

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 6712

Beslissing van 2 december 2013

in de zaak 6712

naar aanleiding van het hoger beroep van:

verweerster

tegen:

Deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Midden-Nederland

de deken

1 HET GEDING IN EERSTE AANLEG

Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Arnhem-Leeuwarden (verder: de raad) van 28 januari 2013, onder nummer 12-171, aan partijen toegezonden op 30 januari 2013, waarbij een bezwaar van de deken tegen verweerster gegrond is verklaard.

De beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als YA 4537.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij verweerster van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 20 februari 2013 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 4 oktober 2013, waar de deken, en verweerster bijgestaan door mr. X. zijn verschenen. Mr. X. heeft gepleit aan de hand van een pleitnota.

3 BEZWAAR

3.1 Het bezwaar houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerster tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet door een factuur voor gefingeerde werkzaamheden aan de werkgever te zenden met het kennelijke doel de werkgever in staat te stellen om de btw in aftrek te nemen.

3.2 In zijn toelichting op het bezwaar voert de deken aan dat het hem niet gaat om de afspraak als zodanig, maar over de uitvoering ervan. Door aan de werkgever de factuur te zenden voor werkzaamheden die verweerder niet in opdracht van de werkgever heeft verricht, construeert en fingeert verweerster – achteraf - een overeenkomst van opdracht. Het effect daarvan is dat de fiscus nadeel lijdt ter hoogte van de btw-component die door de werkgever in aftrek wordt gebracht, terwijl de verleende dienst niet ten behoeve van de werkgever is verricht. De afspraak ziet op vergoeding van de kosten van de werknemer. In de situatie dat de factuur van verweerster naar haar cliënte, de werkneemster, zou zijn gegaan, zou deze de btw niet hebben kunnen verrekenen. Het feit dat het de verantwoordelijkheid van de werkgever is om al dan niet de btw te verrekenen, doet aan het verwijt dat hij verweerster maakt, niet af. Een advocaat dient aan een dergelijke constructie zijn medewerking niet te verlenen. Daarenboven, aldus de deken,

was het de uitgesproken bedoeling van betrokkenen om de werkgever de btw in aftrek te laten brengen. De deken wijst in dit verband naar de brief van verweerster aan de werkgever van 9 november 2011. De deken heeft naar voren gebracht zich te realiseren dat sprake is van een niet ongebruikelijke praktijk doch deze niettemin onjuist te achten en in strijd met hetgeen een advocaat betaamt.

4 FEITEN

4.1 Het volgende is komen vast te staan:

Verweerster is als advocaat opgetreden voor Z. in een arbeidsgeschil met haar werkgever Y.. Verweerster heeft de werkgever in kort geding gedagvaard. Ter zitting van 18 juni 2009 is tussen partijen een schikking bereikt, die is vastgelegd in een proces-verbaal. Dit proces-verbaal luidt onder meer als volgt:

“4. Partij Nieland zal aan partij Z. de kosten van haar gemachtigde en de proceskosten vergoeden tot maximaal € 4.000,- inclusief BTW, waartoe de gemachtigde van Z. een nota met specificatie aan de gemachtigde van partij Y. zal doen toekomen.”

Verweerster heeft ter uitvoering van deze afspraak op 13 oktober 2009 aan de gemachtigde van de werkgever een declaratie gezonden die was geadresseerd aan de werkgever op diens adres en die luidde als volgt:

“ DECLARATIE

datum: 13 oktober 2009

Dossier: 10919 Z./Haarmode Y.

- Salaris € 3.361,34
- BTW 19% € 638,66
- Totaalbedrag € 4.000,00 ”

Verweerster heeft aan de werkgever in een brief van 9 november 2011 geschreven:

“Met betrekking tot de declaratie is destijds met u en uw advocaat afgesproken om ‘de uren’ bij u in rekening te brengen en niet de kosten ter zake griffierecht en de deurwaarderskosten, zodat u de declaratie in uw boekhouding zou kunnen verwerken en 19% van het gehele bedrag middels BTW aftrek met de belastingdienst kon verrekenen.”

5 BEOORDELING

5.1 De raad heeft geoordeeld dat niet is gebleken van een overeenkomst van opdracht tussen de werkgever en verweerster, en dat dus ook niet is komen vast te staan dat sprake is van een met btw belaste levering ter zake waarvan de werkgever btw kon verrekenen. Verweerster heeft daarmee haar medewerking verleend aan een constructie die geen grondslag had in de feiten. De raad achtte het bezwaar gegrond en heeft aan verweerster de maatregel van een waarschuwing opgelegd.

5.2 Verweerster heeft in haar beroepsschrift de volgende grieven aangevoerd.

Zij heeft nooit de intentie gehad om een overeenkomst van opdracht met de werkgever te construeren, hetgeen blijkt uit de vermelding op de declaratie: Z./Haarmode Y.. Deze handelwijze is niet ongebruikelijk in de advocatenpraktijk. De fiscus wordt niet benadeeld, omdat de werkgever zonder btw aftrek het gehele bedrag van de declaratie in mindering op de winst mag brengen. Overigens is de administratieve verwerking van de declaratie de eigen verantwoordelijkheid van de werkgever. Verweerster is er te goeder trouw van uit gegaan dat de fiscus btw aftrek in dit soort gevallen accepteert, waarbij zij zich beroept op een brief van een door haar geraadpleegde registeraccountant van 30 november 2012. Het bezwaar behoort volgens verweerster ongegrond te worden verklaard, althans behoort haar geen maatregel te worden opgelegd.

5.3 Het hof overweegt als volgt.

De raad heeft met juistheid overwogen dat met de afspraak dat een werkgever (een deel van) de advocaatkosten die zijn werknemer in verband met een arbeidsconflict heeft gemaakt, zal vergoeden, op zichzelf niets mis is en dat een dergelijke regeling,

vastgelegd in een overeenkomst tussen werkgever en werknemer, regelmatig voor komt. Het gaat er echter om hoe aan een dergelijke afspraak uitvoering wordt gegeven. Als de advocaat van de werknemer aan zijn cliënt een (op diens naam gestelde) declaratie zendt en de werkgever vervolgens het afgesproken bedrag daarvan aan de werknemer vergoedt, is er niets aan de hand.

In het onderhavige geval echter heeft verweester de declaratie voor de aan de werkneemster, in opdracht van die werkneemster, verleende diensten op naam gesteld van en geadresseerd aan de werkgever. De werkgever heeft vervolgens de op de declaratie in rekening gebrachte btw verrekend, kan dat althans hebben gedaan, alsof de declaratie werkzaamheden betrof die in zijn voorafgaande opdracht door verweester waren verricht, hetgeen niet het geval was: verweester had gewerkt in opdracht van de werkneemster ter behartiging van haar belangen, niet in opdracht van de werkgever. Dat de declaratie als onderwerp eerst de naam van de werkneemster en daarna die van de werkgever vermeldt, neemt het fingers van de indruk dat de geadresseerde – de werkgever – de opdrachtgever van verweester is, niet weg. Die volgorde van vermelding betreft slechts een veelal in de (Nederlandse) advocatuur gevolgd gebruik dat voor niet-ingewijden geen betekenis heeft. Dat fingers van een vooraf tot stand gekomen opdracht-relatie tussen verweester en de werkgever heeft onder meer tot gevolg dat de werkgever de door verweester in rekening gebrachte btw kan verrekenen alsof haar diensten aan hem verleend waren, hetgeen in strijd is met de feiten. Het betaamt een behoorlijk advocaat niet om aan een dergelijke constructie mee te werken.

De juistheid van de stelling van verweester dat de fiscus (bewust of onbewust) soms wel accepteert dat de werkgever btw verrekent die verschuldigd is over aan zijn werknemer verrichte diensten, kan daarbij in het midden blijven. De kern van het terecht bezwaar van de deken betreft niet het verwijt dat verweester de Wet op de Omzetbelasting verkeerd interpreteert of dat de fiscus wordt benadeeld – hetgeen volgens verweester niet het geval is omdat aftrek van de winst voor de fiscus ook nadeel oplevert -, maar zit daarin dat verweester een declaratie voor verleende diensten stelt ten name van en zendt aan de werkgever alsof zij van deze vooraf een opdracht tot het verlenen van die diensten had gekregen, hetgeen niet het geval is. Aan deze gefingeerde rechtsrelatie worden vervolgens extern gevolgen verbonden, zoals de verrekening van btw, die daaraan niet verbonden behoren te worden.

Uit het voorgaande volgt dat het hof de beslissing van de raad zal bekrachtigen. Dat geldt ook voor de door de raad opgelegde maatregel van waarschuwing. Daargelaten dat het verweer dat verweester het ongeoorloofde van haar handelen niet heeft gezien, niet disculpeert, en gehoord de mededeling van verweester dat zij haar handelwijze na de uitspraak van de raad al heeft aangepast, acht het hof de verweten gedraging te ernstig om zonder maatregel af te doen.

BESLISSING

Het Hof van Discipline:

bekrachtigt de beslissing van de raad van discipline in het ressort Arnhem-Leeuwarden van 28 januari 2013, nr. 12-171, waarvan beroep.

Aldus gewezen door mr. P.M.A. de Groot-van Dijken, voorzitter, mrs. J.P. Balkema, C.A.M.J. Raymakers, W.J. van Andel en H.J. de Groot, leden, in tegenwoordigheid van mr. I.F. Schouwink, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 2 december 2013.