

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 6657

Beslissing van 6 september 2013
in de zaak 6657

naar aanleiding van het hoger beroep van:
advocaat te Almere
verweerder
tegen:
de deken

1 HET GEDING IN EERSTE AANLEG

Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Leeuwarden (verder: de raad) van 30 november 2012, onder nummer 121/11, aan partijen toegezonden op 3 december 2012, waarbij een klacht van klager tegen verweerder gegrond is verklaard en de maatregel van schorsing in de uitoefening van de praktijk voor de duur van een jaar, waarvan zes maanden voorwaardelijk, is opgelegd.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij verweerder van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 31 december 2012 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.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 5 juli 2013, waar – in verband met de wijziging van de grenzen van de arrondissementen - zowel mr. A (deken C) als mr. B (deken D) zijn verschenen. Verweerder is verschenen, vergezeld van mr. E. Laatstgenoemde heeft gepleit aan de hand van een pleitnota.

3 KLACHT

3.1 De klacht - zoals geformuleerd door de raad - houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerder tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet doordat:

verweerder 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 de samenwerking met zijn stagiaire.

Toelichting

Zowel mr. M. als verweerder waren op de hoogte van het feit dat de Raad van Toezicht geen goedkeuring aan het patronaat over mr. M. 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 de hier bovengenoemde [hof: de door de raad vastgestelde] feiten is af te leiden dat geen sprake is geweest van een dienstverband c.q. een regulier dienstverband nu tussen mr. M. en verweerder andere overeenkomsten zijn gesloten die haaks stonden op die van een arbeidsovereenkomst. Voor zover aan overeenkomsten tussen mr. M. en verweerder 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 mr. M. als stagiaire eigen inkomsten uit de praktijk genereerde, anderzijds onder meer omdat geen loonbelasting werd afgedragen.

4 FEITEN

Het hof gaat uit van de volgende feiten.

4.1. Bij koopovereenkomst d.d. 20 december 2010 heeft F. B.V. (de advocatenpraktijk van verweerder en mr. V.) het (nader omschreven) praktijkgedeelte van mr. V. voor € X (btw onbelast, ter zake van goodwill) verkocht aan mr. M. Dit bedrag is daags nadien betaald. Artikel 1 van de overeenkomst bepaalt dat de praktijk per 1 januari 2011 wordt overgedragen.

4.2. Bij brief van 23 december 2010 aan de raad van toezicht verzoekt verweerder stagebegeleider van mr. M. te worden. Daarin wordt tevens aangekondigd dat zij bereid is de praktijk van mevrouw mr. V., echt- en kantoorgenote van verweerder, over te nemen en te gaan samenwerken 'ieder voor eigen rekening en risico'. Mr. M. gaat zelfstandig de overgenomen praktijk voortzetten op basis van een 'kantoor-aan-huissituatie'.

4.3. Volgend op deze brief heeft telefonisch overleg plaatsgevonden waarbij de deken verweerder heeft laten weten dat een zelfstandig ondernemerschap op grote bezwaren bij de raad zou stuiten.

4.4. Bij e-mail van 6 januari 2011 schrijft verweerder mr. M. onder meer:

Het patronaat zal volgens de Deken op deze wijze niet tot goedkeuring leiden, (...) De enige mogelijkheid op korte termijn zou een dienstverband moeten zijn.

Zoals ik je gisteren al aan je heb medegedeeld is een arbeidsovereenkomst met F B.V. om verschillende redenen een "no-go"-situatie.

Deze denkrichting geeft derhalve geen opening.

Ondertussen heb ik nagedacht over alternatieven. (...)

4.5. Bij brief van 25 januari 2011 heeft verweerder aan de raad van toezicht een op die dag ondertekend contract met de titel arbeidsovereenkomst gezonden. In artikel 1 staat dat mr. M. met ingang van 27 januari 2011 als stagiaire in loondienst treedt van F B.V., de praktijkvennootschap van verweerder. In artikel 5 wordt het salaris per maand bepaald.

4.6. Het binnenpatronaat op basis van een arbeidsovereenkomst is door de Raad van toezicht op 1 februari 2011 goedgekeurd.

4.7. Verweerder heeft ter zitting van het hof gesteld dat hij en mr. M. begin februari 2011 een nieuwe relatie zijn overeengekomen welke meebracht dat geen loon verschuldigd was. Voor deze stelling heeft het hof geen aanwijzing gevonden. Deze nieuwe rechtsverhouding is, in het bijzonder, mr. M. niet schriftelijk bevestigd. De raad van toezicht is daar ook niet van in kennis gesteld. Het op 21 december 2010 betaalde bedrag is niet teruggestort.

4.8. Ten aanzien van de wijze van uitvoering van de relatie tussen verweerder en mr. M. geldt het volgende:

- de loonbelastingverklaring en een eerstedagmelding zijn niet gedaan;
- salaris is feitelijk niet betaald; een jaaropgave 2011 ontbreekt. correspondentie tussen verweerder en mr. M. waaruit zou kunnen worden afgeleid dat mr. M. aandringt op loonbetaling ontbreekt;
- loonbelasting en sociale premies werden niet afgedragen;

- omzet van mr. M. werd gefactureerd op factuurpapier van F B.V., waarbij de bankrekening van mr. M. werd vermeld. Een verklaring hiervoor is door verweerder niet gegeven;
- cliënten van mr. M. betaalden honorarium, de eigen bijdragen, het griffierecht en de verschotten op haar bankrekening. Niet gebleken is dat mr. M. deze betalingen heeft doorgeboekt naar F B.V. of verweerder;
- mr. M. betaalde maandelijks – voor het eerst op 1 februari 2011 (dus nog vóór de gestelde wijziging van begin februari 2011) en voor het laatst op 1 augustus 2011 – ten titel van ‘maandelijkse vooruitbetaling’ - een bedrag van € X aan verweerder c.q. F B.V. Ter zitting heeft verweerder erkend dat uit dit bedrag onder meer de door mr. M. verschuldigde omzetbelasting werd voldaan. Verder inzicht in de financiële relatie tussen verweerder en mr. M. is niet gegeven, ook niet door verweerder.

4.9. Op 24 (of 29) maart 2011 zijn F B.V. en mr. M. een nieuwe overeenkomst aangegaan. Deze overeenkomst heeft in hoofdlijnen dezelfde strekking als die van 20 december 2010. Ook in deze nieuwe overeenkomst wordt de praktijk van mr. V. overgedragen, nu per 1 januari 2012 (na ommekomst van de stageperiode). De koopsom is verhoogd tot € X. Voorts wordt vermeld dat mr. M. per 1 maart 2011 (wat heeft gegolden voor de maand februari 2011 wordt niet vermeld) als stagiaire in dienst is getreden van F B.V. Zij gaat werken met behoud van haar UWV-uitkering en doet afstand van de bruto-salarisvergoeding (de stagevergoeding minus de UWV-uitkering), begroot op € X waarmee een deel van de koopsom wordt voldaan. De andere € X moet in 2012 worden betaald. Een concludente verklaring voor een en ander wordt niet gegeven.

4.10. Het ontbreekt in het dossier aan stukken waaruit van ter zake doende feiten en omstandigheden zou kunnen blijken die getuigen van het bestaan van een reële en uitgevoerde arbeidsovereenkomst. Het gaat dan niet alleen om loon. Van enige instructie door verweerder of van enige andere handeling die een patroon pleegt te doen (bijwonen zitting stagiaire, corrigeren processtukken) is niet gebleken. Zelfs als het juist zou zijn dat verweerder en mr. M. hun onderlinge relatie per 24 maart 2011 hebben willen wijzigen, dan nog ontbreekt een verklaring voor het niet betalen van het loon over februari 2011. Daarbij komt dat er geen verklaring voor wordt gegeven waarom verweerder op het loon de UWV-uitkering van mr. M. in mindering brengt.

4.11. Verweerder (of mr. M.) heeft nimmer, in het bijzonder niet begin februari 2011 of kort na 24 maart 2011, de raad van toezicht (schriftelijk) in kennis gesteld van de werkelijke gang van zaken, die toch aanmerkelijk afwijkt van een gebruikelijke arbeidsverhouding.

5 BEOORDELING

5.1. In grief 1 voert verweerder een aantal bezwaren aan tegen de door de raad vastgestelde feiten. Daarbij wordt overigens niet aangevoerd dat de vastgestelde feiten onjuist zijn, maar wel dat deze in een ander licht moeten worden gesteld, althans genuanceerd. Bij deze grief heeft verweerder geen belang nu het hof de feiten zelfstandig vaststelt.

5.2. In grief 2 komt verweerder op tegen het oordeel van de raad dat de deken in zijn bezwaar ontvankelijk is. Verweerder heeft de niet-ontvankelijkheid van de deken in zijn bezwaar voorgesteld op de grond dat er bezwaren kleven aan het door de deken gevoerde onderzoek en dat het onderzoek onmiskenbare verzuimen vertoont.

De grief faalt. De aangevoerde bezwaren hebben betrekking op de waardering en de kwalificatie door de deken van de feiten. De deken is daarin vrij. Ook de niet-beantwoorde vraag waarom geen dekenbezwaar is ingediend tegen mr. V. leidt niet tot niet-ontvankelijkheid van de deken in zijn bezwaar tegen verweerder.

5.3. Grief 3 heeft betrekking op de beoordeling van het dekenbezwaar door de raad.

Het hof is met de raad van oordeel dat uit de vastgestelde feiten en omstandigheden geen andere conclusie kan worden getrokken dan dat verweerder en mr. M. nimmer (ook niet vóór 24 maart 2011 of enige andere datum na 1 februari 2011) hebben beoogd uitvoering te geven aan de arbeidsovereenkomst die zij de raad van toezicht hebben voorgehouden. Zij hebben hun relatie feitelijk vorm gegeven op de wijze die eerder was aangekondigd maar die bij de raad van toezicht op bezwaren stuitte. De hele gang van zaken wijst op het werken door mr. M. voor eigen rekening en risico, dit met uitdrukkelijke instemming van verweerder. De omstandigheid dat de aansprakelijkheidsverzekering van mr. M. besloten ligt in die van F B.V. en dat die vennootschap de btw betaalde doet niet af aan de conclusie dat geen sprake was van een reële arbeidsovereenkomst. Het hof is van oordeel dat, ware de raad van toezicht met de werkelijke rechtsverhouding tussen verweerder en mr. M. bekend geweest, verweerder geen goedkeuring voor het patronaat van de stage van mr. M. zou hebben verkregen.

Het hof is van oordeel dat verweerder door zijn handelwijze en nalaten - de deken en de raad 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, die 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 de waarborgen die een stage omringen. Het dekenbezwaar is gegrond. De grief faalt.

5.4. Grief 4 heeft betrekking op de opgelegde maatregel. Verweerder voert onder meer aan dat hij de raad van toezicht niet onjuist heeft geïnformeerd en dat hij de situatie naar eer en geweten aan de raad van toezicht heeft voorgehouden.

Anderzijds stelt verweerder dat hij er spijt van heeft zich onvoldoende rekenschap te hebben gegeven van de noodzaak om de raad van toezicht over de gewijzigde situatie te informeren en dat hij daarvoor zijn excuus heeft aangeboden.

Verweerder wijst op zijn persoonlijke omstandigheden, zoals de waarneming en mantelzorg voor zijn zieke vrouw, en de stress die dat meebrengt.

Het hof is van oordeel dat de door de raad opgelegde maatregel, gelet op de ernst daarvan en schending van de integriteit die van een advocaat moet worden verwacht, zonder meer op zijn plaats is. Het hof is zich bewust van de financiële consequenties voor verweerder van een onvoorwaardelijke schorsing voor de duur van zes maanden, maar het acht voor een matiging in de gegeven omstandigheden geen plaats.

BESLISSING

Het Hof van Discipline:

bekrachtigt de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Leeuwarden van 30 november 2012, onder nummer 121/11.

De beslissing is verzonden op 6 september 2013.