

ECLI:NL:RBNNE:2017:4360

Instantie	Rechtbank Noord-Nederland
Datum uitspraak	15-11-2017
Datum publicatie	28-11-2017
Zaaknummer	C/17/150749 / HA ZA 16-236
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - enkelvoudig Tussenuitspraak
Inhoudsindicatie	Beroepsfout advocaat. schending zorgplicht, onrechtmatig handelen
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

—

vonnis

RECHTBANK NOORD-NEDERLAND

Afdeling privaatrecht

Locatie Leeuwarden

zaaknummer / rolnummer: C/17/150749 / HA ZA 16-236

Vonnis van 15 november 2017

in de zaak van

[eiseres] ,

wonende te [woonplaats] ,

eiseres,

advocaat: mr. W. Sleijfer te Leeuwarden,

tegen

[gedaagde] ,

kantoorhoudende te [vestigingsplaats] ,

wonende te [woonplaats] ,

gedaagde,

advocaat: mr. A.M. van Cappelle te Rotterdam.

Partijen zullen hierna [eiseres] en [gedaagde] genoemd worden.

1 De procedure

1.1. Het verdere verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnis van 25 januari 2017;
- het proces-verbaal van comparitie van 20 maart 2017;
- de akte na comparitie van [eiseres] ;
- de antwoordakte na comparitie van [gedaagde] ;
- een akte uitlating producties van [eiseres] .

1.2. Ten slotte is wederom vonnis bepaald.

2 De feiten

2.1. De echtgenoot van [eiseres] , de heer [X] (hierna te noemen [X]), geboren op [geboortedatum] , is op 16 augustus 2004 bij VOF [B] (hierna te noemen de VOF) te [vestigingsplaats] in vaste dienst getreden in de functie van receptionist.

2.2. In 2005 is vastgesteld dat [X] leed aan de ziekte ALS (Amyotrofische Lateraal Sclerose). Deze diagnose is in juli 2005 door het UMC Groningen gesteld. De door [eiseres] overgelegde medische rapportage van Prof. Dr. J.B.M. Kuks, neuroloog bij het UMC Groningen, van 16 juni 2005 vermeldt (voor zover van belang):

Sinds april 2004 heeft hij langzaam progressieve problemen met lof kracht, met name distaal in de voeten neemt af. (...) Spreken/slikken is onveranderd. Patient slechts 10 tot 15 meter lopen.

en de vervolgrapportage van 14 juli 2005 vermeldt, voor zover van belang:

Samen met het klinische beeld moeten we wel concluderen dat hier sprake is een motore voorhoornaandoening type amyotrofisch lateraalsclerose.

2.3. In het kader van een second opinion (teneinde te onderzoeken of sprake is van familiale ALS,

gezien klachten bij de oudste broer van [X]) is [X] in oktober 2005 onderzocht door het UMC Utrecht. Het UMC Utrecht heeft de diagnose ALS op 11 oktober 2005 bevestigd. De medische rapportage hierover vermeldt (voor zover van belang):

(...) vanaf maart 2004 kreeg hij toenemend problemen met lopen, hij had minder controle over de benen en krachtsverlies. Sinds die tijd zijn de klachten langzaam maar zeker progressief, al hoewel hij de laatste maanden het gevoel heeft dat het iets beter gaat. Hij kan bijvoorbeeld weer autorijden, omdat hij weer op de rem kan drukken en kan de spieren in zijn benen weer iets aanspannen. (...) Hij heeft geen problemen met spreken of slikken. (...) Patient (...) werkt achter de balie in een garage.

(...) Conclusie: ALS

2.4. Ondanks zijn ziekte is [X] nog enige tijd blijven doorwerken.

2.5. Nadat [X] was doorverwezen voor revalidatie heeft mevrouw M.T. Hartlief, revalidatiearts bij het Centrum voor Revalidatie, locatie Beetsterzwaag, bij brief van 17 november 2005 aan de huisarts van [X] het volgende gerapporteerd (voor zover van belang):

Op 31-10-2005 werd (...) patiënt gezien voor een startgesprek (...)

Diagnose

ALS met zwakte van ademhalingsmusculatuur en gegeneraliseerde uitval aan de benen meer dan aan de armen.

Medische voorgeschiedenis

(...) Vanaf maart 2004 achteruitgang van loopfunctie op basis van parese en verminderde coördinatie (...) Sindsdien algehele achteruitgang. De ademfrequentie is verhoogd (...)

Niveau van functioneren

Patiënt loopt in huis korte afstanden met 2 elleboogkrukken, langere afstanden met een rolstoel.

Maatschappelijk

(...) In het huis zijn al diverse aanpassingen aangevraagd, o.a. badkamer, toilet en trap. Patiënt werkte tot half oktober 2005 achter de balie in een garagebedrijf.

Psychisch

Patiënt heeft pas sinds kort een definitieve diagnose vernomen, is bezig dit te verwerken. Er is geen sprake van emotionele ontremming.

Communicatief

Patiënt heeft een snelle ademfrequentie, kan goed articuleren en is goed te verstaan.

Onderzoek

Algemeen

(...)

Functioneren: patiënt kan niet los staan, loopt met veel moeite in Trendelenburg-gang met 2 elleboogkrukken enkele passen.

2.6. In een vervolgbrief van 24 november 2005 vermeldt mevrouw M.T. Hartlief, revalidatiearts (voor zover van belang):

Vanaf 14-11-2005 is bovengenoemde patiënt in poliklinische revalidatiebehandeling bij Revalidatie Friesland, locatie Beetsterzwaag.

(...)

Patiënt was van 01-11-2005 t/m 11-11-2005 opgenomen in het UMCG voor instelling op non-

invasieve ademhalingsondersteuning 's nachts.

2.7. Tussen [X] en de VOF is op 28 december 2005 een vaststellingsovereenkomst gesloten. De tekst van deze vaststellingsovereenkomst luidt (voor zover van belang):

De ondergetekenden:

1. de vennootschap onder firma V.O.F. [B] , gevestigd te [vestigingsplaats] , te deze zake rechtsgeldig vertegenwoordigd door mevrouw [A] , hierna te noemen: werkgeefster;

en

2. de heer [X] , wonende te [woonplaats] , hierna te noemen: werknemer;

in aanmerking nemende dat:

- werknemer is sedert 16 augustus 2004 bij werkgeefster in vaste dienst;

- partijen in ieder geval per 1 februari 2006 hun arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden wensen te beëindigen;

- partijen bij elkaar te rade zijn gegaan en afspraken hebben gemaakt over de beëindiging van de tussen hen bestaande arbeidsovereenkomst.

Verklaren te zijn overeengekomen dat:

1. De arbeidsovereenkomst tussen partijen eindigt met wederzijds goedvinden per 1 februari 2006. Louter ter vermijding van onnodige WW-risico's voor werknemer zullen partijen een pro forma-ontbindingsprocedure voeren. (...)

(...)

4. Werkgeefster neemt de kosten van rechtsbijstand voor haar rekening, mits werknemer zich laat bijstaan door [gedaagde] , werkzaam bij [Z] Advocaten te

[vestigingsplaats] , en bij onvoorwaardelijke en integrale acceptatie van deze vaststellingsovereenkomst;

(...)

6. Werkgeefster zal aan werknemer na beëindiging van het dienstverband een vergoeding voldoen 1,5 bruto maandsalaris te vermeerderen met vakantiegeld, zijnde een bedrag groot € 4.276,80.

2.8. [gedaagde] , advocaat, heeft [X] in december 2005 bijgestaan als gemachtigde in het kader van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst tussen de VOF en hem op grond van artikel 7:685 BW (oud). Het verzoekschrift tot ontbinding namens de VOF is binnengekomen ter griffie van het kantongerecht te Leeuwarden op 29 december 2005, het verweerschrift op 30 december 2005. De kantonrechter te Leeuwarden heeft bij (zogenaamde "pro forma") beschikking van 30 december 2005 - zonder dat een mondelinge behandeling van het verzoek heeft plaats gevonden - de arbeidsovereenkomst ontbonden wegens het vervallen van de functie van [X] tengevolge van een reorganisatie, onder toekenning van een vergoeding aan [X] (zoals aangeboden door de VOF) ten laste van de VOF van € 4.276,80 bruto. De kantonrechter heeft zich er daarbij volgens de beschikking van vergewist dat het verzoek geen verband hield met het bestaan van een opzegverbod.

2.9. [X] heeft na het beëindigen van de arbeidsovereenkomst per 1 februari 2006 een WW-uitkering aangevraagd en ontvangen.

2.10. Op 18 juni 2007 heeft [X] een WIA-uitkering aangevraagd. De verzekeringsgeneeskundige rapportage van 5 juli 2007 van mevr. T. Wolters, verzekeringsarts, vermeldt (voor zover van belang):

2 Onderzoek

(...)

2.2. Onderzoeksgegevens

2.2.1. Dossiergegevens

Cliënt is een 48-jarige man, werkzaam geweest als receptionist voor 40 uur per week. Op 01-08-2005 meldde cliënt zich arbeidsongeschikt voor dit werk vanwege toenemende lichamelijke functiestoornissen.

(...)

4 Conclusie

Cliënt is als gevolg van een chronische progressieve neurologische stoornis waarvoor geen behandel mogelijkheden bestaan ADL-afhankelijk en bedlegerig. Hij is volledig en duurzaam arbeidsongeschikt. Er is een indicatie tot ophoging van de uitkering tot 100% wegens hulpbehoefendheid.

2.11. De begeleidende brief van UWV van 10 augustus 2007 bij de verzekeringskundige rapportage, waarbij [X] een IVA-uitkering toegekend heeft gekregen, vermeldt:

De ingangsdatum van uw uitkering

Uw eerste ziekte dag is 1 augustus 2005. Het recht op uitkering ontstaat wanneer u 104 weken lang door ziekte niet kon werken. Daarom begint uw uitkering op 30 juli 2007.

2.12. [X] is op 19 maart 2013 overleden aan de gevolgen van de ziekte ALS.

2.13. [eiseres] heeft [gedaagde] bij brief van 27 augustus 2013 aansprakelijk gesteld voor de door haar geleden schade als gevolg van de wijze waarop

[gedaagde] [X] in 2005 heeft bijgestaan in het kader van de pro forma ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Bij brief van 16 oktober 2013 heeft de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van [gedaagde] , HDI, de aansprakelijkheid afgewezen omdat de vordering tot schadevergoeding volgens HDI was verjaard en [eiseres] had gehandeld in strijd met de klachtplicht. Namens [eiseres] is op 21 oktober 2013 gereageerd op deze brief van HDI, waarbij zij de standpunten van HDI niet heeft aanvaard.

2.14. HDI heeft bij brief van 28 februari 2014 duidelijkheid verzocht aan de advocaat van [eiseres] omtrent de (beweerdelijke) schade van [eiseres] die zou voortvloeien uit de ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

2.15. Namens [eiseres] is hierop op 4 maart 2014 als volgt gereageerd (voor zover van belang):

Als gevolg van het ontslag tijdens ziekte, is er door de werkgever van thans wijlen de echtgenoot van cliënte, een afmelding gedaan van de deelname aan het verplichte pensioenfonds (klein metaal), hetgeen ook een afmelding van de in de CAO verplichte deelname aan de collectieve ANW verzekering tot gevolg heeft gehad.

Omdat in het bedrijfstakpensioenfonds premievrijstelling bij algehele arbeidsongeschiktheid van toepassing is, zou bij afkeuring (wat nu tijdens de WW-periode heeft plaatsgevonden) de opbouw van het ouderdomspensioen, maar m.n. de dekking voor het nabestaanden pensioen volledig in tact zijn gebleven.

In materiële zin zijn hierdoor de rechten op het ANW deel (ca. € 13.000 per jaar tot pensioen gerechtigde leeftijd) en het nabestaanden pensioen van 70% over het maximaal op te bouwen ouderdomspensioen teloor gegaan.

Het is in de opinie van cliënte evident, dat haar echtgenoot de vaststellingsovereenkomst met zijn toenmalige werkgever niet zou hebben gesloten, indien hij door uw verzekerde op de consequenties daarvan zou zijn geweest.

2.16. Bij e-mailbericht van 10 april 2014 heeft HDI aan de raadsman van [eiseres] verzocht de vordering van [eiseres] nader te onderbouwen waarbij een aantal concrete vragen is gesteld. Op 9 mei 2014 zijn de vragen van HDI door de raadsman van [eiseres] per e-mail onder meer als volgt beantwoord (voor zover van belang):

2 Premievrije voortzetting pensioen

Er is geen verzoek tot premievrije voortzetting ingediend, aangezien de definitieve vaststelling van de arbeidsongeschiktheid eerste plaatsvindt nadat de "ziekte"-periode nagenoeg voorbij is. De werkgever heeft een loondoorbetalingsverplichting gedurende 104 weken bij ziekte. Eerst na deze periode wordt door de UWV vastgesteld of er sprake is van arbeidsongeschiktheid. (...)

(...)

4. Diagnose ALS.

De diagnose -met 100% zekerheid- is gesteld medio 2005. Reeds toen kon wijlen de heer [X] zich niet meer zelfstandig voortbewegen., Omdat hij ook niet meer in staat was zelf een auto te besturen, hebben collegae van wijlen de heer [X] hem nog gedurende enkele maanden van huis naar zijn werk en vice versa gebracht.

De werkgever is direct na de vaststelling van de ziekte ALS daarvan in kennis gesteld.

(...)

Cliënte gaat ervan uit, dat [gedaagde] zowel door wijlen de heer [X] als door de werkgever is geïnformeerd. Het is in dit verband overigens evident, dat [gedaagde] de situatie van wijlen de heer [X] zelf feitelijk kon vaststellen: zoals vermeld kon wijlen de heer [X] zich al niet meer zelfstandig voortbewegen. Reeds dat gegeven had [gedaagde] aanleiding moeten geven zich zo nodig nader te laten informeren omtrent de gezondheidssituatie van wijlen de heer [X] .

2.17. Bij brief van 6 januari 2015 heeft [eiseres] bij de Raad van Toezicht van de Orde van Advocaten in het arrondissement Noord-Nederland een klacht ingediend tegen [gedaagde] . [gedaagde] heeft in die procedure verweer gevoerd. Bij brief van

1 oktober 2015 heeft de deken de klacht ter kennis van de Raad van Discipline gebracht. De Raad van Discipline heeft op 17 juni 2016 beslist dat [eiseres] niet-ontvankelijk is in haar klacht omdat de klacht niet binnen één jaar na de bekendheid met het gestelde onjuiste handelen is ingediend.

3 Het geschil

3.1. [eiseres] vordert bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

I. te verklaren voor recht dat [gedaagde] wanprestatie heeft gepleegd en/of onrechtmatig jegens [eiseres] heeft gehandeld, met veroordeling van

[gedaagde] tot vergoeding van de schade, reeds door [eiseres] geleden of nog te lijden, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, te vermeerderen met de wettelijke rente gerekend vanaf de dag van de beroepsfout tot aan die der algehele voldoening;

II. [gedaagde] te veroordelen om aan [eiseres] te betalen een bedrag van € 1.815,- uit hoofde van de buitengerechtelijke incassokosten te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum van de dagvaarding, althans vanaf een in goede justitie te bepalen datum, tot aan de dag van algehele voldoening;

III. [gedaagde] te veroordelen om aan [eiseres] te betalen de nakosten ten bedrage van € 131,- zonder betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis, vermeerderd met € 68,- in geval van betekening;

IV. [gedaagde] te veroordelen in de kosten van deze procedure, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf veertien dagen na betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis tot aan de dag van algehele voldoening.

3.2. [gedaagde] voert verweer en concludeert [eiseres] in haar vorderingen niet-ontvankelijk te verklaren althans haar deze te ontzeggen, met veroordeling van [eiseres] in de kosten van het geding, een en ander uitvoerbaar bij voorraad voor wat betreft de verzochte c.q. gevorderde kosten veroordeling.

3.3. Op de stellingen en verweren van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4 Het standpunt van [eiseres]

4.1. stelt dat [gedaagde] toerekenbaar tekort is geschoten in de op hem rustende verbintenis, dan wel dat hij onrechtmatig heeft gehandeld door niet de zorgvuldigheid te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat mag worden verwacht. [gedaagde] heeft volgens [eiseres] [X] onvolledig en onjuist geadviseerd in het kader van de ontbinding van zijn arbeidsovereenkomst.

4.2. [X] is volgens [eiseres] op 1 augustus 2005 bij de VOF ziek gemeld. Ondanks zijn ziekte is hij wel door blijven werken. De VOF heeft volgens [eiseres] om haar moverende redenen de arbeidsrelatie met [X] willen beëindigen, waarbij zij druk op hem heeft uitgeoefend om met het ontslag akkoord te gaan. De VOF had hier volgens [eiseres] baat bij, doordat zij aldus de loondoorbetalingsverplichting van 104 weken zou kunnen ontwijken. [eiseres] betwijfelt of een reorganisatie aan de ontbinding ten grondslag lag.

4.3. [eiseres] stelt voorts dat [gedaagde] wist, of in ieder geval had kunnen en moeten weten, van de ernstige ziekte van [X] (ALS) en de daarmee gepaard gaande korte levensverwachting. [X] heeft de diagnose ALS aan de VOF kenbaar gemaakt. Het is volgens haar onaannemelijk dat [X] en/of de VOF

[gedaagde] daarover niet hebben geïnformeerd. Bovendien had de fysieke gesteldheid van [X] voor [gedaagde] aanleiding moeten zijn om zich nader te laten informeren omtrent de gezondheidssituatie van [X] : al vóór de inschakeling van [gedaagde] was [X] al niet meer in staat om zich zelfstandig op eigen kracht voort te bewegen. In augustus 2005 heeft hij een rolstoel aangevraagd en een verzoek ingediend om aanpassing van de woning. [X] heeft de rolstoel verkregen en zijn woning is aangepast. Om bij het werk te komen werd [X] door zijn toenmalige collega, de heer

[Y] , van huis gehaald en teruggebracht. De stelling van [gedaagde] dat hij zich niet meer kan herinneren ooit een cliënt te hebben gehad in een arbeidszaak die ernstig ziek was of slecht ter been was verhoudt zich niet met de mededeling van [gedaagde] dat hij iedere cliënt persoonlijk spreekt om een zaak door te nemen. Als dat was gebeurd dan was de ziekte van [X] en zijn geringe levensverwachting zeker onderwerp van gesprek geweest.

4.4. [gedaagde] had voorts, aldus [eiseres] , gelet op de aard van de ziekte van [X] en de daarmee gepaard gaande korte levensverwachting, [X] dienen te wijzen op de grote gevolgen voor [X] van instemming met beëindiging van de arbeidsovereenkomst: de pensioenopbouw van [X] bij het Pensioenfonds Metaal en Techniek (PMT) werd gestaakt en hij werd afgemeld voor de conform de cao verplichte deelname aan de collectieve ANW-verzekering. Bovendien geldt dat bij PMT sprake is van premievrijstelling bij algehele arbeidsongeschiktheid alsmede dat bij afkeuring de opbouw

van het ouderdomspensioen en de dekking voor het nabestaandenpensioen volledig intact blijven, aldus [eiseres] . Volgens [eiseres] is onaannemelijk dat [X] met een ontbinding van de arbeidsovereenkomst zou hebben ingestemd indien hem de gevolgen daarvan door [gedaagde] duidelijk zouden zijn gemaakt. [X] had, in plaats van in te stemmen met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, tegen het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst verweer kunnen voeren en zondig had hij door middel van een ziekmelding een beroep kunnen doen op de WIA. Door akkoord te gaan met beëindiging van het dienstverband met de VOF zijn aanspraken op uitkeringen ingevolge de sociale wetgeving en een nabestaandenuitkering ten behoeve van [eiseres] verloren gegaan, aldus nog steeds [eiseres] .

- 4.5. [eiseres] stelt als gevolg van de onjuiste en onvolledige advisering door [gedaagde] schade te hebben geleden, bestaande in ieder geval uit een gederfde jaarlijkse uitkering van ongeveer € 13.000,- uit hoofde van de collectieve ANW-verzekering vanaf de datum van overlijden van [X] tot aan de AOW-gerechtigde leeftijd. Daar komt bij, aldus [eiseres] , dat, indien bij het pensioenfonds PMT premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid zou zijn gevraagd, bij overlijden van [X] het nabestaandenpensioen zou zijn gebaseerd op 49% van het laatste genoten loon van [X] .

5 Het standpunt van [gedaagde]

- 5.1. betwist dat er sprake is van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis, althans dat hij heeft gehandeld in strijd met de zorg die hij als advocaat had behoren te betrachten door in het kader van de pro forma ontbindingsprocedure geen onderzoek te doen naar de eventuele aanspraken van [eiseres] op nabestaandenpensioen en/of een ANW-uitkering in geval van overlijden van haar echtgenoot.
- 5.2. Volgens [gedaagde] was de door [X] aan hem verstrekte opdracht het veilig stellen van zijn WW-aanspraken door middel van het voeren van een pro forma ontbindingsprocedure. Deze opdracht heeft [gedaagde] , zo voert hij voorts aan, correct uitgevoerd. [gedaagde] betwist dat hij zich daarbij heeft laten leiden door de economische belangen van de VOF in plaats van door de belangen van [X] .
- 5.3. [gedaagde] betwist voorts dat [X] op het moment van advisering door hem in 2005 reeds arbeidsongeschikt was en dat de VOF een loondoorbetalingsverplichting bij ziekte had. Uit de door [eiseres] overgelegde brieven van augustus 2005, waarbij een rolstoel en een woonvoorziening werden aangevraagd, blijkt volgens [gedaagde] niet dat [X] (toen al) volledig arbeidsongeschikt was. Volgens [gedaagde] is pas na het beëindigen van de arbeidsovereenkomst vastgesteld dat [X] arbeidsongeschikt was. [gedaagde] baseert zich hierbij op de e-mail van 9 mei 2014 (rechtsoverweging 2.16.) namens [eiseres] aan HDI, waarin wordt gemeld dat aan het pensioenfonds nimmer is doorgegeven dat [X] arbeidsongeschikt zou zijn omdat pas na het eindigen van de arbeidsovereenkomst is vastgesteld dat [X] arbeidsongeschikt was.
- 5.4. Voorts betwist [gedaagde] dat hij wist, althans had moeten weten dat [X] (ernstig) ziek was op het moment dat hij hem bijstond in de pro forma ontbindingsprocedure. [gedaagde] acht aannemelijk dat hij [X] uitsluitend telefonisch heeft gesproken omdat hij zich een cliënt in een rolstoel of die zich moeilijk voortbeweegt zeker zou herinneren. [gedaagde] kan zich echter niet meer herinneren wat hij destijds telefonisch heeft besproken met [X] . [gedaagde] beschikt niet meer over de telefoon- en gespreksnotities omdat het dossier na het verstrijken van de bewaartermijn is vernietigd. Maar zelfs als [gedaagde] in december 2005 had geweten dat [X] sinds medio 2005 fysieke klachten ondervond en in oktober 2005 was gediagnosticeerd met ALS, dan was dat - zo heeft hij bij conclusie van antwoord aangevoerd - voor hem geen aanleiding geweest om nader in te gaan op de diagnose ALS en evenmin om [X] te adviseren niet akkoord te gaan met de pro forma

ontbinding. [X] was immers nog steeds arbeidsgeschikt ten tijde van de advisering, hetgeen ook blijkt uit het feit dat hij na de ontbinding een WW-uitkering heeft verkregen.

Bij antwoordakte na comparitie heeft [gedaagde] evenwel aangevoerd - persisterende bij het standpunt dat hij in december 2005 niet op de hoogte was van het ziektebeeld van [X] - dat als hij wel geweten of vermoed had dat [X] wel eens ernstig ziek zou kunnen zijn, hij natuurlijk nimmer een dergelijke 'pro forma' procedure zou hebben geadviseerd, omdat [X] in dat geval geen aanspraak had kunnen maken op een WW-uitkering, hetgeen nu juist de bedoeling en strekking van de opdracht van [gedaagde] was geweest.

- 5.5. Voorts voert [gedaagde] aan dat [X] , indien de VOF een inhoudelijk ontbindingsverzoek wegens bedrijfseconomische redenen had ingediend op het moment dat [X] zich (reeds) ziek had gemeld dan wel arbeidsongeschikt was, een ontbinding wegens bedrijfseconomische redenen, op basis van de toen geldende wetgeving en jurisprudentie, niet had kunnen tegenhouden. Een ontbindingsverzoek op basis van artikel 7:685 BW kon immers ook in geval van arbeidsongeschiktheid van een werknemer worden toegewezen indien het verzoek geen verband hield met het bestaan van een opzegverbod (zoals ziekte). [eiseres] zou in dat geval in dezelfde situatie hebben verkeerd als waarin zij nu verkeert, aldus [gedaagde] .
- 5.6. Voor zover de rechtbank zou oordelen dat sprake is van een beroepsfout door [gedaagde] , voert [gedaagde] subsidiair als verweer aan dat [eiseres] geen schade heeft geleden, omdat zij heeft nagelaten deze schade te onderbouwen. Volgens [gedaagde] is er ook geen aanleiding om de zaak naar een schadestaatprocedure te verwijzen, omdat [eiseres] in staat had moeten worden geacht haar schade reeds in de onderhavige procedure te onderbouwen. Het overlijden van [X] dateert immers reeds van 2013. Meer subsidiair betwist [gedaagde] het causaal verband tussen de (beweerdelijk) door [eiseres] geleden of nog te lijden schade en de gestelde toerekenbare tekortkoming dan wel onrechtmatige daad.

6 De beoordeling

- 6.1. De rechtbank begrijpt de gevorderde verklaring voor recht dat [gedaagde] wanprestatie heeft gepleegd en/of onrechtmatig heeft gehandeld jegens [eiseres] aldus dat [eiseres] zich op het standpunt stelt dat [gedaagde] , door [X] te adviseren om zijn medewerking te verlenen aan het beëindigen van het dienstverband met de VOF door middel van een 'pro forma' ontbindingsprocedure, een beroepsfout heeft gemaakt en dat zulks jegens haar onrechtmatig is.
- 6.2. Artikel 7:401 BW bepaalt dat een opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht dient te nemen. In het geval van [gedaagde] , die handelde als advocaat, dient als uitgangspunt dat een advocaat als beroepsbeoefenaar de zorgvuldigheid dient te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. Wanneer een advocaat een cliënt adviseert in het kader van een door een cliënt te nemen beslissing over een bepaalde kwestie, brengt deze zorgvuldigheidsplicht mee dat de advocaat de cliënt in staat stelt goed geïnformeerd te beslissen (HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4564). Het antwoord op de vraag of en in welke mate een advocaat de cliënt daarbij behoort te informeren over en te waarschuwen voor een bepaald risico, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In dat kader kan onder meer betekening toekomen aan de ernst en omvang van het desbetreffende risico, de mate van waarschijnlijkheid dat dit zich zal realiseren en de mate waarin de cliënt ervan heeft blijk gegeven zich reeds van dat risico bewust te zijn (HR 29 mei 2005, ECLI:NL:HR:2015:1406).
- 6.3. Het aan [gedaagde] gemaakte verwijt spitst zich toe op de vraag of hij in zijn advisering voldoende rekening heeft gehouden met de arbeidsongeschiktheid van [X] . Nu [gedaagde] heeft betwist dat [X] op het moment dat [gedaagde] hem adviseerde reeds arbeidsongeschikt was, is de eerste vraag die ter beantwoording voorligt of [X] eind 2005 arbeidsongeschikt was in de zin

dat hij door ziekte niet in staat was de bedongen arbeid te verrichten. Naar het oordeel van de rechtbank volgt uit de verzekeringsgeneeskundige rapportage van 5 juli 2007 van mevr. T. Wolters, verzekeringsarts, (r.o. 2.10.) dat daarvan sprake was. Daarin staat immers vermeld dat [X] zich op 1 augustus 2005 arbeidsongeschikt heeft gemeld voor het werk als receptionist. Ook de begeleidende brief van UWV van 10 augustus 2007 (r.o. 2.11.) vermeldt als eerste ziektedag 1 augustus 2005, en koppelt daar een aanspraak voor [X] op een IVA-uitkering aan per 30 juli 2007 omdat hij per die datum "104 weken lang door ziekte niet kon werken". [gedaagde] heeft weliswaar nog betoogd dat niet vaststaat dat dit ten gevolge van de ziekte ALS was, maar gezien de door [eiseres] bij akte na comparitie overgelegde stukken uit het medisch dossier van [X] (deels geciteerd onder r.o. 2.2., 2.3. en 2.5.), bestaat er naar het oordeel van de rechtbank geen aanleiding om hieraan te twifelen.

6.4. Vast staat voorts dat [X] zijn werkzaamheden, ondanks voormelde arbeidsongeschikt, nog enige tijd is blijven voortzetten. [eiseres] heeft dit niet alleen gesteld, maar zulks blijkt eveneens uit de door partijen overgelegde brief van 11 oktober 2005 van het UMC Utrecht (r.o. 2.3.), waarin wordt aangegeven dat [X] in de anamnese heeft aangegeven achter de balie in een garage te werken, alsmede uit de door [eiseres] overgelegde brief van M.T. Hartlief, revalidatiearts, van 17 november 2005 (r.o. 2.5.), waarin wordt vermeld dat [X] in het startgesprek voor poliklinische revalidatiebehandeling in het Centrum voor Revalidatie te Beetsterzwaag heeft aangegeven dat hij tot half oktober 2005 werkte achter de balie in een garagebedrijf. Op basis van die gegevens gaat de rechtbank er vanuit dat [X] ondanks zijn arbeidsongeschiktheid zijn werkzaamheden is blijven voortzetten (vermoedelijk op arbeidstherapeutische basis) zoals door [eiseres] gesteld. Uit de door [eiseres] overgelegde brief van M.T. Hartlief van 24 november 2005 (r.o. 2.6.) blijkt voorts dat [X] van 1 tot en met 11 november 2005 was opgenomen in het UMC Groningen en dat hij vanaf 14 november 2005 in poliklinische revalidatiebehandeling was in Beetsterzwaag. Of [X] in die periode ook nog heeft gewerkt is onbekend, maar lijkt niet waarschijnlijk, gezien de melding in de brief van 17 november 2005 (r.o. 2.5.) dat [X] 'tot half oktober 2005' werkte.

Daarnaast blijft onduidelijk waarom [X], gelet op het progressieve krachtsverlies in met name zijn benen en de ademhalingsproblemen die hij ondervond (zoals die blijken uit de door [eiseres] overgelegde medische stukken, deels geciteerd in r.o. 2.2. t/m 2.5), vanaf 1 februari 2006 een WW-uitkering heeft ontvangen in plaats van een ZW-uitkering.

6.5. Vervolgens dient de vraag te worden beantwoord of [gedaagde] wist of behoorde te weten dat [X] arbeidsongeschikt was en dat hij aan de ziekte ALS leed (met de daarbij behorende levensverwachting). [eiseres] heeft gesteld dat [gedaagde] van de ziekte van [X] op de hoogte was, doordat [X] de VOF over de diagnose ALS heeft geïnformeerd en het onaannemelijk is dat [X] noch de VOF [gedaagde] hierover hebben geïnformeerd. [gedaagde] heeft evenwel betwist dat hij van de ziekte van [X] op de hoogte was. Gezien deze betwisting is de enkele stelling van [eiseres], dat het onaannemelijk is dat [gedaagde] niet door de VOF of door [X] zelf hierover is geïnformeerd, onvoldoende om te oordelen dat [gedaagde] van de ziekte ALS van [X] op de hoogte was. Daaruit volgt immers niet dát de VOF en/ of [X] [gedaagde] daadwerkelijk hebben geïnformeerd of dat er concrete aanwijzingen zijn dat [gedaagde] door [X] en/of de VOF is geïnformeerd. De rechtbank gaat er dan ook vanuit dat [gedaagde] niet op de hoogte was van de ziekte van [X] op het moment van advisering van [X].

6.6. De hierop volgende vraag is of [gedaagde], indien hij niet van de ziekte van [X] op de hoogte was, dat had behoren te zijn. [eiseres] heeft daartoe aangevoerd dat de fysieke gesteldheid van [X] voor [gedaagde] aanleiding had moeten zijn om zich nader te laten informeren omtrent de gezondheidstoestand van [X]. Immers [X] was volgens haar al vóór de inschakeling van [gedaagde] niet meer in staat om zich zelfstandig en op eigen kracht voort te bewegen. Mr [gedaagde] heeft hiertegen aangevoerd dat hij [X] naar alle waarschijnlijkheid alleen telefonisch heeft gesproken omdat hij zich een moeilijk voortbewegende cliënt, of een cliënt in een rolstoel, zeker nog zou herinneren, en van een zodanige herinnering is bij hem geen sprake. Ter comparitie heeft hij hier nog aan toegevoegd dat hij zeker weet niemand in een rolstoel te hebben

gesproken, zodat dit betekent dat [X] of niet in een rolstoel bij hem is geweest of dat hij hem anders telefonisch heeft gesproken, maar dat het in ieder geval onbestaanbaar is dat hij [X] niet heeft gesproken.

6.7. Uitgaande van de juistheid van de verklaring van [gedaagde] dat hij [X] hoogstwaarschijnlijk niet face-to-face heeft gesproken - hetgeen door [eiseres] niet is weerlegd - gaat de rechtbank ervan uit dat [gedaagde] [X] eind december 2005 (slechts) telefonisch heeft gesproken en dat hij op basis van dat telefoongesprek is overgegaan tot indiening van een formeel verweerschrift bij de kantonrechter. Blijkens de brief van revalidatiearts M.T. Hartlief van 17 november 2005 (r.o. 2.5) kon [X] goed articuleren en was hij goed te verstaan. Een telefonisch onderhoud was dus goed mogelijk, zonder dat daarbij direct bijzonderheden ten aanzien van medische beperkingen van [X] hoorbaar zouden zijn geweest. De rechtbank is evenwel van oordeel dat [gedaagde] , door het enkel telefonisch contact hebben met een cliënt alvorens als diens gemachtigde een verweerschrift in te dienen, niet heeft voldaan aan zijn zorgvuldigheidsplicht als omschreven in r.o. 6.2. Een telefoongesprek geeft immers veel minder dan een face-to-face gesprek de mogelijkheid aan een advocaat om na te gaan of de cliënt wel voldoende begrijpt wat zijn juridische positie is alvorens keuzes te maken of akkoord te verlenen voor het verrichten van proceshandelingen in zijn naam. Dat klemt te meer indien, zoals in casu, sprake is van een onomkeerbare handeling als het voeren van een formeel verweer op een ontbindingsprocedure, de cliënt in kwestie een particulier is die de advocaat nooit eerder heeft gezien en die de advocaat ook uit andere hoofde niet persoonlijk kent, waar de advocaat nooit eerder bijstand aan heeft verleend en waarbij het verzoek tot het verlenen van bijstand (indirect) van de werkgever is gekomen in plaats van rechtstreeks van de cliënt zelf. Immers, volgens de tekst van de vaststellingsovereenkomst (r.o. 2.6.) zouden de kosten van rechtsbijstand van [X] alleen door de VOF worden vergoed als [X] zich zou laten bijstaan door [gedaagde] , terwijl [gedaagde] voorts ter comparitie heeft verklaard dat hij toentertijd met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid is benaderd door de advocaat van de VOF met het verzoek om [X] bij te staan. Het volstaan met het voeren van telefonisch overleg met een cliënt bergt voorts het risico in zich dat zaken die mogelijk van belang zijn voor een juiste advisering onvermeld blijven of onvoldoende aandacht krijgen. Dat dit in casu het geval is geweest voor wat betreft de ziekte van [X] volgt uit de feiten. Immers, uit de door [eiseres] overgelegde medische stukken volgt dat [X] zich, op het moment van raadpleging van [gedaagde] , nog maar heel beperkt (slechts enkele meters) met krukken kon voortbewegen en voor langere afstanden was aangewezen op een rolstoel. In het geval van een face-to-face gesprek zouden deze terstond zichtbare medische beperkingen van [X] naar het oordeel van de rechtbank aanleiding zijn, of althans behoren te zijn, geweest voor [gedaagde] om te informeren naar eventuele medische omstandigheden die van belang zouden kunnen zijn bij de advisering. Alsdan had [gedaagde] met [X] behoren te bespreken wat de gevolgen van zijn ziekte zouden zijn voor de te volgen procedure en had hij zich er van behoren te vergewissen of [X] zich hiervan bewust was en weloverwogen zijn keuze maakte. Voor zover de gevolgen van de diagnose ALS voor [gedaagde] , als non-medicus, in 2005 nog onvoldoende bekend mochten zijn geweest had het in ieder geval op zijn weg gelegen om daar nader onderzoek naar te doen teneinde te bezien of dit gevolgen zou kunnen hebben voor zijn advisering aan [X] .

6.8. Door dit alles na te laten, [X] niet tenminste één keer persoonlijk te treffen, en ten gevolge daarvan te adviseren zonder wetenschap van alle van belang zijnde omstandigheden, heeft [gedaagde] niet de zorg betracht die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat mag worden verwacht. Naast het feit dat [gedaagde] zelf niet op de hoogte was van alle van belang zijnde omstandigheden heeft [gedaagde] zich er aldus immers ook niet van kunnen vergewissen dat [X] zich van de gevolgen en risico's van zijn keuze (om medewerking te verlenen aan een pro-forma ontbindingsprocedure) bewust was.

6.9. De rechtbank gaat daarmee voorbij aan het verweer van [gedaagde] dat geen sprake is van schending van zijn zorgplicht omdat hij de verstrekte opdracht, te weten het veilig stellen van de WW-aanspraken van [X] door middel van het voeren van een pro-forma ontbindingsprocedure, correct heeft uitgevoerd. Dit verweer miskent immers dat de taak van een advocaat verder gaat

dan het simpelweg uitvoering geven aan de wens van de cliënt. Een advocaat wordt geraadpleegd om zijn juridische deskundigheid op een bepaald terrein. Uit dien hoofde is het de taak van de advocaat om na te gaan of de opdracht/wens van de cliënt ook in het belang van de cliënt is. Mocht de advocaat van mening zijn dat dat niet het geval is, dan behoort het tot zijn taak om de cliënt daarover te informeren, om zo mogelijk alternatieve scenario's en/of oplossingen aan te dragen en om de cliënt onder omstandigheden zelfs af te raden de door de cliënt gewenste stap te zetten.

- 6.10. Voor zover [gedaagde] , door het schenden van zijn zorgplicht jegens [X] , zich tevens onvoldoende de belangen van [eiseres] , zijn echtgenote, heeft aangetrokken heeft [gedaagde] jegens haar onrechtmatig gehandeld. Ter zake overweegt de rechtbank als volgt.
- 6.11. De rechtbank volgt [eiseres] in haar stelling dat, als [gedaagde] op de hoogte was geweest van de ziekte van [X] , hij [X] niet geadviseerd zou hebben om mee te werken aan een formele ontbinding van de arbeidsovereenkomst per 1 februari 2006. Ook [gedaagde] zelf is, zo volgt uit hetgeen hij heeft aangevoerd bij antwoordakte na comparitie, kennelijk inmiddels die mening toegedaan. De rechtbank is voorts van oordeel dat, zelfs als [X] gepersisteerd zou hebben bij een verzoek om namens hem slechts een formeel verweer te voeren en om dat verweer op vrijdag 30 december 2005 (de laatste werkdag van het jaar) in te dienen om aldus nog net tijdig, gezien de geldende opzegtermijn, een op 30 december 2005 gedateerde ontbindingsbeschikking per 1 februari 2006 te verkrijgen, de door [gedaagde] in acht te nemen zorgvuldigheidsplicht met zich had gebracht dat [gedaagde] daar geen medewerking aan had behoren te verlenen. Immers, de financiële gevolgen van een beëindiging van het dienstverband hadden, gezien de ziekte van [X] , eerst zorgvuldig in kaart dienen te worden gebracht, waarbij aspecten als aanspraken op arbeidsongeschiktheidsuitkeringen, invaliditeitspensioen en overlijdensvoorzieningen de revue hadden dienen te passeren, alsmede de vraag welke verplichtingen er in dit geval eventueel op de VOF als werkgever lagen en welke arbeidsrechtelijke voorzieningen er eventueel voor [X] uit een geldende CAO voort konden vloeien. Het onderzoek hiernaar had zeker meer tijd gekost dan de periode gelegen tussen 28 december 2005 (de datum van ondertekening van de vaststellingsovereenkomst) en 30 december 2005 (de laatste werkdag van 2005) en had voorts ook nog tot overleg dienen te leiden tussen [gedaagde] en de (advocaat van de) VOF. Daaruit volgt dat bij een zorgvuldige advisering door [gedaagde] het dienstverband tussen de VOF en [X] niet per 1 februari 2006 zou zijn ontbonden.
- 6.12. [eiseres] heeft aangevoerd dat zij ten gevolge van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst schade heeft geleden, bestaande uit gedeelde uitkeringen uit hoofde van een conform de cao verplichte deelname aan een collectieve ANW-verzekering van circa € 13.0000 per jaar, alsmede wegens misgelopen aanspraken op premievrije opbouw van pensioen wegens arbeidsongeschiktheid bij PMT, welke opbouw zou hebben geleid tot een aanspraak op nabestaandenpensioen gebaseerd op 49% van het laatstgenoten loon van [X] . Zij wenst deze schade nader te onderbouwen in een schadestaatprocedure. [gedaagde] heeft betwist dat [eiseres] , bij gebrek aan onderbouwing, schade heeft geleden, hij heeft voorts het causaal verband tussen de gestelde schade en zijn handelen van betwist, alsmede de noodzaak van verwijzing naar een schadestaatprocedure.
- 6.13. De rechtbank overweegt als volgt. Het feit dat [X] tijdens dienstverband was aangemeld bij PMT alwaar hij oudedags- en nabestaandenpensioenaanspraken opbouwde, alsmede dat onder de voor de VOF geldende CAO sprake was van een verplichte collectieve ANW verzekering voor werknemers als [X] is als zodanig niet betwist door [gedaagde] . De rechtbank gaat er bij gebreke van betwisting dan ook in algemene zin van uit dat zodanige voorzieningen bestonden. De rechtbank heeft hiervoor geoordeeld dat bij een juiste advisering door [gedaagde] de arbeidsovereenkomst tussen de VOF en [X] niet per 1 februari 2006 zou zijn ontbonden. De arbeidsovereenkomst had alsdan dus na die datum voortgeduurd en dan zou [X] door de VOF niet reeds per 1 februari 2006 zijn afgemeld bij PMT of afgemeld voor deelname aan een verplichte collectieve ANW verzekering op grond van de CAO. Hij was dan immers ook na 1 februari 2006 nog

werknemer geweest en daarmee verplicht deel te nemen aan voormelde voorzieningen. In geval van een na 1 februari 2006 doorlopend dienstverband had [X] dus doorlopende aanspraken op loon en overige voorzieningen gehad, die hij niet heeft gehad ten gevolge van de advisering van [gedaagde] om medewerking te verlenen aan een formele ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

6.14. De rechtbank verwerpt het verweer van [gedaagde] dat [eiseres] ten aanzien van de door haar geleden schade onvoldoende heeft gesteld. Zoals volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 9 december 2011 (ECLI:NL:HR:2011:BR5211) behoeft [eiseres] slechts de feiten te stellen waaruit kan worden afgeleid dat zij schade heeft geleden. [eiseres] heeft naar het oordeel van de rechtbank aan haar stelplicht voldaan. Zij heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat zij ten gevolge van de beëindiging van het dienstverband per 1 februari 2006 en de daarop volgende afmeldingen mogelijk schade heeft geleden dan wel lijdt. Met het oordeel van de rechtbank dat met een juiste advisering door [gedaagde] het dienstverband niet per 1 februari 2006 zou zijn geëindigd, is voorts het causaal verband tussen het handelen van [gedaagde] en de door [eiseres] gestelde schade gegeven.

6.15. De rechtbank ziet in het lange tijdsverloop sinds de beëindiging van het dienstverband tussen de VOF en [X] en sinds het overlijden van [X] evenwel aanleiding om de zaak niet, zoals door [eiseres] gevorderd, te verwijzen naar de schadestaatprocedure, maar om de zaak ook voor wat betreft de geleden schade zelf af te doen. Naar het oordeel van de rechtbank moet het voor [eiseres] reeds nu mogelijk zijn om haar schade nader te concretiseren en de omvang daarvan vast te stellen. Er zijn door [eiseres] ook geen (toekomstige) omstandigheden gesteld die zulks zouden verhinderen. De rechtbank zal [eiseres] daarom in de gelegenheid stellen haar schade als gevolg van het handelen van [gedaagde] bij akte nader te onderbouwen, zoveel mogelijk onderbouwd met bescheiden. [gedaagde] zal vervolgens in de gelegenheid worden gesteld daar bij antwoordakte op te reageren.

et

6.16. In afwachting van voormelde akte wisseling zal de rechtbank iedere verdere beslissing aanhouden.

7 De beslissing

De rechtbank

7.1. bepaalt dat de zaak weer op de rol zal komen van **woensdag 13 december 2017** voor het nemen van een akte door [eiseres] als bedoeld in r.o. 6.15.;

7.2. houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit vonnis is gewezen door mr. E.Th.M. Zwart-Sneek en in het openbaar uitgesproken op 15 november 2017.¹

Advocaten en juristen

- ✓ Aansprakelijkheidsverzekeringen
- ✓ Inkomensvoorzieningen

¹ Conc.:591