

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: OB 168 - 2014

Beslissing van 30 maart 2015 in de zaak OB 168-2014

naar aanleiding van de klacht van:

klaagster

gemachtigde:

tegen:

verweerster

1 Verloop van de procedure

1.1 Bij brief aan de raad van 16 juni 2014 met kenmerk 48/14/041K, door de raad ontvangen op 17 juni 2014, heeft de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Oost-Brabant de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.2 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 2 februari 2015 in aanwezigheid van verweerster. Klaagster is niet verschenen. De gemachtigde van klaagster had de raad bij brief d.d. 9 januari 2015 bericht dat klaagster geen behoefte had aan een mondelinge behandeling. Naar de mening van klaagster is haar standpunt in de namens klaagster ingediende stukken voldoende naar voren gebracht en kan op de stukken worden beslist. De gemachtigde van klaagster berichtte voorts dat indien de mondelinge behandeling toch zou plaatsvinden namens cliënte niemand ter zitting aanwezig zou zijn. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.3 De raad heeft kennis genomen van:

- de brief van de deken d.d. 16 juni 2014, met bijlagen;
- de brief van de gemachtigde van klaagster d.d. 9 januari 2015.

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 Klaagster was verwickeld in een geschil met een van haar werkneemsters inzake haar re-integratie(on)mogelijkheden. Verweerster heeft in dit geschil die werkneemster bijgestaan. Het geschil tussen die partijen is in december 2013 afgedaan.

2.3 Verweerster heeft zich per e-mail d.d. 3 maart 2014 gewend tot de gemachtigde van klaagster. Zij schreef hierin onder meer het volgende:

“ (...)

Cliënte dient mijn nota nog te betalen, wat voor haar een financieel probleem oplevert. Nu vroeg ik mij af of uw cliënte bereid is tot de navolgende regeling. Cliënte bedoelt daarmee NIET uw client op kosten te jagen. Het verzoek is gericht op een budgettaire neutrale verrekening/betaling van de nota.

Ik stuur mijn nota aan uw cliënte: de nota wordt op naam van uw cliënte gesteld, maar met een algemene dossier-omschrijving (X/advies arbeidsrecht). Uw cliënte verklaart zich daarmee bereid tot het navolgende:

Werkgever geeft de gemachtigde van Werknemer uitdrukkelijk, en met terugwerkende kracht, opdracht tot juridische controle van de rechtspositie van Werknemer, zulks in het belang van beide partijen, tot een maximum van €@,00 exclusief BTW en inclusief kantoorkosten. Werkgever betaalt de op naam van de Werkgever gestelde factuur. Cliënte is ermee akkoord dat u het nettodeel van de factuur (= € 2.741,35) verrekent met haar BRUTO-salaris. Zo nodig in 2 termijnen, of met haar vakantiegeld. Uw cliënte kan de BTW (= € 575,68) verrekenen. Daarmee is de kwestie kosteloos voor uw cliënte. Cliënte zou u zeer erkentelijk zijn.

(....)”

De gemachtigde van klaagster heeft hierop bij brief d.d. 4 maart 2014 als volgt geantwoord:

“ (...)

Cliënte is niet bereid aan het voorstel van uw cliënte c.q. u gehoor te geven.

Ik wijs u er op dat uw verzoek in strijd is met hetgeen een behoorlijk advocaat betaamt. Zeker het gedeelte waarbij u cliënte voorhoudt dat zij BTW kan verrekenen (cliënte is helemaal niet BTW-plichtig) is in strijd met de wet, hetgeen u zich kennelijk realiseert en waarom u cliënte vraagt om - in strijd met de waarheid - met terugwerkende kracht opdracht te geven tot juridische controle van de rechtspositie van uw cliënte.

(.....)”

Verweerster heeft hierop per e-mail d.d. 4 maart 2014 als volgt gereageerd:

“Dank voor uw snelle reactie. Overigens wordt niet in strijd gehandeld met een gedragsregel. Cliënte vraagt niet de nota te vergoeden, maar om het netto bedrag van de nota te verrekenen met haar bruto loon. Het feit dat uw client blijkbaar de btw niet kan verrekenen, maakt de totale regeling voor cliënte minder aantrekkelijk.

Ik ga op zoek naar een andere oplossing.”

2.4 Bij brief van 10 maart 2014 heeft klaagster zich bij de deken beklagd over het optreden van verweerster.

3 KLACHT

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

verweerster in haar e-mail van 3 maart 2014 aan de gemachtigde van klaagster heeft voorgesteld een declaratie aan klaagster te sturen voor werkzaamheden die reeds voor haar eigen cliënte waren verricht, in een dossier met een gefingeerde naam (“klaagster/advies”) en voorafgegaan door een gefingeerde opdracht van klaagster aan verweerster. Het netto-deel van die declaratie zou volgens dit voorstel van verweerster worden verrekend met het bruto-loon van de werknemers, en klaagster zou de BTW

over de declaratie kunnen verrekenen. Verweerster heeft zich hiermee schuldig gemaakt aan (aanzetten tot) fiscale fraude.

4 VERWEER

4.1 De cliënte van verweerster is door toedoen van haar werkgeefster onnodig op hoge kosten van rechtsbijstand gejaagd. Zij had inderdaad moeite de nota van verweerster te betalen. Cliënte had geen enkele intentie om haar werkgeefster financieel te benadelen. Zij vroeg om budget-neutrale medewerking.

4.2 Eigen belang van verweerster (zekerheid van betaling van de nota) was niet aan de orde. Cliënte is steeds bereid geweest de nota ten volle te voldoen. Verweerster heeft enkel voor haar cliënte willen zoeken naar een pragmatische oplossing en heeft gemeend binnen de grenzen van wet en regelgeving alsmede binnen de richtlijnen van haar beroepsgroep te handelen.

4.3 Indien dit niet het geval mocht zijn, biedt verweerster hiervoor haar excuses aan. Verweerster heeft haar werkwijze ter zake inmiddels aangepast en zal zich niet meer met dergelijke verzoeken tot de (advocaat van de) werkgever wenden. Verweerster heeft zich wellicht te veel laten leiden door de 'sneue' gevolgen voor haar financieel minder draagkrachtige cliënte.

4.4 Verweerster heeft slechts een voorstel gedaan, waarbij de werkgeefster de volle vrijheid heeft gehad dit af te wijzen. Het voorstel is afgewezen, waardoor geen handeling heeft plaatsgevonden. Daarmee heeft geen feitelijke overtreding plaatsgevonden, tenzij het verzoek uit sociaal oogpunt als zodanig reeds als ongeoorloofd zou moeten worden beschouwd.

4.5 Verweerster heeft niet verzocht om de nota als zodanig in het voordeel van haar cliënte te vergoeden. Verweerster heeft op sociale gronden slechts een voor de werkgeefster budgetneutraal voorstel gedaan. In een 'sociale' kwestie als deze is het goed verdedigbaar dat een werkgever als opdrachtgever van de advocaat wordt aangemerkt, en dus de werkgever rechtstreeks de rekening van de advocaat op naam van de werkgever ontvangt, zeker als ook de opdrachtbevestiging door de advocaat aan de werkgever wordt gezonden.

4.6 Verweerster heeft van een telefonisch door haar geraadpleegde fiscalist begrepen dat de door haar voorgestelde constructie fiscaal toelaatbaar was, temeer nu de diensten aan zowel de werkgever als de werkneemster zouden zijn verleend en er geen sprake was van beloning aan de werkneemster. Het was voor verweerster duidelijk dat indien de werkgeefster niet bereid zou zijn om met terugwerkende kracht de opdracht als beschreven te verlenen, de afspraken ook geen doorgang zouden hebben kunnen vinden. Er is uitsluitend sprake geweest van een verzoek uit sociale overwegingen.

4.7 De uitspraak van het Hof van Discipline heeft betrekking op de kwestie dat de werkgever als een willekeurige derde bereid is de nota te voldoen, terwijl er geen sprake was van een door de advocaat van de werknemer aan de werkgever verleende dienst. Hiervan was in dit geval geen sprake.

5 BEOORDELING

5.1 Per 1 januari 2015 is de gewijzigde Advocatenwet in werking getreden. De nieuwe Advocatenwet is van toepassing op klachten die op of na 1 januari 2015 zijn ingediend bij de deken. De onderhavige klacht is voor 1 januari 2015 ingediend bij de deken en wordt door de raad van discipline derhalve behandeld en beoordeeld op grond van de oude Advocatenwet, zoals die tot 1 januari 2015 gold. Waar in deze beslissing naar de Advocatenwet wordt verwezen, wordt de oude Advocatenwet bedoeld.

5.2 Vast staat dat verweerster bekend was met de uitspraak van het Hof van Discipline d.d. 3 december 2013. Het Hof van Discipline overwoog in deze uitspraak dat een werknemersadvocaat die zijn werkzaamheden ten behoeve van de werknemer declareert aan de werkgever een opdracht fingeert die feitelijk niet bestaat en die ertoe leidt dat de werkgever BTW kan verrekenen. De constructie strekt er – naar oordeel van het Hof – toe om de werkgever te bevoordelen in het kader van de BTW. Volgens het Hof mag een advocaat aan een dergelijke constructie niet meewerken. Wat wel mag, is dat de aan de werknemer geadresseerde declaratie door de werkgever wordt betaald. Die kan dan de BTW niet verrekenen.

5.3 De motieven van verweerster om tot haar voorstel te gekomen nemen niet weg dat het haar - hoe begaan zij ook geweest moge zijn met de financiële situatie van haar cliënte - niet vrij stond om het gewraakte voorstel te doen. Hierbij werd immers met terugwerkende kracht en in strijd met de waarheid een niet uitgevoerde opdracht van de werkgeefster van haar cliënte gefingeerd, om daarmee te komen tot fiscaal voordeel van die werkgeefster, welk fiscaal voordeel uiteindelijk ten goede zou komen aan de cliënte. De raad volgt verweerster niet in haar standpunt dat haar (voorgestelde) handelwijze wezenlijk verschilde van en daarom anders zou moeten worden beoordeeld dan de handelwijze van de advocaat in de zaak waarin het Hof van Discipline op 3 december 2013 uitspraak heeft gedaan. Het voorstel van verweerster was immers eveneens bewust gericht op het fingeren van een opdracht, nota bene met terugwerkende kracht, en het daardoor geven van een andere voorstelling van de feiten dan de werkelijke, met als direct gevolg benadeling van de fiscus.

5.4 Het valt verweerster, zeker waar zij bekend was met de uitspraak van het Hof van Discipline d.d. 3 december 2013, tuchtrechtelijk aan te rekenen dat zij zich tot de advocaat van de wederpartij heeft gewend met het voorstel om met terugwerkende kracht een opdracht te fingeren, zulks met de kennelijke bedoeling om daarmee haar cliënte te bevoordelen en de onvermijdelijke strekking om de fiscus te benadelen. De klacht is derhalve gegrond. De raad acht de maatregel van enkele waarschuwing, mede gelet op het ontbreken van en tuchtrechtelijk relevant verleden bij verweerster, passend bij de ernst van de normschending.

BESLISSING

De raad van discipline:

verklaart de klacht gegrond en legt ter zake aan verweerster de maatregel van enkele waarschuwing op.

Aldus gegeven door mr. E.P. van Unen, voorzitter, mrs. J.D.E. van den Heuvel, S.A.R. Lely, A.J.F. van Dok en A.L.W.G. Houtakkers, leden, bijgestaan door mr. I.J.M. Huysmans-van Opstal als griffier, en uitgesproken ter openbare zitting van 30 maart 2015

Griffier

Voorzitter

Deze beslissing is in afschrift op 30 maart 2015

per aangetekende brief verzonden aan:

- de gemachtigde van klaagster
- verweerster
- de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Oost-Brabant
- 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 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 9679, 4801LT Breda

b. Bezorging

De griffie is gevestigd aan het adres Thorbeckeplein8, 4812 LS Breda.

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