang, zal worden weergegeven.

4 BEOORDELING

4.1 De voorzitter 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 over 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.

4.2 De voorzitter overweegt als volgt. Uit het klachtdossier volgt dat klager in eerste aanleg door de kantonrechter niet-ontvankelijk is verklaard omdat het verzoekschrift (door zijn voormalige gemachtigde) te laat was ingediend. Klager heeft verweerder hierop verzocht namens hem hoger beroep in te stellen tegen de beschikking van de kantonrechter. In zijn e-mails van 22 augustus 2018 (zie hiervoor, 1.2) en 22 oktober 2018 (zie hiervoor, 1.3) heeft verweerder klager gewezen op de beperkte slagingskans van het hoger beroep, onder meer vanwege de te late indiening van het verzoekschrift. Klager heeft desondanks kennelijk besloten het hoger beroep door te zetten. In hoger beroep heeft verweerder gemotiveerd verweer gevoerd tegen de niet-ontvankelijkverklaring door de kantonrechter. Het hof is hier echter niet in mee gegaan, onder meer vanwege de eigen (tegenstrijdige) verklaringen van klager. Hoewel het ontraden van hoger beroep door verweerder wat duidelijker had gekund, heeft verweerder klager gelet op het voorgaande afdoende gewaarschuwd voor de beperkte slagingskans van het hoger beroep. De klacht is dan ook kennelijk ongegrond.

BESLISSING

De voorzitter verklaart:

de klacht, met toepassing van artikel 46j Advocatenwet, kennelijk ongegrond.

Aldus in het openbaar uitgesproken door mr. E.J. van der Molen, plaatsvervangend voorzitter, met bijstand van mr. S. van Excel als griffier op 25 november 2019.

Griffier Voorzitter

mededelingen van de griffier ter informatie:

Deze beslissing is in afschrift op 25 november 2019 verzonden.