

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 6081

beslissing van 14 november 2011

in de zaak 6081

naar aanleiding van het hoger beroep van:

verweerder

tegen:

de deken van de Orde van Advocaten

in het arrondissement Zwolle-Lelystad

de deken

1 HET GEDING IN EERSTE AANLEG

Het hof verwijst naar de beslissingen van de Raad van Discipline in het ressort Arnhem (verder: de raad) van 13 december 2010 en 18 april 2011, onder nummer 10-101, waarvan de laatste aan partijen is toegezonden op 18 april 2011 en waarbij een bezwaar van de deken tegen verweerder gegrond is verklaard en de maatregel van schrapping van het tableau is opgelegd.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij verweerder van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 18 mei 2011 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- de antwoordmemorie van de deken;
- het faxbericht van verweerder aan het hof van 14 juni 2011;
- het schrijven van gemachtigde van verweerder aan het hof van 15 augustus 2011;
- het schrijven van gemachtigde van verweerder aan het hof van 15 augustus 2011;
- het schrijven van gemachtigde van verweerder aan het hof van 24 augustus 2011;
- het schrijven van gemachtigde van verweerder aan het hof van 8 september 2011.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 9 september 2011, waar verweerder, vergezeld van zijn advocaat, en de deken zijn verschenen.

Gemachtigde van verweerder heeft gepleit aan de hand van een pleitnota.

3 BEZWAAR

Het bezwaar luidt dat verweerder de Raad van Toezicht ten onrechte niet, althans onjuist, althans niet tijdig heeft geïnformeerd over het al dan niet bestaande dienstverband met mr. L. en al hetgeen daarbij meer speelde in het kader van de beoogde samenwerking. Ten onrechte is de Raad van Toezicht op 6 november 2009 een arbeidsovereenkomst voorgehouden, terwijl uit e mailwisseling van in ieder geval 11 november 2009 blijkt dat nog geenszins tussen partijen vaststaat wat de werkelijke wijze van samenwerking zal zijn. Dit alles afgezien van de lezing van mr. L. op het punt van (de fictie van) de arbeidsovereenkomst. Ten onrechte laat verweerder na om in zijn berichtgeving aan de Raad van Toezicht aan te geven dat zich de nodige problemen voordoen met mr. L. die (eerst) oplossing behoeven, terwijl verweerder als ervaren advocaat wist of be-

hoorde te weten dat mededeling daarvan van belang kon zijn voor de beoordeling door de Raad van Toezicht of al dan niet goedkeuring kon worden gegeven aan het gevraagde patronaat en daarmee ook aan de verzochte inschrijving van mr. L. op het tableau. Ten onrechte heeft verweerder nagelaten om voortvarend en tijdig aan de Raad van Toezicht te laten weten dat de tussen hem en mr. L. getekende arbeidsovereenkomst met ingang van 1 december 2009 niet is geëffectueerd.

4. FEITEN

4.1. Het volgende is komen vast te staan.

4.2. Mr. L., (hierna ook wel LL), geboren op ... en toentertijd derhalve 53 jaar, heeft op 29 september 2009 de rechtbank verzocht hem toe te laten tot inschrijving als advocaat op het tableau onder mededeling dat verweerder bereid was het patronaat op zich te nemen. De beëdiging vond plaats op 25 november 2009.

4.3. Bij brief van 6 november 2009 heeft verweerder de toenmalige deken bericht dat helaas een stage-overeenkomst op basis van een zelfstandig ondernemerschap van mr. L. niet door kon gaan. 'Daarom is gekozen voor het alternatief loondienstverhouding', aldus de brief.

4.4. Bij deze brief is overgelegd een kopie van een op 6 november 2009 opgemaakte en door mr. L. en verweerder ondertekende arbeidsovereenkomst/ stageovereenkomst. Daarin is overeengekomen dat zij met ingang van 1 december 2009 een arbeidsovereenkomst zullen aangaan overeenkomstig het model arbeidsovereenkomst als gepubliceerd in het Vademecum Advocatuur 2009 (dat als ingevoegd en herhaald dient te worden beschouwd) en onder voorwaarde dat mr. L. uiterlijk 1 december 2009 als advocaat zou worden ingeschreven.

4.5. Voorts behoort tot de gedingstukken een op 10 november 2009 gedateerd verzoek tot goedkeuring van een (binnen)patronaat. De Raad van Toezicht heeft dit verzoek toegestaan op 19 november 2009.

4.6. Bij fax van 11 november 2009 schrijft mr. L. aan verweerder onder meer:

Vorige week vrijdag [hof: 6 november 2009] hebben wij een gesprek gehad. (...) In dit gesprek hebben wij gesproken over de vorm van samenwerking voor de toekomst. Deze eventueel vast te stellen afspraken en voorwaarden kunnen nog wel enige dagen verdragen, mits geformuleerd voor 1 december 2009. Dat is namelijk de optionele datum van aanvang arbeidsovereenkomst.

4.7. Bij brief van 19 april 2010 heeft verweerder de deken geschreven dat mr. L. hem heeft bericht de relatie met ingang van 16 april 2010 te hebben beëindigd en dat hij daarin heeft bewilligd.

4.8. Op 20 mei 2010 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen de deken en mr. L.. Bij brief van 14 juni 2010 zendt mr. L. de deken onder meer een schriftelijk verslag van een gesprek dat hij op 10 april 2010 met verweerder had. Daarin staat onder meer:

1. Op of omstreeks 1 juli 2009 is tussen FP en LL overeengekomen dat LL werkzaamheden zal verrichten voor FP op basis van fifty/fifty (verdeling van de door LL verrichte omzet in afhandeling van dossiers). Als eerste uitgangspunt is geopperd dat LL zou starten op basis van zelfstandigheid als advocaatstagiaire op het kantoor van FP. LL. Heeft de financiering daarvan niet rond kunnen krijgen (...) De voornoemde 50%regeling zou voorsnog gelden tot 1 juli 2010, dus voor de periode van een jaar. Het was FP bekend dat LL een WW uitkering ontving.

2. Desondanks is LL toch gestart met het verrichten van werkzaamheden, conform de afspraak met FP. In december 2009 is er een kort moment van evaluatie geweest.

Redenen hiertoe waren:

a. (...)

b. de financiële behoefte aan de zijde van LL. Dit heeft geleid tot een betaling door FP van € 3.500 aan LL. LL werd geconfronteerd met een WW uitkering die wezenlijk minder netto inkomsten inhield. Tevens is besproken dat FP in januari 2011 mogelijk € 30.000,00 als lening ter beschikking van LL zou kunnen stellen, zodat LL verder zou kunnen in de vorm van zelfstandigheid binnen het kantoor van FP. Over de vorm van lening deed FP bijzonder wazig. LL was inmiddels eind november 2009 beëdigd als advocaat. Hoewel in strijd met de reglementen van de Orde van Advocaten hebben LL en FP op papier een werkrelatie beschreven als zou LL in loondienstverhouding (op arbeidsovereenkomst) staan met FP. Zulks kon feitelijk geen invulling krijgen omdat FP mordicus tegen iedere vorm van arbeidsovereenkomst is.

3. (...) Op de vraag van LL aan FP 'of zijn werkzaamheden over de periode vanaf juli 2009 tot en met december 2009 nog iets meer hadden opgeleverd dan de (op voorschot betreffende de 50% regeling) betaalbaar gestelde € 3.500' antwoordde FP: 'Nee niets'. LL refereerde hierbij nadrukkelijk aan de zogenaamde 50% regeling. (...)

Verder werd afgesproken, gezien de liquiditeitsbehoefte van LL, dat FP maandelijks op of rond de 25e € 1.000 (als voorschot) zou overmaken op de rekening van LL. (...)

4. Eind januari 2011 was er geen betaling verricht door FP. Door LL gevraagd is nadien € 1.000 over gemaakt.

5. Eind februari 2011 was er geen betaling verricht door FP. Door LL gevraagd is nadien (zonder enig overleg) slechts € 500 overgemaakt. (...)

6. Eind maart 2011 was er geen betaling verricht door FP. Door LL gevraagd is nadien € 1.500 over gemaakt. (...).

7. (...) Op de vraag van LL welke rechtsverhouding er nu bestaat tussen FP en LL (50% regeling of arbeidsovereenkomst) bevestigt FP aan LL diens uitgangspunt namelijk de 50% regeling. (...)

(...) Er dient te worden afgerekend. LL. Stelt dat hij via een grove berekening (...) minimaal € 13.500 heeft te vorderen op FP. (...) Tevens geeft LL aan dat hij bij de berekening is uitgegaan van (...) en de afgesproken fifty/fifty regeling.

4.9. De deken heeft op 20 mei 2011 een gesprek gehad met mr. L.. De deken schrijft daarover onder meer:

Mr. L. heeft mij medegedeeld dat hij over de maanden juli tot en met november 2009 geen geld heeft ontvangen van [verweerder]. In december ontving hij van [verweerder] € 3.500,00, in januari 2011 € 1.000,00, in februari € 500,00 en in maart € 1.500,00. Dit betroffen voorschotten/ betalingen op te delen inkomsten.

Mr. L. gaf bij het gesprek van 20 mei 2011 aan dat zijn initiatief tot dit gesprek met mij zijn oorzaak vond in gewetensproblemen: Naast het feit dat hij werkzaamheden verrichtte terwijl hij tegelijkertijd een WW-uitkering genoot, had mr. L. naar zijn zeggen meer en meer moeite met het gegeven dat hij in het kader van beëdiging tot advocaat de Raad van Toezicht onjuist had geïnformeerd.

Ter zitting heeft de deken bevestigd dat mr. L. daarbij doelde op het aangaan van een arbeidsovereenkomst.

In zijn brief aan de raad van 24 januari 2012 voegt de deken hieraan toe:

Ik merk dienaangaande – wellicht ten overvloede – op dat mr. L. en ik elkaar op 20 mei 2011 hebben gesproken op initiatief van mr. L.. Mr. L. wenste een gesprek omdat hij – naar zijn zeggen – last kreeg met zijn geweten. In dat gesprek gaf mr. L. mij aan dat een dienstverband tussen hem en [verweerder] was voorgewend, maar dat het nimmer de bedoeling was geweest om een dienstverband te creëren en dat dat dienstverband ook nimmer tot stand was gekomen. (...)

4.10. In de tussenbeslissing heeft de raad verweerder gevraagd de volgende bescheiden over te leggen:

- loonbelastingverklaring;
- de eerstedagmelding aan de belastingdienst;
- de jaaropgave 2009 van mr. L.;
- bankafschriften waaruit de salarisbetalingen aan mr. L. blijken;
- de aangiftes loonbelasting;
- bescheiden waaruit de afdracht van loonbelasting blijkt.

Bij brief van 4 januari 20121 schrijft verweerder dat de genoemde bescheiden er niet zijn.

4.11. In het dossier bevinden zich geen brieven, mails e.d. uit de periode december 2009 tot medio 2010 waaruit blijkt dat mr. L. verweerder gevraagd heeft om uitbetaling van het salaris, noch bevinden zich daarin stukken waaruit blijkt dat verweerder mr. L. het betalen van het loon toezegt of die betaling aan de orde stelt. Wel heeft verweerder een kopie van zijn betaalrekening bij de bank overgelegd waaruit blijkt dat op 29 december 2009 en 29 maart 2010 betalingen zijn gedaan van € 2.000,- en van € 1.500,- ten titel van 'ter verrekening'. Op 26 januari 2010 is een bedrag overgemaakt van € 1.000,- met als omschrijving '01-2010'.

4.12. Verweerder heeft een getuigenverklaring overgelegd van mr. X., advocaat te Z.. Hij schrijft onder meer:

Het is mij bekend uit gesprekken, ook met mr. L., dat deze een zelfstandig ondernemerschap nastreefde en dat hij contact had gehad met mr. Schaatsbergen die alstoen deken was. Deze had hem een "eisenpakket" meegegeven, wat besproken werd. [Verweerder] deelde mr. L. vele malen mede, dat een dienstverband niet in de rede lag. In de periode vanaf 1 juli 2009 tot 6 november 2009 heeft mr. L. pogingen ondernomen een zelfstandig ondernemerschap waar te maken. Daarin slaagde hij niet. Op 6 november 2009 vond uiteindelijk een gesprek plaats, waarbop aanwezig waren [verweerder], mr. L., dhr. [zoon van verweerder] en ondergetekende. Tijdens het gesprek werd de knoop doorgehakt en mr. L. ging akkoord met het hem gepresenteerde contract. Daarmee was de kous wat [verweerder] betreft af. (...)

4.13. Verweerder heeft voorts een getuigenverklaring overgelegd van de heer Y., de boekhouder van verweerder. Deze verklaart onder meer:

Voor zover ik mij herinner heeft mijn cliënt, [Verweerder], een enkel telefonisch contact gehad met mij in de maand november 2009, waarbij hij de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst aankondigde. (...) De gegevens van mr. L. ontving ik niet binnen adequate tijd, zodat ik toentertijd niet in de loonadministratie heb verwerkt.

4.14. Bij brief van 2 september 2011 heeft de advocaat van verweerder loonstroken overgelegd betreffende mr L. voor de periode van december 2009 tot en met april 2010. De boekhouder van verweerder tekent hierbij aan dat de suppletieaangiften 2009 en 2010 nog niet zijn ingediend, maar dat hij deze wel in de jaarrekeningen zal verwerken.

4.15. Mr. L. stelt zich thans, in het kader van de tegen hem lopende tuchtprocedure, op het standpunt dat verweerder en hij een (reële) arbeidsovereenkomst zijn aangegaan.

5. BEOORDELING

5.1. Van het bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen mr. L. en verweerder getuigt alleen het op 6 november 2009 door hen ondertekende stuk. Naar het oordeel van het hof is toereikend gebleken dat in dit contract geen wilsovereenstemming ten aanzien van de te voeren relatie tussen hen besloten ligt en dat het contract geen verdere strekking had dan dat daarmee bereikt kon worden dat mr. L. tot advocaat beëdigd zou kunnen worden. Het hof wijst daartoe op de volgende feiten en omstandigheden:

- Uit de fax van mr. L. aan verweerder van 11 november 2009 valt af te leiden dat verweerder en mr. L. al ten tijde van de ondertekening van het arbeidscontract voor ogen stond andere afspraken te maken, dit in afwijking van de arbeidsovereenkomst waarvan

zij de deken en de Raad van Toezicht kennelijk hebben willen doen geloven dat daarin hun rechtsverhouding definitief was geregeld. Dat zij voornemens waren hun relatie een andere vorm te geven is niet aan de deken of de Raad van Toezicht gemeld.

- Uit het door mr. L. opgestelde verslag van een gesprek tussen mr. L. en verweerder van 10 april 2010 blijkt, zoals hiervoor geciteerd, op vele plaatsen, dat sprake was van een fifty/fifty-regeling en niet van arbeidsovereenkomst.

- Er zijn in de betreffende periode december 2009 tot en met april 2010, noch nadien, betalingen gedaan ten titel van loon. Daar is niet om gevraagd door mr. L., noch is betaling daarvan aangeboden door verweerder. De betalingen die zijn gedaan, zijn niet gedaan ten titel van voorschot op het loon, hoewel het in december 2009 uitgekeerde bedrag veel hoger was dan een stagiairesalaris.

- In het gesprek van mr. L. en de deken van 20 mei 2010 heeft mr. L. tegenover de deken erkend dat sprake was van een voorgewend dienstverband en dat de Raad van Toezicht onjuist is geïnformeerd over het bestaan van een reële arbeidsovereenkomst. Het hof heeft geen aanwijzing dat de verklaring van de deken niet overeenkomstig de waarheid is.

- De boekhouder is niet voorzien van informatie over de arbeidsovereenkomst zodat hij ook geen salarisspecificaties kon opmaken. Kennelijk is dit met opzet gebeurd. Een aannemelijke verklaring daarvoor is door verweerder niet gegeven. Het feit dat er een woninginbraak heeft plaatsgevonden bij de zoon van verweerder en dat het dienstverband met de zoon is geëindigd per 1 februari 2010 zijn geen deugdelijke gronden om maandenlang, ook ná 1 februari 2010, geen informatie aan de boekhouder te verstrekken op een zo belangrijk punt als salarisbetaling. Hierbij speelt mede een rol dat mr. L. slecht bij kas zat en herhaaldelijk op betaling aandrong. In een dergelijke omstandigheid ligt het voor de hand de salarisbetaling juist nauwgezet uit te voeren. Salarisstroken zijn door de boekhouder eerst na anderhalf jaar opgemaakt, kennelijk met het oog op de procedure in hoger beroep.

- Van aanmelding van het dienstverband bij de fiscus, van het bestaan van aangiften loonbelasting of afdracht daarvan is niet gebleken. Dat, zoals verweerder stelt, de eerstedagmelding sinds 1 januari 2009 niet meer bestaat, neemt niet weg dat andere door de raad verlangde gegevens niet overgelegd zijn kunnen worden, of eerst achteraf, ten behoeve van het geding in hoger beroep zijn opgemaakt.

- Uit de verklaring van mr. X. blijkt geenszins dat sprake was van een reëel contract dat mr. L. en verweerder voornemens waren na te komen. Uit zijn verklaring blijkt ook anderszins niet dat de relatie tussen mr. L. en verweerder beheerst werd door een arbeidsovereenkomst. Ook over de boekhoudkundige aspecten heeft hij geen verklaring afgelegd.

- Andere feiten of omstandigheden waaraan de gevolgtrekking zou kunnen worden verbonden dat sprake was van het bestaan van een arbeidsovereenkomst die ook als zodanig werd nagekomen, zijn niet gesteld of gebleken. Integendeel. Verweerder vermeldt in zijn beroepschrift dat mr. L. regelmatig afwezig was, eerst in de loop van de ochtend verscheen en in de loop van de middag vertrok.

5.2. Verweerder betwist het oordeel van de raad, dat er op papier een arbeidsovereenkomst bestond, maar dat deze nimmer is geëffectueerd. Hij stelt daartoe dat zowel mr. L. als hijzelf aangeven dat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig is en dat hij daarvan geen afstand heeft gedaan. Naar het oordeel van het hof neemt dit standpunt niet weg hetgeen in de vorige rechtsoverweging werd overwogen. Dat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig is gesloten wil nog niet zeggen dat aan die overeenkomst invulling is gegeven.

Verweerder voert voorts aan dat de gesprekken over de honorering van mr. L. steeds gingen over de wens van mr. L. tot verzelfstandiging op termijn. Dat mr. L. eerst op termijn verzelfstandiging wilde blijkt nergens uit. Hij ging er juist vanuit dat hij vanaf 1 juli 2009 als zelfstandige werkte. Uit de gesprekken tussen mr. L. en verweerder valt geenszins af te leiden dat verweerder daadwerkelijk inhoud heeft gegeven aan de arbeidsovereenkomst. Zulks sluit ook aan bij de vaststelling dat niet blijkt dat de betalingen in december 2009 en daarna zijn gedaan ten titel van loon, zoals verweerder thans stelt.

Verweerder stelt tevens beroep in tegen de tussenbeslissing van 13 december 2010. Hij voert aan dat de 'bewijsopdracht' die hem is gegeven niet past in het tuchtrecht. Deze grief faalt. Van verweerder mag verlangd worden dat hij de tuchtrechter volledige informatie verstrekt en de tuchtrechter kon derhalve de verlangde gegevens opvragen bij verweerder.

Ter gelegenheid van de mondelinge behandeling is door de advocaat van verweerder betoogd dat er veel valt af te dingen op de 'inkeerverklaring' van mr. L. (kennelijk die uit het verslag van 10 april 2010), en in het bijzonder dat die verklaring niet met bewijsstukken wordt onderbouwd. Het hof heeft evenwel geen reden of aanleiding om die verklaring niet voor waar aan te nemen. Zij strookt met wat mr. L. de deken heeft verklaard (en dat mr. L. bij de deken zou hebben gelogen acht het hof niet geloofwaardig, evenals zijn latere tegenovergestelde verklaringen) en met alle overige omstandigheden van deze zaak, hiervoor in rov. 5.1 genoemd. De suggestie dat de e-mail van 11 november 2009 ziet op de samenwerking nadat de stage was doorlopen, wordt door het hof als kennelijk onjuist (gelet op verwijzing naar 1 december 2009) en niet onderbouwd verworpen.

Verweerder voert aan dat hij geen eerlijk proces heeft gekregen waartoe hij doelt op het zonder opgave van redenen te zijn ontboden bij deken voor een gesprek op 15 juni 2010. Naar het oordeel van het hof brengt de stelling van verweerder dat hij zich overvallen voelde, wat daarvan ook zij, niet mee dat verweerder bij de raad en het hof geen eerlijk proces heeft gehad. Evenmin kan die conclusie worden getrokken worden uit de wijze van datumbepaling door de raad, de tussenbeschikking of het ontbreken van een reactie op de bezwaren van verweerder tegen het proces-verbaal van de zitting. Verweerder had immers de mogelijkheid, en heeft die benut, om in hoger beroep te gaan en alsnog zijn bezwaren te laten toetsen.

5.3. Het hof deelt de opvatting van de raad dat verweerder door zijn handelwijze en nalaten - de deken terstond ervan in kennis stellen dat de arbeidsovereenkomst niet geëffectueerd zou worden – niet alleen het door de Raad van Toezicht in hem gestelde vertrouwen heeft beschaamd en de Raad en de deken heeft misleid en zo in strijd heeft gehandeld met hetgeen een behoorlijk advocaat betaamt, maar ook dat hij tevens blijk heeft gegeven van grove miskennis van het belang dat gemoeid is met het waarborgen van de financiële draagkracht van de stagiaire. Ook het hof oordeelt het dekenbezwaar gegrond.

5.4. Het hof is van oordeel dat verweerder in zodanige mate blijk heeft gegeven van een handelen en nalaten dat een behoorlijk advocaat niet betaamt dat de maatregel van schrapping van het tableau op zijn plaats is. Verweerder schroomt er niet alleen niet voor de Raad van Toezicht en de deken te misleiden, hij volhardt ook bij zijn standpunt dat een geëffectueerde arbeidsovereenkomst heeft bestaan, in weerwil van de feiten, zowel tegenover de raad als het hof. Daarbij komt dat verweerder al eerder, in 1994, van het tableau geschrapt is geweest terzake onder meer zijn strafrechtelijke veroordeling (een jaar gevangenisstraf waarvan zes maanden voorwaardelijk; het on-

voorwaardelijke gedeelte is omgezet in 240 uur dienstverlening) wegens het medeplegen van het doen van onjuiste aangiften omzetbelasting en loonbelasting.

BESLISSING

Het Hof van Discipline:

bekrachtigt de beslissing van 18 april 2011 jegens verweerder gegeven onder nummer 10-101;

Aldus gewezen door mr. W.H.B. den Hartog Jager, voorzitter, mrs. P.M.A. de Groot-van Dijken, A.D.R.M. Boumans, W.K. van Duren en R. Verkijk, leden, in tegenwoordigheid van mr. I.F. Schouwink, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 14 november 2011.