

DIV 2012.09

BESLISSING

van de Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten inzake het administratief beroep ingesteld door

mr. X en

mr. ir. Y

tegen de beslissing van 11 september 2012 van de Raad van Toezicht in het arrondissement A (hierna: de Raad) betreffende de oprichting van een nieuw advocatenkantoor in de vorm van een coöperatie, alsmede de combinatie van de advocatuurlijke werkzaamheden vanuit het nieuwe advocatenkantoor en de werkzaamheden in dienstverband, welke werkzaamheden in beide gevallen zien op het gebied van vastgoed.

Verloop van de procedure

1. Bij brief van 28 juni 2012 leggen mrs. X en Y – hierna: appellanten - de Raad een aantal vragen voor die betrekking hebben op het voornemen een advocatenkantoor op te richten met als rechtsvorm de coöperatie.
2. Op 20 augustus 2012 vond een gesprek plaats met de deken A en appellanten.
3. Bij brief van 5 september 2012 gericht tot de Orde van Advocaten A verzoekt mr. X de deken te spreken over het voorgenomen besluit van de Raad, dat naar alle waarschijnlijkheid zal inhouden dat de gekozen rechtsvorm voor het op te richten advocatenkantoor voldoet aan de daaraan gestelde eisen, maar dat de uitoefening van het beroep van advocaat niet kan samengaan met de uitoefening van het beroep als juridisch

adviseur dan wel manager van een juridische afdeling in dienstverband.

4. Bij brief van 11 september 2012 stelt de deken appellanten op de hoogte van het besluit van de Raad, inhoudende dat de oprichting van de D op zichzelf gezien voldoet aan de Samenwerkingsverordening 1993, maar dat de wens van appellanten op bezwaren stuit waar betrokkenen èn als advocaat binnen de D werkzaam zullen zijn op het gebied van onder andere vastgoed èn in dienstverband als juridisch adviseur op hetzelfde rechtsgebied waarbij de afnemers van enerzijds de advocatuurlijke diensten en anderzijds de adviserende werkzaamheden in dienstverband samen kunnen vallen.

5. Bij brief van 24 september 2012 reageert mr. X mede namens mr. Y in de richting van de Raad, refererend aan de beslissing van de Raad van 11 september 2012 en het met de deken op 24 september 2012 gevoerde gesprek.

6. Bij brief van 4 oktober 2012 zendt de Raad de Algemene Raad de brief van appellanten d.d. 24 september 2012, welke brief de Raad aanmerkt als een administratief beroepschrift, dat ambtshalve wordt doorgezonden naar de Algemene Raad.

7. Bij brieven van 5 oktober 2012 bevestigt de Algemene Raad appellanten en de Raad de ontvangst van de brief van de Raad d.d. 4 oktober 2012 en verzoekt appellanten aan te geven of hun brief van 24 september 2012 moet worden aangemerkt als een administratief beroepschrift gericht tegen de beslissing van de Raad van Toezicht van 11 september 2012.

8. Bij brief van 18 oktober 2012 bevestigt de Algemene Raad de telefonische mededeling van mr. Y dat de brief van 24 september 2012 niet dient te worden aangemerkt als een administratief beroepschrift.

9. Bij brief van 19 oktober 2012 met bijlagen stellen appellanten administratief beroep in tegen de beslissing van de Raad van 11 september 2012.

10. Bij brief van 22 oktober 2012 bevestigt de Algemene Raad appellanten de ontvangst van het administratief beroepschrift van 19 oktober 2012 met bijlagen.

11. Bij brief van 22 oktober 2012 zendt de Algemene Raad de Raad het administratief beroepschrift van 19 oktober 2012 met bijlagen en verzoekt de Raad uiterlijk 19 november 2012 een verweerschrift in te dienen.

12. Bij brief van 23 oktober 2012 bericht mr. X de Algemene Raad dat het aanmerken van de brief van appellanten van 24 september 2012 als een administratief beroepschrift wat voorbarig is.

13. Bij brief van 24 oktober 2012 berichten appellanten de Algemene Raad – nogmaals - dat hun brief van 19 oktober 2012 als administratief beroepschrift dient te worden aangemerkt.

14. Bij brieven van 29 oktober 2012 bericht de Algemene Raad de Raad en appellanten dat de hoorzitting zal plaatsvinden op 17 december 2012.

15. Met een e-mailbericht van 17 december 2012 ontvangt de Algemene Raad het verweerschrift van de Raad van 17 december 2012.

16. Ter zitting verschijnen appellanten, de deken en de adjunct-secretaris, mevrouw mr. Z.

Standpunt van de Raad

17. De oprichting van de D is conform de bepalingen van de Samenwerkingsverordening 1993.

Strijd met het bepaalde in artikel 2 Samenwerkingsverordening 1993 kan niet worden uitgesloten waar appellanten werken als adviseur van de opdrachtgever van hun werkgever en in een later stadium als advocaat van de cliënt binnen de D.

Appellanten dienen een keuze te maken: of werken in dienstverband of werkzaam zijn als

onafhankelijk advocaat.

Standpunt van appellanten

18. De beslissing van de Raad van 11 september 2012 is onbevoegd genomen daar artikel 2 Samenwerkingsverordening 1993 noch enige andere regeling, noch de jurisprudentie de grondslag kan vormen voor de beslissing.

De beslissing is gebaseerd op onjuiste aannames, is onvoldoende gemotiveerd en vormt een beperking van het recht op vrije arbeidskeuze en is daarmee in strijd met het (Europese) recht.

Beoordeling van het administratief beroep

Ontvankelijkheid

19. De Raad heeft de brief van appellanten van 24 september 2012 aangemerkt als een administratief beroepschrift en ingevolge het bepaalde in artikel 6:15, eerste lid, Awb bij brief van 4 oktober 2012 doorgezonden naar de Algemene Raad. Gelet op het bepaalde in artikel 6:15, derde lid, Awb is het vermeende administratief beroep tijdig ingediend.

20. Bij brief van 19 oktober 2012 stellen appellanten dat niet hun brief van 24 september 2012 als administratief beroepschrift dient te worden aangemerkt, maar genoemde brief van 19 oktober 2012. Dit beroepschrift van 19 oktober 2012, gericht tegen de beslissing van de Raad van 11 september 2012, is tijdig ingediend.

21. De Algemene Raad merkt de brieven van 24 september 2012 en 19 oktober 2012 aan als één administratief beroepschrift gericht tegen de beslissing van de Raad van 11 september 2012.

22. Op grond van artikel 10, eerste lid, Samenwerkingsverordening 1993 staat tegen een beschikking ingevolge genoemde verordening voor belanghebbenden administratief beroep open op de Algemene Raad.

23. Appellanten zijn aan te merken als belanghebbenden in de zin van artikel 1:2 Awb.

24. De Algemene Raad stelt vast dat de beslissing van de Raad is aan te merken als een beslissing in de zin van artikel 1:3 Awb.

Ten gronde

25. Allereerst bepaalt de Algemene Raad dat van een heroverweging van de beslissing van de Raad, zoals verzocht door appellanten, geen sprake kan zijn. Heroverweging vindt immers plaats door het bestuursorgaan dat de litigieuze beslissing heeft genomen in het kader van een bezwaarprocedure. In verband met de bepaling dat tegen beschikkingen genomen ingevolge de Samenwerkingsverordening 1993 administratief beroep open staat bij de Algemene Raad is heroverweging van de bestreden beslissing niet aan de orde.

26. De Algemene Raad stelt vast dat de Raad met inachtneming van artikel 9, tweede lid, Samenwerkingsverordening 1993 op basis van de mededeling van appellanten dat zij voornemens waren een samenwerkingsverband aan te gaan in de vorm van een coöperatie en gezien de door hen daartoe overgelegde stukken, heeft kunnen vaststellen dat het beoogde samenwerkingsverband op zichzelf voldoet aan de vereisten van de Samenwerkingsverordening 1993.

27. In het kader van die beoordeling zijn ook andere aspecten van het beoogde samenwerkingsverband gezien, welke de Raad ingevolge de artikelen 2 en 8 van de Samenwerkingsverordening 1993 evenzeer in zijn beslissing diende te betrekken.

28. De bezwaren van de Raad betreffen de naamgeving van de coöperatie daar deze een relatie kan suggereren met B, waar de beide appellanten voltijds in vaste dienst zijn als adviseur respectievelijk als adviseur/directeur van de juridische afdeling. Weliswaar hebben appellanten in hun aan de Raad gerichte brief van 24 september 2012 voorgesteld de naam C te wijzigen in D dan wel in enige andere in overleg met de Raad te bepalen naam, maar uit de overgelegde stukken is de Algemene Raad niet gebleken dat appellanten daartoe enige actie hebben ondernomen, terwijl zij wisten dat de naam op bezwaren stuitte bij de Raad.

29. Naar het oordeel van de Algemene Raad behoeft de Raad niet het initiatief te nemen om in overleg met appellanten tot een naam voor het samenwerkingsverband te komen. De

Raad kon dan ook volstaan met de beslissing dat de door appellanten voorgestelde naam een niet toegestane relatie veronderstelt met B, welke indruk voorts wordt bevestigd door de lay-out van de voorgestelde naam en door het feit dat de beide entiteiten in hetzelfde pand zijn gevestigd. Daarnaast betreffen de activiteiten van beide entiteiten de vastgoedsector.

Met de Raad acht de Algemene Raad de kans dat er een situatie ontstaat als bedoeld in artikel 2, eerste lid, Samenwerkingsverordening 1993 niet uitgesloten. Hetzelfde geldt voor de mogelijkheid tot het ontstaan van tegengestelde belangen in de werkzaamheden verricht in dienst van B en als advocaat.

30. Anders dan appellanten stellen, leest de Algemene Raad in de beslissing van de Raad geen principiële argumenten tegen het zijn van advocaat en het uitvoeren van werkzaamheden als adviseur/manager. Het is juist het samenstel van feiten en omstandigheden en de aard van de onderscheiden werkzaamheden in dit concrete geval die de Raad in de onderhavige kwestie tot de conclusie heeft geleid dat met de door appellanten voorgestane constructie de noodzakelijke vrijheid en onafhankelijkheid in de uitoefening van het beroep van advocaat, met inbegrip van de behartiging van het partijbelang, in gevaar kan komen.

Waar appellanten schrijven dat de Raad handelt in strijd met het (Europese) recht, maar dit niet nader adstrueren dan dat de Raad met zijn beslissing appellanten beperkt in hun vrije arbeidskeuze, stelt de Algemene Raad dat deze beperkingen zijn ingegeven door de door elke advocaat in acht te nemen kernwaarden van de advocatuur, welke in het belang zijn van de kwaliteit van de advocatuur en daarmee de goede rechtsbedeling in zijn algemeenheid.

Van strijd met het (Europese) recht, détournement de pouvoir en strijd met het motiveringsbeginsel is de Algemene Raad dan ook niet gebleken.

De Algemene Raad sluit wat dit betreft aan bij de zogenoemde Wouters-doctrine met welk arrest werd vastgesteld dat de Orde bevoegd is beperkingen te stellen aan de beroepsuitoefening voor zover die beperkingen zijn ingegeven in het belang van de kwaliteit van de advocatuur en mits die beperkingen proportioneel zijn.

31. Gelet op de overgelegde stukken overweegt de Algemene Raad het navolgende. De Algemene Raad constateert dat er een incongruentie bestaat tussen de arbeidsovereenkomst tussen appellanten en B, de statuten van de coöperatie en de aansluitingsovereenkomst tussen appellanten en de coöperatie.

32. De omschrijving van het doel van de coöperatie in de aansluitingsovereenkomst is beperkter geformuleerd dan die in de statuten van de coöperatie.

In artikel 4.6 van de statuten is opgenomen dat de leden van de coöperatie met name werkzaam dienen te zijn voor de coöperatie en dat in de aansluitingsovereenkomst moet worden vastgelegd welk gedeelte van de werkzaamheden het lid van de coöperatie buiten de coöperatie mag verrichten en onder welke voorwaarden. Uit artikel 7.1 van de aansluitingsovereenkomst blijkt evenwel dat een lid uitsluitend werkzaam zal zijn voor de coöperatie behoudens een conform de statuten verleende ontheffing. Van een expliciete ontheffing is de Algemene Raad niet gebleken.

Voorts geeft laatstgenoemd artikel aan dat een lid zonder voorafgaande toestemming van het bestuur van de coöperatie niet voor een andere werkgever werkzaam mag zijn.

In het licht van deze bepalingen overweegt de Algemene Raad dat het uitvoeren van advocatuurlijke werkzaamheden buiten de coöperatie in strijd is met het gestelde in artikel 12, eerste lid, Advocatenwet en reeds uit dien hoofde niet toegestaan.

Voor zover appellanten de Algemene Raad zouden tegenwerpen dat de coöperatie als zodanig nog niet opereert, stelt de Algemene Raad vast dat appellanten die indruk wel wekken door onder andere het gebruik van het briefpapier van de coöperatie.

Voorts wijst de Algemene Raad op artikel 10.1 van de aansluitingsovereenkomst nu B weliswaar niet dezelfde activiteiten ontplooit als appellanten binnen de coöperatie, maar die activiteiten binnen de vastgoedsector op zijn minst gesproken in elkaars verlengde liggen en overlap op voorhand niet is uitgesloten en dientengevolge zouden kunnen leiden tot verwarring en belangenverstrengeling.

33. Uit de arbeidsovereenkomst van mr. X blijkt dat deze een fulltime aanstelling heeft bij B als senior jurist en uit dien hoofde een salaris ontvangt. In artikel V.4 is opgenomen dat het de werknemer is toegestaan de nevenfunctie als advocaat uit te oefenen.

Anderzijds is in genoemde bepaling opgenomen dat de werkgever de werknemer in staat stelt te voldoen aan “alle verordeningen ingevolge de Advocatenwet”, een bepaling die niet in een civiele overeenkomst behoeft te worden opgenomen nu de desbetreffende werknemer de advocatuurlijke regelgeving reeds uit hoofde van zijn hoedanigheid van advocaat dient na te leven. Voorts komt het de Algemene Raad onjuist voor dat de arbeidsovereenkomst een bepaling kent dat de praktijkvennootschap zonder uitdrukkelijke toestemming van de werkgever geen andere werknemers of personeel in dienst heeft dan de werknemer zelf.

In hetzelfde artikel is opgenomen dat de praktijkvennootschap geen opdrachten aanneemt/uitvoert indien de werkgever daarvoor vooraf geen uitdrukkelijke toestemming heeft gegeven.

Dergelijke bepalingen acht de Algemene Raad in strijd met de onafhankelijkheid van de advocaat.

Voorts wekt artikel V.4 van de arbeidsovereenkomst de schijn van verkapte

praktijkuitoefening in dienstbetrekking.

Het is om die reden dat de Algemene Raad de Raad volgt in zijn beslissing dat de door appellanten beoogde constructie op zijn minst de schijn van conflicterende belangen met zich meebrengt en de onafhankelijkheid van de advocaat niet is gewaarborgd.

34. De Algemene Raad acht het niet noodzakelijk zo ver te gaan dat appellanten de keuze moeten maken of uitoefening van de advocatenpraktijk al dan niet in dienstverband van B met inachtneming van de daarop betrekking hebbende bepalingen of als werknemer, niet-advocaat in dienst van B. Er dient echter wel een duidelijke scheiding te worden aangebracht tussen de onderscheiden hoedanigheden waarin appellanten werkzaam willen zijn.

Huisvesting, de naam van het samenwerkingsverband, de wijze van declareren en de relatie met cliënten van B dienen ten genoegen van de Raad duidelijk te worden afgescheiden van B.

35. Met inachtneming van het bovenstaande en de overgelegde stukken verklaart de Algemene Raad het administratief beroep ongegrond.

-

BESLISSING

De Algemene Raad, beslissende op het administratief beroep van appellanten, verklaart het administratief beroep ongegrond.

Aldus gedaan te Den Haag op 7 januari 2013

door mrs. J.D. Loorbach, D.J.B. de Wolf, J.T.C. Leliveld, J.A.W.M. Vogels en B.J.R. van Tongeren, in aanwezigheid van mr. M.E. Veenboer, griffier.

J.D. Loorbach
algemeen deken

M.E. Veenboer
griffier

Deze beslissing is verzonden op 7 januari 2013.

Tegen dit besluit kunnen belanghebbenden binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit beroep instellen bij de Rechtbank te A, sector bestuursrecht.