

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 13-240

Beslissing van 19 mei 2014
in de zaak 13-240
naar aanleiding van de klacht van:
[naam]B.V.
vertegenwoordigd door:
de heer [naam]
[adres]
klaagster
tegen:
[naam]
advocaat te[plaats]
verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief aan de raad van 23 september 2013 kenmerk RvT 13-0111, door de raad ontvangen op 26 september 2013, heeft de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Midden-Nederland de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.2 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 10 februari 2014 in aanwezigheid van de heer [naam] en verweerder. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.3 De raad heeft kennis genomen van:

- de onder 1.1 vermelde brief van de deken d.d. 23 september 2013 en van de stukken 1 tot en met 10 zoals vermeld op de inventarislijst die bij de brief van de deken is gevoegd.

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 Verweerder staat de heren R. en M. bij in een arbeidsgeschil. Klaagster is (voormalig) werkgeefster van de heren R. en M.

2.3 Klaagster heeft de heren R. en M. in september 2012 op staande voet ontslagen. Bij beschikking van 29 november 2012 heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst tussen klaagster en de heer R. ontbonden, voor zover vereist, onder toekenning van een vergoeding aan de heer R. van € 5.100,-- bruto ten laste van klaagster. Bij beschikking van gelijke datum is ook de arbeidsovereenkomst met de heer M. door de kantonrechter ontbonden, voor zover vereist, onder toekenning van een vergoeding van € 39.805,33 aan de heer M. ten laste van klaagster.

2.4 Verweerder heeft namens de heren R. en M. in november 2012 een kort geding tegen klaagster aanhangig gemaakt, onder meer tot betaling van achterstallig loon.

2.5 Bij vonnis in kort geding van 21 december 2012 is klaagster -onder meer- veroordeeld om aan de heer M. te betalen:

- achterstallig loon over de periode 5 november 2012 tot 29 november 2012, te vermeerderen met de wettelijke verhoging van 50 % en de wettelijke rente.

2.6 Bij vonnis in kort geding van 16 januari 2013 is klaagster -onder meer- veroordeeld om aan de heer R. te betalen:

- achterstallig loon over de periode 18 augustus 2012 tot 29 november 2012, te vermeerderen met het gemiddeld bedrag aan toeslagen;
- een bedrag aan loonsverhoging over de periode januari 2012 tot en met oktober 2012;
- de wettelijke verhoging ex artikel 7: 625 BW;
- de wettelijke rente.

2.7 Eind januari 2013 heeft verweerder de deurwaarder opdracht gegeven om de beschikkingen van 29 november 2012 en de vonnissen van 21 december 2012 en 16 januari 2013 te laten betekenen aan klaagster met bevel tot betaling en om, bij gebreke van tijdige betaling, executiemaatregelen te nemen.

2.6 Bij e-mail van 12 februari 2013 heeft de directeur van klaagster verweerder het volgende geschreven: "Van de door u ingeschakelde deurwaarder heb ik vernomen dat u bewust bruto bedragen heeft laten incasseren, aangezien u zelf zorg draagt voor de afdracht loonheffingen met betrekking tot de door u geïncasseerde hoofdsommen in de dossiernummers [4 dossiernummers en zaaknamen]. Ik verzoek u dan ook vriendelijk mij per omgaande de betaalbewijzen te verstrekken van de door u namens [naam klaagster] B.V. aan de belastingdienst afgedragen loonheffingen in bovengenoemde zaken."

2.7 Bij e-mail van 15 februari 2013 antwoordde verweerder het volgende: "Naar ik bij u bekend veronderstel is ons kantoor voor uw (ex)werknemers niet inhoudingsplichtig voor de loonheffing. Graag verneem ik derhalve uiterlijk hedenmiddag voor 17.00 uur van u/[klaagster] welke bedragen wij volgens [klaagster] zouden moeten inhouden op de ten behoeve van de heren [naam cliënten verweerder] door de deurwaarder geïncasseerde bedragen. Verneem ik niet, dan wel niet tijdig van u, dan acht ik mij vrij tot uitbetaling van de betreffende bruto-bedragen aan cliënten over te gaan, een en ander vanzelfsprekend onder aftrek van hetgeen terzake van de in beide zaken verrichte werkzaamheden aan ons kantoor toekomt."

2.8 Op 19 februari 2013 heeft de advocaat van klaagster verweerder bericht dat hij (verweerder) een bedrag van € 17.517,59 teveel heeft geïncasseerd en dat de salarisstroken waaruit dit blijkt tezamen met de onderliggende berekeningen al een aantal weken geleden aan de deurwaarder zijn gezonden. De salarisstroken werden bij de brief aan verweerder gevoegd en verweerder werd verzocht ervoor te zorgen dat het teveel geïncasseerde bedrag per omgaande zou worden bijgeschreven op de bankrekening van klaagster.

2.9 Bij brief d.d. 29 maart 2013 heeft de advocaat van klaagster verweerder nogmaals verzocht en voor zover nodig gesommeerd het teveel door hem geïncasseerde bedrag terug te storten.

2.10 Bij brief van 15 april 2013 is er door de advocaat van klaagster opnieuw een rappelbrief gestuurd aan verweerder. In deze brief van 15 april 2013 heeft de advocaat van klaagster de door verweerder teveel geïncasseerde bedragen gespecificeerd. Verweerder is meegedeeld dat hij namens de heer M. een bedrag van € 17.517,59 teveel heeft geïncasseerd en namens de heer R. een bedrag van € 7.604,10, in totaal dus een bedrag van € 25.121.69, en niet een bedrag van € 17.517,59 zoals abusievelijk was vermeld in zijn brief van 19 februari 2013.

2.11 Op 3 april 2013 heeft verweerder namens de heer R. een bodemprocedure tegen klaagster aanhangig gemaakt waarin onder meer betaling van een bedrag wegens opgebouwde en niet-opgenomen vakantiedagen, een bedrag wegens opgebouwde en

niet-opgenomen ADV-dagen, de wettelijke rente over deze bedragen en de wettelijke verdragingsrente hierover werd gevorderd.

2.12 Op 8 mei 2013 heeft klagster de cliënten van verweerder, de heren R. en M. in kort geding gedagvaard tot terugbetaling van de bedragen die de deurwaarder teveel had geïncasseerd.

2.13 In deze kortgedingprocedures heeft op 17 mei 2013 de mondelinge behandeling plaatsgevonden.

2.14 Bij brief van 20 mei 2013 heeft de advocaat van klagster verweerder laten weten dat het schikkingsvoorstel, tot regeling van de op 3 april 2013 aanhangig gemaakte bodemprocedure, dat hij had gedaan in zijn brief van 10 mei 2013 aan verweerder, als ingetrokken dient te worden beschouwd nu verweerder daarop niet heeft gereageerd.

2.15 Bij vonnissen van 5 juni 2013 heeft de voorzieningenrechter de vorderingen van klagster in de kortgedingprocedure tot terugbetaling van de bedragen die de deurwaarder teveel had geïncasseerd, gedeeltelijk toegewezen. De voorzieningenrechter overwoog dat voor zover deze bedragen gekwalificeerd kunnen worden als loon uit tegenwoordige dienstbetrekking, de vorderingen toewijsbaar zijn. Voorts overwoog de voorzieningenrechter dat verweerder namens de heren R. en M. genoegzaam aannemelijk heeft gemaakt dat het kantoor van verweerder als inhoudingsplichtige aangemerkt dient te worden voor zover het gaat om bedragen die als loon uit vroegere dienstbetrekking moeten worden gekwalificeerd, zoals de ontbindingsvergoeding. De vorderingen van klagster die hierop betrekking hadden zijn derhalve afgewezen.

2.16 Bij brief d.d. 13 mei 2013 heeft klagster de onderhavige klacht bij de deken ingediend. Bij brief d.d. 21 mei 2013 heeft klagster de klacht aangevuld.

3 KLACHT

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

- a) een hoger bedrag te incasseren dan waarop de eigenlijke vordering ziet en vervolgens te lang te wachten met het terugbetalen van het te veel geïncasseerde bedrag dan wel niet voortvarend en niet constructief mee te werken aan een oplossing van het geschil en een en ander te vertragen;
- b) niet te reageren op namens klagster gedane schikkingsvoorstellen;
- c) het intrekken van de klachten als voorwaarde voor een eventuele schikking te stellen.

3.2 Klagster stelt dat verweerder door zijn handelwijze hem onnodig op kosten heeft gejaagd doordat hij genoodzaakt was de cliënten van verweerder in kort geding te betrekken teneinde het teveel geïncasseerde bedrag terug te krijgen. Hij geeft aan dat hij direct nadat het beslag was gelegd aan de bel getrokken heeft en heeft meegedeeld dat wat er gebeurde niet klopte. Verweerder is echter pas in april en mei 2013 advies gaan vragen.

3 VERWEER

4.1 Verweerder erkent dat de deurwaarder brutobedragen heeft geïncasseerd. Hij stelt dat dit de handelwijze van de deurwaarder betrof en dat hij hiertoe niet expliciet opdracht had gegeven.

4.2 Verweerder geeft aan dat hij fiscaal advies heeft ingewonnen over hoe de geïncasseerde brutobedragen fiscaal geduid moesten worden.

4.3 Bij brief van 25 april 2013 heeft mr. P.T. Geurs hem meegedeeld dat zijn kantoor in ieder geval inhoudingsplichtig is voor de loonheffing ter zake van de brutobedragen die als schadeloosstelling zijn aan te merken. Mr. Geurs adviseerde verweerder voorts om een specialist op het gebied van loonbelasting te raadplegen over de vraag welke regel geldt ten aanzien van achterstallig loon en de wettelijke verhogingen.

4.4 Op 15 mei 2013 heeft hij het advies van de door hem geraadpleegde specialist op het gebied van loonbelasting ontvangen. Deze mr. Roes heeft verweerder meegedeeld dat voor de bedragen die moeten worden gekwalificeerd als loon uit vroegere dienstbetrekking, zijn kantoor inhoudingsplichtig is. Volgens verweerder veruit het grootste deel van de bedragen die op zijn derdenrekening staan gekwalificeerd te worden als loon uit vroegere dienstbetrekking.

4.5 Verweerder stelt dat hij bereid was en is om zorg te dragen voor de afdracht van loonheffingen over het door de heren R. en M. ontvangen loon uit vroegere dienstbetrekking en dat zijn kantoor ook bereid is om dat te doen voor het loon dat gekwalificeerd dient te worden als loon uit tegenwoordige dienstbetrekking.

4.6 Dat de kwestie op het moment dat de klacht werd ingediend nog niet was afgewikkeld is volgens verweerder het gevolg van het totale gebrek aan medewerking van de zijde van klaagster en van de door klaagster gemaakte fouten.

4.7 Verweerder stelt dat het voorstel dat namens klaagster was gedaan in de brief van haar advocaat van 10 mei 2013 voor zijn cliënten niet acceptabel was. Om die reden heeft hij daarop niet gereageerd.

4.8 Verweerder betwist dat hij het intrekken van de klachten als voorwaarde heeft gesteld voor het aangaan van een schikking door zijn cliënten.

5 BEOORDELING

ad klachtonderdeel a)

5.1 De klachten richten zich tegen de advocaat van de wederpartij. Voor de beoordeling daarvan is van belang dat een advocaat een ruime mate van vrijheid geniet om de belangen van zijn cliënt te behartigen op de wijze als hem in overleg met zijn cliënte goed dunkt. Deze vrijheid is niet absoluut, maar kan onder meer beperkt worden doordat (a) de advocaat zich niet onnodig grievend mag uitlaten over de wederpartij, (b) de advocaat geen feiten mag poneren waarvan hij de onwaarheid kent of redelijkerwijs kan kennen (c) de advocaat bij de behartiging van de belangen van zijn cliënt de belangen van de wederpartij niet onnodig of onevenredig mag schaden zonder redelijk doel.

5.2 De vraag die voorligt is of verweerder door zijn handelwijze de belangen van klaagster onevenredig heeft geschaad zonder redelijk doel. De raad is van oordeel dat dat het geval is geweest.

5.3 Vast staat dat de deurwaarder in opdracht van verweerder brutobedragen heeft geïncasseerd. Hoewel een dergelijke handelwijze ongebruikelijk is, brengt dat - op zichzelf bezien - niet mee dat verweerder onjuist handelde.

5.4 Wel had verweerder zich er rekenschap van dienen te geven dat, nu de deurwaarder namens hem brutobedragen had geïncasseerd, dit met zich bracht dat hij (verweerder) gehouden werd zorg te dragen voor de afdracht van (loon-)belasting. Klaagster heeft en had er een gerechtvaardigd belang bij dat verweerder hiervoor zorg droeg, nu zij als voormalig werkgeefster van de heren R. en M. door de fiscus hierop aangesproken kon worden.

3.6 Vast staat dat klaagster bij e-mail van 12 februari 2013 verweerder heeft verzocht om haar per omgaande de betaalbewijzen te verstrekken van de door verweerder namens klaagster aan de belastingdienst afgedragen loonheffingen. Bij e-mail van 15 februari 2013 heeft verweerder klaagster verzocht om aan te geven welke bedragen hij volgens klaagster zouden moeten inhouden op de ten behoeve van de heren R. en M. door de deurwaarder geïncasseerde bedragen.

5.5 Bij e-mail van 19 februari 2013 heeft de advocaat van klaagster hierop gereageerd en heeft hij verweerder de nodige informatie gezonden. Bij brief van 29 maart 2013 en vervolgens bij brief van 15 april 2013 heeft de advocaat van klaagster verweerder gerappelleerd.

5.6 Het verweer van verweerder dat de lange tijd alvorens hij tot afwikkeling van de kwestie is overgegaan, te wijten is aan klaagsters gebrek aan medewerking, gaat derhalve niet op. Gebleken is dat verweerder in de periode die ligt tussen het moment dat de bedragen zijn geïncasseerd, eind januari 2013 en het moment dat hij fiscaal advies is gaan vragen, dat was na 15 april 2013, niets heeft gedaan om tot afwikkeling van de kwestie te komen. In die periode heeft klaagster diverse malen, op 12 februari 2013, op 19 februari 2013, op 29 maart 2013 en op 15 april 2013 verweerder aangeschreven en verzocht om actie te ondernemen.

5.7 Gebleken is dat klaagster verweerder in kort geding heeft moeten betrekken om zijn medewerking aan de afwikkeling af te dwingen.

5.8 De raad is van oordeel dat verweerder door ruim 2,5 maand te wachten voordat hij fiscaal advies heeft ingewonnen terwijl hem duidelijk was dat klaagster er een gerechtvaardigd belang bij had dat de kwesties met de fiscus werd afgewikkeld, onvoldoende rekening heeft gehouden met de gerechtvaardigde belangen van klaagster. Klachtonderdeel a) is dan ook gegrond.

ad klachtonderdeel b)

5.9 Verweerder heeft tijdens de mondelinge behandeling verklaard dat hij wel op het voorstel heeft gereageerd.

5.10 De raad constateert dat de lezing van de feiten die klaagster en verweerder geven niet overeenstemmen. Dit betekent dat niet vast is komen e staan dat verweerder niet heeft gereageerd op namens klaagster gedane schikkingsvoorstellen. Klachtonderdeel b) is reeds daarom ongegrond.

ad klachtonderdeel c)

5.11 Verweerder ontkent dat hij het intrekken van de klachten als voorwaarde voor een eventuele schikking heeft gesteld. Dit betekent dat ook de feiten die aan dit klachtonderdeel ten grondslag liggen niet vast zijn komen te staan. Klachtonderdeel c) deelt het lot van klachtonderdeel b).

6 MAATREGEL

6.1 Gelet op de ernst van het gegrond verklaarde klachtonderdeel en op het feit dat verweerder ter zake van soortgelijke verwijten nog niet eerder met de tuchtrechter in aanraking is geweest acht de raad de na te noemen maatregel passend en geboden.

BESLISSING

De raad van discipline:

Verklaart klachtonderdeel a) gegrond en klachtonderdelen b) en c) ongegrond en legt aan verweerder ter zake van het gegrond verklaarde deel van de klacht de maatregel van een enkele waarschuwing op.

Aldus gewezen door mr. R.A. Steenberg, voorzitter, mrs. F.L.M. Broeders, J.R.O. Dantuma, C.J. Lunenberg-Demenint en B.E.J.M. Tomlow, leden, bijgestaan door mr. H.A.M. Ritsma-Hartman als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 19 mei 2014.

griffier voorzitter

Deze beslissing is in afschrift op 21 mei 2014 per aangetekende brief verzonden aan:

- klaagster
- verweerder

en per gewone post aan:

- de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Midden-Nederland
- de deken van de Nederlandse Orde van Advocaten.