

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 14-17

Beslissing van 28 juli 2014
in de zaak 14-17
naar aanleiding van de klacht van:
de heer J.
klager
tegen
mr. K.
advocaat te A.
verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief aan de raad van 27 januari 2014 heeft de raad van discipline te Amsterdam bij verwijzingsbeslissing de zaak ter kennis van raad gebracht, nadat deze op 5 augustus 2013 bij de raad van discipline te Amsterdam is ingediend.

1.2 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 2 juni 2014 in aanwezigheid van klager en verweerder. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.3 De raad heeft kennis genomen van:

- de onder 1.1. genoemde brief van de deken van de orde van Advocaten te Amsterdam met de daaraan gehechte producties 1 tot en met 8, zoals vermeld op de inventarislijst.

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 heeft op 22 februari 2013 een brief aan klager opgesteld namens zijn cliënte, die vanaf 1 oktober 2008 als au-pair werkzaam is geweest voor klager. In deze brief zette verweerder – zakelijk weergegeven - uiteen dat de overeenkomst tussen klager en zijn cliënte vanaf 1 oktober 2009 is te kwalificeren als arbeidsovereenkomst, maar dat niet aan de in de wet vastgestelde verplichtingen ter zake van de betaling van loon, werktijden, de toekenning van vakantiedagen en vakantiegeld was voldaan. Verweerder stelde dat zijn cliënte een vergoeding had ontvangen, betaald door een vennootschap waarvan klager enig bestuurder was, zonder daarbij in dienst te zijn. In deze brief stelde verweerder onder meer:

“Ik heb cliënte erop gewezen dat dit mogelijk kan worden gekwalificeerd als uitbuiting en ik heb haar gewezen op de mogelijkheid om hiervan aangifte te doen. Cliënte heeft mij aangegeven dat deze weg haar voorkeur niet heeft en heeft mij gevraagd te bezien of het mogelijk is dat deze kwestie in der minne wordt geregeld”

en

“Een dergelijke handeling is te kwalificeren als (belasting) fraude, hetgeen overigens ook geldt voor het niet doen van aangifte loonbelasting en het niet afdragen van sociale premies. Ook hiervan zou cliënte aangifte kunnen doen, hetgeen zij in een uiterste poging om deze zaak in der minne te schikken (nog) niet heeft gedaan.”

Verweerder sommeerde klager namens zijn cliënte een bedrag van €88.951,37 te betalen, bij gebreke waarvan tot het nemen van rechtsmaatregelen zou worden overgegaan. Klager vond deze brief bij zijn thuiskomst van een vakantie op de keukentafel, waar de cliënte van verweerder deze had achtergelaten.

2.3 Bij brief gedateerd 15 maart 2013 reageerde de advocaat van klager op deze brief van verweerder. In deze reactie zette de advocaat van klager het standpunt van zijn cliënt uiteen en stelde hij dat de brief van verweerder voor de cliënt van klager kwam als een donderslag bij heldere hemel en dat in de brief sprake was geweest van ongefundeerde beschuldigingen. De advocaat van klager zette het standpunt van zijn cliënt daarnaast inhoudelijk uiteen en wees klager er op dat het laakbaar en klachtwaardig was wanneer een wederpartij met dreigementen tot betaling werd bewogen. De advocaat van klager vroeg verweerder te bevestigen dat zijn cliënt niets verschuldigd was en finale kwijting te verlenen ter zake van beweerdelijke aanspraken, bij gebreke waarvan de cliënte van verweerder aansprakelijk werd gesteld voor schade van zijn cliënt. Tevens werd aangezegd dat een kort geding tot afgifte van een door de au pair in gebruik zijnde auto zou worden gevoerd, wanneer niet zou zijn voldaan aan de voorwaarde dat de auto aan cliënt zou worden afgeleverd. Een proces verbaal van aangifte van diefstal/vermissing van een aan de au-pair in gebruik gegeven auto werd met deze brief meegezonden.

2.4 Bij brief van 22 maart 2013 reageerde verweerder inhoudelijk op deze brief en onderbouwde hij waarom er volgens hem wel degelijk sprake was van een arbeidsovereenkomst. In deze reactie stelde hij onder meer:

“Overigens onderbouwt u het argument over de betalingen door (..) BV geenszins en kan de stelling niet tot de conclusie leiden dat er geen sprake zou zijn van verwijtbaar handelen. Cliënte heeft haars inziens goede gronden om aan te nemen dat hiervan wel sprake is, zoals dat ook geldt voor de uitbuiting.”

en

“Aangezien cliënte –in haar visie- gerechtigd is om de goederen te gebruiken en van diefstal dus geen sprake kan zijn, temeer niet, nu uw cliënte dit ook wist, is zijn aangifte, naar de mening van cliënte vals. Het doen van een valse aangifte is strafbaar.”

2.5 Bij brief van 12 april 2013 diende klager middels zijn gemachtigde de onderhavige klacht in bij de deken van de orde van advocaten in het arrondissement Amsterdam.

2.6 Bij vonnis in kort geding van 2 oktober 2013 werd een door de au pair ingestelde vordering tot betaling van loon toegewezen.

2.7 Bij verwijzingsbeslissing van 27 januari 2014 is de klacht verwezen naar deze raad, om gezamenlijk te kunnen worden behandeld met een klacht ingediend door de cliënte van verweerder tegen de advocaat van klager.

2.8 Bij beschikking van 27 februari 2014 werd de arbeidsovereenkomst tussen de klager en de au-pair –voor zover vereist- ontbonden.

3 KLACHT

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

a) in zijn brief van 22 februari 2013 heeft gedreigd met het doen van aangifte tegen klager indien deze geen gehoor zou geven aan de sommaties die verweerder had gedaan

b) verweerder heeft zich bij twee gelegenheden onnodig grievend heeft uitgelaten over klager.

4 VERWEER

Verweerder stelt niet te hebben gedreigd met het doen van aangifte omdat hij dit niet als consequentie van het niet gevolg geven aan zijn brief heeft in het vooruitzicht heeft

gesteld. De mededeling houdt slechts in dat rechten worden voorbehouden. Verweerder heeft onderbouwd op welke feiten en informatie de door hem gedane stellingen zijn gebaseerd en mag dit op basis van de vrijheid die hij heeft de belangen van zijn cliënte te behartigen op een wijze die hem passend voorkomt. Bestreden wordt dat verweerder zich onnodig grievend zou hebben uitgelaten. De gestelde kwalificaties zijn door verweerder niet gebruikt, terwijl de kwalificatie uitbuiting, die wel is gebruikt, gangbaar is in situaties waarin buitenlandse werknemers in sterke mate afhankelijk zijn van hun werkgever.

5 BEOORDELING

5.1. Het is vaste jurisprudentie van het hof dat bij de beoordeling van een klacht over het optreden van de advocaat van de tegenpartij ervan behoort te worden uitgegaan, dat aan die advocaat een grote mate van vrijheid toekomt om de belangen van zijn cliënt te behartigen op de wijze die hem passend voorkomt, en dat deze vrijheid niet ten gunste van een tegenpartij mag worden beknot. Die vrijheid is niet onbeperkt; deze kan onder meer ingeperkt worden indien de advocaat (1) zich onnodig grievend uitlaat over de wederpartij, (2) feiten poneert waarvan hij weet of redelijkerwijs kan weten dat zij in strijd met de waarheid zijn, of indien (3) de advocaat (anderszins) bij de behartiging van de belangen van zijn cliënt de belangen van de wederpartij onnodig of onevenredig schaadt zonder dat daarmee een redelijk doel wordt gediend.

Of in het kader van de behartiging van de belangen van een cliënt het uiten van dreigementen al dan niet geoorloofd is, hangt allereerst af van de vraag of sprake is van dreiging met een wettige maatregel. In het laatste geval is er sprake van een geoorloofd dreigement (Rv Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2014:1385). Van belang is ook of de uitlatingen, mede gelet op de context waarbinnen deze zijn geschreven, geen ander doel dienen dan het uitoefenen van druk op de wederpartij en worden gebruikt als ongeoorloofd pressiemiddel dan wel een functioneel verband hebben met de zaak waarin de advocaat optreedt.

5.2. Bij de beoordeling van de vraag of verweerder deze grenzen heeft overschreden dient voor dit geval onderscheid gemaakt te worden tussen enerzijds de mogelijkheid van het doen van aangifte in verband met die gestelde uitbuiting en het doen van valse aangifte, en anderzijds de mogelijkheid van het doen van aangifte wegens het niet afdragen van loonbelasting en premies en de gestelde (belasting) fraude.

Ter zake van de gestelde uitbuiting geldt dat deze kwalificatie direct ziet op de wijze waarop klager in de stellingname van verweerder jegens zijn cliënte heeft gehandeld. Hierbij tekent de raad aan dat de kwalificatie van "uitbuiting" naar verweerder terecht stelt, niet alleen een strafrechtelijke betekenis heeft. Wanneer het begrip wél in de strafrechtelijke betekenis wordt gebezigd, wordt dat ook gedaan voor situaties waarin sprake is van afhankelijkheid van de werknemer en het opzettelijk voordeel trekken daaruit. Dit betekent dat verweerder de grens van het tuchtrechtelijke niet heeft overschreden door de kwalificatie van uitbuiting te bezigen en er op te wijzen dat daarvan aangifte kon worden gedaan, nu dit gebruik valt binnen de context van het geschil en in dat kader een denkbare stap kan zijn bij de behartiging van de belangen van zijn cliënte.

De raad vindt dat de grens van het tuchtrechtelijke ook niet is overschreden doordat verweerder er op heeft gewezen dat het doen van valse aangifte strafbaar is. Verweerder mag hier zeker melding van maken en de wijze waarop dit is gebeurd is ook niet te duiden als een onnodig grievend dreigement jegens klager.

Dit betekent dat klachtonderdeel (b) ongegrond is en klachtonderdeel (a) voor zover de klacht ziet op het dreigen van aangifte wegens uitbuiting, ongegrond is.

5.3. Anders is dit waar het gestelde met betrekking de mogelijkheid tot het doen van aangifte wegens (belasting) fraude betreft. De raad is van oordeel dat hier de grenzen van het tuchtrechtelijke toelaatbare wel zijn overschreden, nu dit buiten het bereik van het geschil ligt en met de brief van 22 februari 2013 wel degelijk met het doen van aangifte wordt bedreigd terwijl dit voor de rechtspositie van de cliënte van verweerder geen betekenis heeft. Dit betekent dat klachtonderdeel (a) voor zover het dit onderdeel betreft wel gegrond is.

6. MAATREGEL

De raad legt de maatregel van een enkele waarschuwing op.

BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart de klachtonderdeel (a) deels gegrond en deels ongegrond
- verklaart klachtonderdeel (b) ongegrond
- legt de maatregel van een enkele waarschuwing op.

Aldus gewezen door mr. M.J. Grapperhaus, voorzitter, mrs. A.D.G. Bakker, B.E.J.M. Tomlow, J.H. Brouwer, P.J.F.M. de Kerf, leden, bijgestaan door mr. P.H. Burger als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 28 juli 2014.

griffier voorzitter

Deze beslissing is in afschrift op 28 juli 2014 per aangetekende brief verzonden aan:

- klager
- verweerder

en per gewone post aan:

- de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Amsterdam
- de deken van de Nederlandse Orde van Advocaten.