

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 6073

beslissing van 14 november 2011

in de zaak 6073

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 10-100, waarvan de laatste aan partijen toegezonden op 18 april 2011, 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 11 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 schrijven van de gemachtigde van verweerder aan het hof van 26 augustus 2011.
- 2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 9 september 2011, waar verweerder, vergezeld van zijn gemachtigde, en de deken zijn verschenen.

3 BEZWAAR

Het bezwaar luidt dat verweerder de Raad van Toezicht met opzet van onjuiste informatie heeft voorzien over de aard van zijn rechtsbetrekking met zijn latere patroon mr. P. Ten onrechte heeft hij de Raad van Toezicht voorgewend dat sprake was van een loondienstverband met mr. P. Op basis daarvan heeft de Raad van Toezicht zich niet verzet tegen inschrijving van verweerder op het tableau. Zo de Raad van Toezicht had geweten dat geen sprake was van een loondienstverband maar van een zelfstandig ondernemerschap, dan had de Raad van Toezicht op basis van de door haar gestelde eisen geen toestemming verleend.

4 FEITEN

4.1. Het volgende is komen vast te staan.

4.2. Verweerder heeft op – hij was toen 53 jaar en had de nodige maatschappelijke ervaring - de rechtbank verzocht hem toe te laten tot inschrijving als advocaat op het tableau onder mededeling dat mr. P. (hierna ook wel FP) 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 mr. P. de toenmalige deken bericht dat helaas een stage-overeenkomst op basis van een zelfstandig ondernemerschap van verweerder

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 verweerder en mr. P. ondertekende arbeidsovereenkomst/ stageovereenkomst. Daarin is overeengekomen dat mr. P en verweerder 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 verweerder 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 verweerder aan mr. P. 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 mr. P. de deken geschreven dat verweerder 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 verweerder. Bij brief van 14 juni 2010 heeft verweerder de deken onder meer een schriftelijk verslag van een gesprek dat hij op 10 april 2010 met mr. P. had toegezonden. In dat verslag 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 2010 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 2010 was er geen betaling verricht door FP. Door LL gevraagd is nadien € 1.000 over gemaakt.

5. Eind februari 2010 was er geen betaling verricht door FP. Door LL gevraagd is nadien (zonder enig overleg) slechts € 500 overgemaakt. (...)

6. Eind maart 2010 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 2010 een gesprek gehad met verweerder. De deken schrijft daarover onder meer:

[Verweerder] 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 mr. P. € 3.500,00, in januari 2010 € 1.000,00, in februari € 500,00 en in maart € 1.500,00. Dit betroffen voorschotten/betalingen op te delen inkomsten.

[Verweerder] gaf bij het gesprek van 20 mei 2001 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 [verweerder] 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 [verweerder] daarbij doelde op het aangaan van een arbeidsovereenkomst.

In zijn brief aan de raad van 24 januari 2011 heeft de deken onder meer geschreven: Ik merk dienaangaande – wellicht ten overvloede – op dat [verweerder] en ik elkaar op 20 mei 2010 hebben gesproken op initiatief van [verweerder]. [Verweerder] wenste een gesprek omdat hij – naar zijn zeggen – last kreeg met zijn geweten. In dat gesprek gaf [verweerder] mij aan dat een dienstverband tussen hem en mr. P. 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 in de zaak tegen mr. P. (in de zaak tegen verweerder is de behandeling aangehouden voor nader onderzoek door de deken met betrekking tot deze gegevens) heeft de Raad mr. P. gevraagd de volgende bescheiden over te leggen:

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

De genoemde bescheiden zijn niet overgelegd.

4.11. In het dossier bevinden zich geen brieven, mails o.i.d. uit de periode december 2009 tot medio 2010 waaruit blijkt dat verweerder mr. P. gevraagd heeft om uitbetaling van het salaris, noch bevinden zich daarin stukken waaruit blijkt dat mr. P. verweerder het betalen van het loon toezegt of die betaling aan de orde stelt.

4.12. Mr. P. 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. In de brief van 26 augustus 2011 deelt de gemachtigde van verweerder mee het verweer inzake de niet-ontvankelijkheid te laten vallen. Daarop hoeft mitsdien niet meer te worden beslist.

5.2. Verweerder heeft 29 grieven tegen de einduitspraak, waarvan beroep, aangevoerd. Deze lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

5.3. Van het bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen mr. P. 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 verweerder tot advocaat beëdigd zou kunnen worden. Het hof wijst daartoe op de volgende feiten en omstandigheden:

- Uit de fax van verweerder aan mr. P. van 11 november 2009 valt af te leiden dat hen 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 verweerder opgestelde verslag van een gesprek tussen hem en mr. P. op 10 april 2010 blijkt, zoals hiervoor geciteerd, op vele plaatsen, dat sprake was van een fifty/fifty-regeling en niet van een arbeidsovereenkomst.

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

- In het gesprek van verweerder en de deken van 20 mei 2010 heeft verweerder 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.

- Van een aanmelding van het dienstverband bij de fiscus, van het bestaan van aangiften loonbelasting of afdracht daarvan is niet gebleken. Dat verweerder zijn inkomsten uit de relatie met mr. P. heeft opgegeven als loon uit dienstbetrekking, wordt niet gesteld en is ook niet gebleken.

- 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.

5.4. Verweerder voert aan dat hij geen zelfstandige beroepsaansprakelijkheids-verzekering heeft afgesloten. Uit het 'Verzoek tot goedkeuring van een patronaat' blijkt dat mr. P. een verzekering ten behoeve van verweerder, in zijn hoedanigheid van stagiaire heeft afgesloten. Daarmee is niet gezegd wat de inhoud van de relatie tussen verweerder en mr. P. is geweest. Of mr. P. de verzekering ook daadwerkelijk heeft afgesloten is overigens niet komen vast te staan.

Verweerder voert aan dat in januari 2010 toevoegingen op zijn eigen naam werden verstrekt, dat hij geen btw-nummer heeft aangevraagd en dat hij mr. P niet heeft gefactureerd. Naar het oordeel van het hof zeggen deze feiten niets over de aard van de

relatie tussen verweerder en mr. P. Het hof merkt op dat verweerder anderzijds ook geen loonvordering heeft ingesteld tegen mr. P.

Verweerder voert aan dat mr. P. de noodzakelijke bescheiden naar zijn boekhouder heeft gestuurd. Het hof is evenwel gebleken dat dit eerst is gebeurd in het kader van de appelprocedures en niet in de periode december 2009 tot medio 2010.

Verweerder voert aan dat de gesprekken die hij met mr. P. heeft gevoerd gingen over een toeslag op het stagiairesalaris, elders in de stukken dat het salaris 'een minimum' betrof en weer elders dat het stagiairesalaris een vangnet betrof. Uit de stukken blijkt van dit alles niets. Integendeel: in zijn verslag van 10 april 2010 gaat verweerder uit van een fifty/fifty-regeling (zoals ook gold voordat het arbeidscontract was getekend en er nog geen sprake kon zijn van een toeslag).

5.5. Het hof deelt de opvattingen van de Raad in het bijzonder dat verweerder door zijn handelwijze en nalaten - de deken terstond er van in kennis stellen dat de arbeidsovereenkomst niet geëffectueerd zou worden – niet alleen het door de Raad van Toezicht in hem gestelde vertrouwen heeft beschaamd, de Raad en de deken heeft misleid en zo in strijd heeft gehandeld met hetgeen een behoorlijk advocaat betaamt, maar ook dat hij tevens blijkt 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.

5.6. Het hof is van oordeel dat verweerder in zodanige mate blijkt 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 niet alleen de Raad van Toezicht en de deken te misleiden, maar hij volhardt, zowel tegenover de raad als het hof, bij zijn standpunt dat een geëffectueerde arbeidsovereenkomst heeft bestaan, in weerwil van de feiten en zijn eigen verklaringen in het verslag van 10 april 2010 en tegenover de deken. Het hof is van oordeel dat, ware de Raad van Toezicht de werkelijke rechtsverhouding tussen verweerder en mr. P. bekend geweest, verweerder geen goedkeuring voor beëdiging zou hebben verkregen.

BESLISSING

Het Hof van Discipline:

bekrachtigt de beslissing van 18 april 2011 jegens verweerder gegeven onder nummer 10-100.

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.