

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 120/11

Beslissing van 30 november 2012
in de zaak 120/11
naar aanleiding van de klacht van:

mr. []
in zijn hoedanigheid van deken van de orde van advocaten
in het arrondissement Zwolle-Lelystad
klager

tegen:
mr. []
verweerster

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

- 1.1 Bij brief aan de raad van 15 december 2011 met kenmerk 'deken/M.', door de raad ontvangen op 19 december 2011, heeft de deken van de orde van advocaten in het arrondissement Zwolle-Lelystad de klacht ter kennis van de raad gebracht.
- 1.2 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 7 september 2012 in aanwezigheid van klager en verweerster. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.
- 1.3 De raad heeft kennis genomen van:
 - het van de deken ontvangen dossier.

2 FEITEN

- 2.1 Voor de beoordeling van de klacht wordt, gelet op de stukken en hetgeen ter zitting is verklaard, van de volgende vaststaande feiten uitgegaan.
- 2.2 Verweerster is op 27 april 2007 als advocaat beëdigd bij de rechtbank 's-Hertogenbosch. Per 31 augustus 2007 heeft zij zich tijdens de stage op eigen verzoek laten schrappen van het tableau. Begin februari 2010 heeft verweerster stappen ondernomen om wederom te worden beëdigd als advocaat in het arrondissement Zwolle-Lelystad. Op 31 maart 2010 is zij in dat arrondissement beëdigd. Zij is toen als stagiaire in dienst getreden bij mr. M., advocaat te A. Mr. M. werd tevens patroon van verweerster. Daar er grote problemen ontstonden tussen mr. M. en verweerster is eind 2010 de stageverhouding en het dienstverband beëindigd. Verweerster heeft haar werkzaamheden als advocaat-stagiaire voortgezet bij mr. B. Aan deze samenwerking is per 1 december 2011 een einde gekomen en met ingang van 1 december 2011 heeft verweerster zich op eigen verzoek laten schrappen van het tableau.
- 2.3 Bij brief van 23 december 2010 heeft mr. B. aan de Raad van Toezicht toestemming verzocht om als opvolgend patroon van verweerster op te treden, althans zijn kantoorgenoot/partner mr. drs. V. Daar mr. V. destijds ziek was, was mr. B. bereid als patroon te fungeren. In genoemde brief van mr. B. staat dat verweerster voor eigen

rekening en risico zou gaan werken. Namens de Raad van Toezicht is aan mr. B. aangegeven dat een zelfstandig ondernemerschap van verweerster om diverse redenen op grote bezwaren zou (kunnen) stuiten bij de Raad van Toezicht, terwijl de Raad van Toezicht bovendien zware eisen stelt aan het patronaat over een stagiaire/ondernemer. Vervolgens heeft mr. B. de Raad van Toezicht bij brief van 25 januari 2011 schriftelijk laten weten dat verweerster bij mr. B. (althans zijn besloten vennootschap S. B.V.) in dienst zou treden en dat mr. B. als patroon zou optreden. Ook is aan de Raad van Toezicht een op 25 januari 2011 getekende arbeidsovereenkomst van S. B.V. en verweerster gezonden met het verzoek om goedkeuring van het patronaat. Op 1 februari 2011 heeft de Raad van Toezicht aan verweerster bericht dat met het voorgestelde patronaat werd ingestemd.

2.4 Op 28 juni 2011 is namens de Raad van Toezicht aan mr. B. verzocht om bescheiden over te leggen op grond waarvan gecontroleerd kon worden of sprake was van een reëel bestaand dienstverband tussen mr. B. (althans diens vennootschap S. B.V.) en verweerster. Gevraagd werd onder meer om bescheiden zoals salarisspecificaties, aangifte loonbelasting en bescheiden betreffende de betaling van salaris. Bij brief van 13 juli 2011 berichtte mr. B. dat hij niet in staat was de gevraagde bescheiden over te leggen. Vervolgens heeft mr. B. desgevraagd een kopie van de beroepsaansprakelijkheidsverzekering overgelegd.

2.5 Op 15 augustus 2011 heeft naar aanleiding van bovenstaande een bespreking plaatsgevonden tussen de Raad van Toezicht en mr. B. Verweerster was, hoewel door de Raad van Toezicht uitgenodigd, bij deze bespreking niet aanwezig wegens vakantie. Daarbij is aan mr. B. verzocht aan te geven hoe de samenwerking tussen hem (c.q. S. B.V.) en verweerster nu feitelijke vorm had gekregen. Mr. B. gaf bij herhaling en uitdrukkelijk aan dat naar zijn overtuiging sprake was van een arbeidsovereenkomst met verweerster. Mr. B. heeft aangegeven op welke wijze werd gewerkt tussen hem en verweerster. Dit was als volgt.

- Salaris werd feitelijk niet betaald
- Loonbelasting werd niet afgedragen
- Omzet werd gefactureerd op factuurpapier van S. B.V., waarbij de bankrekening van de stagiaire werd vermeld
- Cliënten van de stagiaire betaalden op de bankrekening van de stagiaire
- Eigen bijdragen van cliënten van de stagiaire werden betaald op de bankrekening van de stagiaire
- Griffierechten van cliënten van de stagiaire werden betaald door de stagiaire
- Verschotten betreffende de cliënten van de stagiaire werden betaald door de stagiaire
- De stagiaire betaalde maandelijks een bedrag € 1.500,00 aan mr. B. c.q. S. B.V.
- De maandelijkse betalingen zouden uiterlijk 1 januari 2012 worden verrekend met de overnamesom van de praktijk van S. B.V.
- Mr. B. zou vervolgens zijn praktijk neerleggen en elders aan de slag gaan.

2.6 Voorts deelde mr. B. mee dat het de bedoeling was dat verweerster in een periode tot 1 januari 2012 door werkzaamheden en betalingen de praktijk van S. B.V. zou overnemen. De overnamesom bedroeg € 25.000,00, te betalen door middel van onder meer maandelijkse afdrachten en het verrichten van advocatenwerkzaamheden. Aldus werd het salaris van verweerster als stagiaire conform het arbeidscontract betaald/verrekend.

2.7 In het kader van het onderzoek naar de gang van zaken rondom de samenwerking tussen mr. B. en verweerster heeft verweerster een brief d.d. 10 augustus 2011 gezonden aan klager. In deze brief gaat verweerster in op haar WAO-uitkering.

2.8 Na de zomer van 2011 bleek dat de verhouding tussen mr. B. en verweerster ernstig verstoord was geraakt. Mr. Z. bleek als patroon/werkgever voor verweerster te willen gaan optreden.

2.9 Vervolgens is klager gebleken dat tussen verweerster en mr. B. nog een derde, aan de Raad van Toezicht evenmin bekende, overeenkomst bestond. Deze had betrekking op de verkoop van de praktijk van mr. V., partner van mr. B., aan verweerster met ingang van 1 januari 2011.

2.10 Uit een brief van verweerster aan klager d.d. 5 december 2011 blijkt dat verweerster naast de betaling van € 25.000,00 op 21 december 2010 aan het kantoor van mr. B., nadien in ieder geval in de periode vanaf 1 februari 2011 tot en met 1 augustus 2011 stelselmatig maandelijks € 1.800,00 als 'maandelijkse vooruitbetaling conform afspraak' heeft betaald aan het kantoor van mr. B.

3 KLACHT

3.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerster tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat:

a) verweerster heeft gehandeld in strijd met de voor advocaten geldende regels door de Raad van Toezicht te misleiden, althans onjuist, althans onvolledig, althans niet tijdig te informeren over het karakter van hun samenwerking.

Toelichting

Zowel verweerster als mr. B. zijn en waren op de hoogte van het feit dat de Raad van Toezicht geen goedkeuring aan het patronaat over verweerster zou geven indien sprake zou zijn van een stagiaire-ondernemerschap. Om deze reden is aan de Raad van Toezicht een arbeidsovereenkomst voorgelegd op grond waarvan de Raad van Toezicht goedkeuring heeft verleend aan het patronaat. Onder meer uit bovengenoemde feiten en omstandigheden is af te leiden dat geen sprake is geweest van een dienstverband c.q. een regulier dienstverband nu tussen verweerster en mr. B. diverse andere overeenkomsten zijn gesloten die haaks stonden op die van een arbeidsovereenkomst. Voor zover aan overeenkomsten tussen verweerster en mr. B. uitvoering is gegeven, is juist niet uitvoering gegeven aan de bepalingen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst, maar veeleer aan die overeenkomsten die niet aan de Raad van Toezicht zijn overgelegd en die veel lijken op overeenkomsten die gelijk zijn te schakelen met die van een stagiaire-ondernemer. Van een dienstverband kan niet worden gesproken, enerzijds vanwege het feit dat verweerster als stagiaire eigen inkomsten uit de praktijk genereerde en verschotten betaalde, anderzijds onder meer omdat geen loonbelasting werd afgedragen.

4 VERWEER

4.1 Ter zitting heeft verweerster aangevoerd dat uit de uitgebreide communicatie bestaande uit onder meer e-mailberichten, telefoontjes en faxen en persoonlijke gesprekken mag blijken dat zij niemand ooit heeft misleid of verkeerd heeft geïnformeerd. Uit het door klager geformuleerde dekenbezwaar blijkt dat klager evident feiten verdraait en bewust verkeerd weergeeft. Als er iemand is die een onjuiste voorstelling van zaken geeft, is het klager.

4.2 Verweerster is nimmer stagiaire-ondernemer geweest. Zij had een arbeidsovereenkomst en was in loondienst. Verweerster voert voorts aan dat voor een loondienst op grond van artikel 7:610 BW drie essentiële elementen zijn vereist:

- plicht van de werknemer arbeid te verrichten (lichamelijk, geestelijk of passief);

- dit te doen in dienst van de werkgever (ondergeschiktheid, gezagsrelatie, instructies opvolgen);

- daarvoor loon te ontvangen (materiële vergoeding; belangrijkste toegestane vorm is geld, maar daarnaast zijn er andere belangrijke loonvormen: zaken geschikt voor persoonlijk gebruik, effecten, vorderingen, andere aanspraken en scholing).

Verweerster was verplicht arbeid te verrichten voor mr. B. Toen zij bij mr. B. kwam werken als advocaat-stagiaire was zij zijn enige werknemer, die ook als telefoniste en secretaresse werkzaam was. Mr. B. gaf haar nagenoeg dagelijks instructies hoe zij haar werk moest doen en welk werk zij moest doen. Dat er een gezagsverhouding was, blijkt wel uit het feit dat verweerster zelf de communicatie met de orde door mr. B. moest redigeren.

4.3 Ook ontving verweerster loon van mr. B. Op 20 december 2010 was de goodwill voor de praktijkovername van de partner van mr. B. bepaald op € 25.000,00. Doordat klager weigerde het patronaat goed te keuren zolang er geen arbeidsovereenkomst was, kwam mr. B. op de gedachte dat de praktijk die verweerster pas een jaar later dan gepland geleverd zou worden, meer waard zou worden, juist door hun beider inzet. Er moest dan ook meer voor worden betaald. Mr. B. stelde voor dat nog eens € 25.000,00 betaald zou moeten worden. In diezelfde tijd, waarin zij in dienst kwam bij mr. B., kreeg zij een oproep van het UWV voor herkeuring van de WAO. Het betrof compensatie voor een medische fout die in de jaren 90 was gemaakt. Verweerster wilde geen betaling ontvangen maar het UWV adviseerde haar om haar recht niet te verspelen. Vervolgens heeft het UWV voorgesteld om ter voorkoming daarvan haar WAO te laten uitbetalen, hetzij aan haar werkgever hetzij aan haar zelf, waarna na ommekomst van een kalenderjaar de betaling verrekend zou worden met het door verweerster ontvangen loon. Derhalve zijn mr. B. en verweerster overeengekomen dat op de volgende wijze verrekend zou worden: het UWV betaalde aan verweerster WAO en droeg loonbelasting af en mr. B. gaf verweerster instructies met betrekking tot een goede praktijkvoering. Verweerster was uitdrukkelijk geen ondernemer maar slechts werknemer/privépersoon. Zij stond niet ingeschreven bij de KvK en had ook geen zakelijke rekening. De betalingen met betrekking tot de dossiers die zij onderhanden had, gingen via haar eigen rekening zoals gebruikelijk was bij mr. B. Zijn declaraties en ook die van zijn partner mr. V. worden sinds jaar en dag betaald op ieders persoonlijke bankrekening. Bij mr. M. was het niet anders geweest, dus verweerster vond dat niet vreemd. De aangiftes omzetbelasting moeten worden gedaan door de ondernemer. Dat was niet verweerster maar het advocatenkantoor. Daarom maakte verweerster maandelijks een voorschot over aan mr. B. van € 1.800,00 ten titel van netto omzet en BTW. Onjuist is dat klager stelt dat verweerster € 1.800,00 betaalde ter zake van de overnamesom van de praktijk van mr. V. Afpraak met mr. B. was dat ieder half jaar verrekend zou worden.

4.4 Verweerster concludeert dan ook dat er wel degelijk sprake was van een arbeidsovereenkomst/ loondienstverband. Volgens vaststaande criteria is aan te tonen dat er geen sprake was van een ondernemerschap:

- een ondernemer staat ingeschreven bij de KvK;
- een ondernemer heeft een eigen BTW-nummer;
- een ondernemer betaalt SER-opslag;
- een ondernemer doet aangifte BTW;
- een ondernemer voert een separate ondernemingsboekhouding;
- een ondernemer heeft de bedrijfsverzekeringen op eigen naam staan; voor de advocatuur geldt daarbij de verplichting van een beroepsaansprakelijkheidsverzekering;

Alle bovenstaande vereisten waren niet op verweerster persoonlijk van toepassing maar uitsluitend op haar werkgever mr. B., werkzaam onder de naam S. B.V. Op het

moment (20 december 2010) dat verweerster de praktijk van mr. V. betaalde, heeft zij een zelfstandige beroepsaansprakelijkheidsverzekering aangevraagd.

5 BEOORDELING

5.1 De raad dient de vraag te beantwoorden of verweerster zich schuldig heeft gemaakt aan misleiding van de Raad van Toezicht, althans deze onjuist, althans onvolledig, althans niet tijdig informatie heeft verstrekt over de aard van haar rechtsverhouding met mr. B. Aan de Raad van Toezicht is voorgehouden dat er sprake was van een dienstverband maar uit de in de toelichting op de klacht omschreven feiten en omstandigheden, blijkt, naar het oordeel van de raad, dat daarvan geen sprake was. De raad overweegt daartoe het navolgende.

5.2 Hoewel verweerster niet duidelijk heeft kunnen maken hoe de geldstroom liep tussen hetgeen zij aan inkomsten uit de praktijk en op grond van haar WAO-uitkering ontving en hetgeen zij aan mr. B. diende over te maken, terwijl tevens niet duidelijk is geworden welke betalingen zij van mr. B. ontving, blijkt in ieder geval het navolgende (onder meer uit de faxbrief van verweerster van 15 april 2012 aan de raad in de zaak 61/12, welke zaak eveneens op 7 september 2012 is behandeld) : verweerster zou meer dan € 100.000,00 tegoed te hebben van mr. B. voor kosten die hij haar heeft laten 'voorschieten' voor S. B.V., zoals volledige jaarhuur, kantoorinventaris voor de nevenvestiging, griffierechten, kosten voor telefoon, fax, internet, website, p.r., drukwerk en reclame, alsmede haar gehele jaarsalaris en een bedrag van € 25.000,00 dat verweerster op 20 december 2010 op de derdenrekening van mr. B. heeft gestort ter betaling van het advocatenkantoor van mr. B. dat haar echter nimmer is geleverd. Ook heeft zij geen vakantiegeld, geen onkostenvergoeding ontvangen en ook de kosten van haar studie en bijdrage aan de orde heeft zij zelf moeten 'voorschieten'. Uit hetgeen verweerster hier stelt blijkt, naar het oordeel van de raad, dat verweerster, als jurist en destijds advocaat-stagiaire, moet hebben begrepen, althans heeft kunnen begrijpen dat hier geen sprake is van een dienstverband althans dat deze relatie zodanig afwijkt van een arbeidsovereenkomst dat daarvan geen sprake is. Verweerster had zulks behoren mee te delen aan de Raad van Toezicht en heeft daarmee de Raad van Toezicht onjuiste informatie verstrekt. Bovendien heeft verweerster erkend dat door haar verrichte werkzaamheden werden gedeclareerd en dat betaling plaatsvond op haar eigen rekening. Dit is ook volstrekt afwijkend van hetgeen bij een dienstverband gebruikelijk is. De raad acht het handelen van verweerster tuchtrechtelijk verwijtbaar.

6 MAATREGEL

6.1 De raad is van oordeel dat het onjuist informeren van de Raad van Toezicht in hoge mate tuchtrechtelijk verwijtbaar is temeer daar verweerster zelf de onjuistheid van haar handelen niet inziet. De raad komt dan ook tot onderstaande maatregel.

BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart de klacht gegrond;
- legt aan verweerster op de maatregel van schorsing in de uitoefening van de praktijk voor de duur van 6 maanden;
- bepaalt dat daarvan 3 maanden niet zullen worden ten uitvoer gelegd, tenzij de raad van discipline later anders mocht bepalen op de grond dat verweerster binnen de hierna te vermelden proeftijd zich opnieuw schuldig heeft gemaakt aan een in artikel 46 van de Advocatenwet bedoelde gedraging;

- stelt de proeftijd op een periode van 2 jaar, ingaande op de dag dat deze beslissing in kracht van gewijsde gaat;
- bepaalt dat het onvoorwaardelijk gedeelte van de schorsing ingaat 14 dagen na het in kracht van gewijsde gaan van deze beslissing, met dien verstande dat de schorsing pas ingaat na afloop van alle eventueel eerder onherroepelijk geworden schorsingen en dat deze niet ten uitvoer zal worden gelegd gedurende de tijd dat verweerster niet op het tableau staat ingeschreven.

Aldus gewezen door mr. P. Schulting, voorzitter, mrs. G.W. Brouwer, J.P van Stempvoort, L.J. van der Veen, G.J. van der Veer, leden, bijgestaan door mr. D.C. van der Kwaak-Wamelink als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 30 november 2012.

griffier

voorzitter

Deze beslissing is in afschrift op 3 december 2012 per aangetekende brief verzonden aan:

- klager
- verweerster
- de deken van de orde van advocaten in het arrondissement Zwolle-Lelystad
- de deken van de Nederlandse Orde van Advocaten.

Van deze beslissing kan hoger beroep bij het Hof van Discipline worden ingesteld door:

- verweerster
- de deken van de orde van advocaten in het arrondissement Zwolle-Lelystad
- de deken van de Nederlandse Orde van Advocaten

Het hoger beroep moet binnen een termijn van 30 dagen na verzending van de beslissing worden ingesteld door middel van indiening van een beroepschrift, waarin de gronden van het beroep zijn vermeld en van een motivering zijn voorzien. Het beroepschrift moet in zeventvoud worden ingediend tezamen met zes afschriften van de beslissing waarvan beroep.

De eerste dag van de termijn van 30 dagen is de dag volgend op de dag van de verzending van de beslissing. Uiterlijk op de dertigste dag van die termijn moet het beroepschrift dus in het bezit zijn van de griffie van het Hof van Discipline. Verlenging van de termijn van 30 dagen is niet mogelijk.

Het beroepschrift kan op de volgende wijzen worden ingediend bij het Hof van Discipline:

a. Per post

Het postadres van de griffie van het Hof van Discipline is:

Postbus 132, 4840 AC Prinsenbeek

b. Bezorging

De griffie is gevestigd aan het adres Markt 44, 4841 AC Prinsenbeek.

Indien u bij de griffie van het Hof van Discipline een stuk wenst af te geven en daarvoor een ontvangstbewijs wenst te ontvangen, dient u tijdig contact op te nemen teneinde er zeker van te zijn dat het stuk onder verkrijging van de ontvangstbevestiging kan worden afgegeven.

c. Per fax

Het faxnummer van het Hof van Discipline is 076 - 548 4608. Tegelijkertijd met de indiening per fax dient het beroepschrift tezamen met de beslissing waarvan beroep in het vereiste aantal per post te worden toegezonden aan de griffie van het hof.

Nadere informatie over hoger beroep en over (de griffie van) het hof
076 - 548 4607 of griffie@griffiehvd.nl
Praktische informatie vindt u op www.hofvandiscipline.nl