

RECHTSPRAAK

## werknemer/raadsman werknemer

***Beroepsaansprakelijkheid advocaat wegens onjuiste advisering. Inschatting kennelijk onredelijk ontslag arbeidsongeschikte werknemer wegens verval van functie. Schadevergoeding gelijk aan loonvordering***

Werknemer is sinds 1997 in dienst van (de rechtsvoorganger van) Asito. Werknemer is sinds december 2005 arbeidsongeschikt wegens ziekte. Per 1 december 2006 heeft KLM Catering Services Schiphol B.V. (hierna: KCS) de schoonmaakactiviteiten van de KLM-vloot van Asito overgenomen. Aan alle betrokken werknemers van Asito is een arbeidsovereenkomst aangeboden om per 1 december 2006 bij KCS in dienst te treden. KCS heeft werknemer met ingang van 1 december 2006 vervangend werk aangeboden, in de functie van belader. Het salaris bij KCS zou fors lager liggen (een achteruitgang van € 2.121,82 bruto naar € 1.625,70 bruto) en de rechten wegens opgebouwde arbeidsjaren zouden niet overgaan op KCS. Werknemer heeft deze functie geweigerd. Asito heeft vervolgens met toestemming van de CWI de arbeidsovereenkomst opgezegd. De raadsman van werknemer heeft de nietigheid van de opzegging wegens het handelen in strijd met het opzegverbod ex artikel 7:670 BW ingeroepen maar verzuimd een procedure te starten. Thans vordert werknemer schadevergoeding wegens een beroepsfout van de advocaat.

De rechtbank oordeelt als volgt. Een complicerende factor in deze zaak is dat uit de correspondentie van de raadsman met Asito, alsmede uit de advisering aan werknemer dat hij niet ontslagen kon worden zolang hij arbeidsongeschikt was (r.o. 2.13), volgt dat de raadsman kennelijk niet op de hoogte was van het gegeven dat het ontslagverbod bij ziekte op grond van artikel 7:670 lid 1 BW in het onderhavige geval niet gold, nu in dit geval de uitzondering van artikel 670b lid 2 BW van toepassing was. Die advisering dient dus ook als ondeugdelijk te worden gekwalificeerd, maar dat brengt wel met zich dat de voorlopigevoorzieningenprocedure, waartoe de raadsman in zijn brief van 24 april 2007 had geadviseerd (r.o. 2.13), weinig kansrijk moet worden geacht. Maar helemaal nutteloos behoefde die procedure ook weer niet te zijn, nu die immers wel de mogelijkheid van een minnelijke regeling zou hebben geboden, al was het maar ter vermijding van andere (ontbindings- of kennelijk onredelijk ontslag)procedures. Bij deze stand van zaken is het niet eenvoudig om vast te stellen hoe de (financiële) situatie van werknemer zou zijn geweest als hij van het begin af aan door een wel zorgvuldig handelend redelijk bekwaam en redelijk handelend advocaat was bijgestaan. Dit noodzaakt de rechtbank om de schade schattenderwijs te begroten aan de hand van de proceskansen in de niet aanhangig gemaakte

procedures. Aantekening verdient dat aan het bewijs van een succesvolle afloop van die procedures geen al te strenge eisen mogen worden gesteld, nu het immers de raadsman is geweest die werknemer de mogelijkheid heeft ontnomen om zekerheid te verschaffen over de afloop van de procedures indien deze door een redelijk handelend en redelijk bekwaam advocaat waren gevoerd (vergelijk in ander verband: NJ 1998, 624). Feitelijk gaat het om de kansen die werknemer zou hebben gehad in een tijdig ingestelde kennelijk onredelijk ontslagprocedure op basis van artikel 7:681 lid 1 BW. Gezien de voor werknemer kennelijk geringe mogelijkheden om na zijn ontslag ander passend werk te vinden, ligt dan voor de hand dat eveneens geoordeeld zou worden dat de gevolgen van de opzegging voor hem te ernstig waren in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging en dat het ontslag dus, bij gebreke van een billijke ontslagvergoeding, kennelijk onredelijk was.

Daarmee komt de vraag aan de orde naar de omvang van de ontslagvergoeding die aan werknemer zou zijn toegekend. Aan te nemen valt dat deze begroot zou zijn op het verschil tussen het door hem misgelopen loon over de periode 16 april 2007 tot en met 19 december 2007, wanneer de arbeidsovereenkomst zonder meer beëindigd had kunnen worden, aangenomen dat werknemer – zoals in de lijn der verwachtingen lag – dan nog arbeidsongeschikt zou zijn geweest. Bruto komt dat neer op € 10.523,30 – zoals werknemer onvoldoende weersproken heeft voorgerekend – maar de raadsman heeft terecht betoogd dat het netto-equivalent daarvan gehanteerd dient te worden. Daarnaast valt evenwel aan te nemen dat de wettelijke verhoging op basis van artikel 7:625 BW zou zijn toegekend. De raadsman heeft weliswaar aangevoerd dat een dergelijke aanspraak alleen geldt tegen de (voormalig) werkgever en niet in een beroepsaansprakelijkheidsprocedure, maar hij ziet daarbij over het hoofd dat dit evenzeer geldt voor de misgelopen loonvordering die de basis vormt voor de vordering op de raadsman en dat er dus geen reden is onderscheid te maken tussen misgelopen loon en misgelopen wettelijke verhoging. De rechtbank zal eenvoudigheidshalve zowel de korting vanwege de berekening van het netto-equivalent als de wettelijke verhoging vaststellen op 30%, waarmee deze dus tegen elkaar weggestreept kunnen worden. Daarmee komt de (netto)schadevergoeding weer op het bedrag van € 10.523,30.

---

**Instantie:** Rechtbank Noord-Holland

**Datum uitspraak:** 16-02-2011

**ECLI:** ECLI:NL:RBHAA:2011:BP6178

**Zaaknummer:** 171313 / HA ZA 10-953

**Rechters:** Th.S. Röell

**Advocaten:** A.M. Stam en L. Koning

**Wetsartikelen:** 7:681 BW, 7:670 BW en 7:670b BW