

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 5536

5 maart 2010

No. 5536

Hof van Discipline

Beslissing

naar aanleiding van het hoger beroep van
verweerder,

tegen:

klager.

1. Het geding in eerste aanleg

Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam (verder: de raad) van 15 juni 2009, onder nummer 08-283 en 08-348A, aan partijen toegezonden op 15 juni 2009, waarbij van een klacht van klager tegen verweerder de klachtonderdelen a en c ongegrond zijn verklaard, de klachtonderdelen b en d gegrond en aan verweerder de maatregel van een enkele waarschuwing is opgelegd.

2. Het geding in hoger beroep

2.1 De memorie waarbij verweerder van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 14 juli 2009 ter griffie van het hof ontvangen. Klager heeft bij zijn antwoordmemorie, door de griffie ontvangen op 27 augustus 2009, incidenteel hoger beroep ingesteld.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- de antwoordmemorie van klager;
- een schrijven van klager aan het hof van 21 oktober 2009.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 18 december 2009, waar verweerder en klager zijn verschenen.

3. De klacht

3.1 De klacht houdt zakelijk weergegeven in dat verweerder:

a. klager zijn persoon en integriteit in een kwaad daglicht heeft gezet door in een brief aan de advocaat van klager van 7 april 2008 de volgende passage op te nemen: "dit komt in feite neer op het adviseren tot handelingen, die als belastingfraude moeten worden gekenschetst, aangezien de constructie ertoe zou leiden dat X B.V. een compensabel verlies zou acquireren door de aansprakelijkheid te erkennen en de beleggers schadeloos te stellen.";

b. doelbewust de belastingdienst heeft misleid door aan zijn brief van 15 oktober 2008 twee e-mails toe te voegen uit een volledig dossier en bovendien uit deze e-mails zinnen weg te laten;

c. blijkt heeft gegeven van onvoldoende professionele kennis door klager te verzoeken een gesprek met de belastingdienst aan te gaan en zo mee te werken aan zijn eigen veroordeling;

d. de wijze waarop verweerder heeft gecommuniceerd met de FIOD past niet bij een professioneel handelend, gekwalificeerd advocaat.

3.2 Door aldus te handelen c.q. na te laten, heeft verweerder volgens klager de norm neergelegd in artikel 46 Advocatenwet overschreden.

4. De feiten

4.1 Het volgende is komen vast te staan:

4.2 Klager is belastingadviseur en heeft in die hoedanigheid gedurende een groot aantal jaren werkzaamheden verricht voor Z. B.V. (hierna: Z.) en haar (middellijke) aandeelhouders M en L.

4.3 In februari 2007 hebben klager, M en L een samenwerkingsovereenkomst gesloten met als doel voor gezamenlijke rekening te beleggen in effecten, waarbij ieder van hen € 250.000,00 heeft geïnvesteerd. Dat bedrag zou door S, die tot medio 2007 werknemer van Z. was en die zelfstandig beleggingsadviezen gaf, worden belegd in opties. Uiteindelijk is daarbij het volledige bedrag van € 750.000,00 verloren gegaan.

4.4 Klager hebben vervolgens met elkaar overleg gepleegd over de mogelijkheden de door hen geleden schade te verhalen of te beperken. M en L werden daarbij door verweerder bijgestaan.

4.5 Bij e-mail van 11 december 2007 heeft klager aan M, L en verweerder meegedeeld dat hij mogelijkheden zag om claims voor de geleden schade neer te leggen bij Z., waardoor de claims in aftrek gebracht zouden kunnen worden van de belastbare winst van dit bedrijf. Bij e-mail van 20 december 2007 heeft klager daartoe in grote lijnen een "voorstel" gedaan. Over dat voorstel heeft op 21 december 2007 een bespreking plaatsgevonden. Dezelfde dag nog heeft klager per e-mail zijn voorstel weer ingetrokken en heeft hij de fiscale afwikkeling aan verweerder overgelaten.

4.6 M, L en Z. hebben de relatie met klager als hun belastingadviseur op 29 februari 2008 beëindigd. Op 25 juli 2008 hebben M en L een klacht tegen klager ingediend bij de Raad van Tucht van de Nederlandse Federatie van Belastingadviseurs. Een van de onderdelen van de klacht is dat klager hen met het voorstel in de e-mails van 11 en 20 december 2007 geadviseerd zou hebben belastingfraude te plegen.

4.7 Bij brief van 15 oktober 2008 heeft verweerder zich, zonder enig vooroverleg met en ook zonder voorafgaande mededeling aan klager, gewend tot de FIOD met het verzoek om het voorstel van klager in zijn e-mails van 11 december en 20 december 2007 te beoordelen. Bij zijn brief heeft verweerder deels geanonimiseerde kopieën van de onvolledige tekst van de e-mails gevoegd en daarbij vermeld dat zij afkomstig waren van een belastingadviseur. Ter toelichting heeft verweerder er op gewezen dat de belastingadviseur had geadviseerd om de voorgestelde aanpak zo in te richten dat het bij "de fiscus" niet "teveel" zou opvallen.

4.8. Bij brief van 29 oktober 2008 heeft verweerder aan klager meegedeeld dat de FIOD "zeer geïnteresseerd is welke fiscalist een dergelijk advies zou hebben gegeven" en klager verzocht aan verweerder te bevestigen dat klager "geen enkel bezwaar" had tegen een gesprek met de FIOD waarin "natuurlijk man en paard moet worden genoemd" en om aan verweerder het tijdstip op te geven waarop klager voor "een gesprek met de FIOD beschikbaar" zou zijn.

4.9 Bij beslissing van 18 mei 2009 heeft de Raad van Tucht de klacht tegen klager, voor zover deze betrekking heeft op het voorstel van klager in zijn e-mails van 11 en 20 december 2007, ongegrond verklaard.

5. De beoordeling

5.1 Bij zijn antwoordmemorie heeft klager incidenteel hoger beroep ingesteld en heeft hij het hof verzocht de klachtonderdelen a en c alsnog gegrond te verklaren. Ingevolge

het bepaalde in artikel 56 lid 1 Advocatenwet dient van een beslissing van de raad hoger beroep te worden ingesteld binnen 30 dagen na verzending van de uitspraak. Klager heeft die termijn overschreden, zodat het hof klager niet ontvankelijk zal verklaren in zijn hoger beroep.

5.2 In zijn appelmemoirie voert verweerder – samengevat - aan dat hij de persoonlijke gegevens in de bijlagen bij zijn brief aan de FIOD van 15 oktober 2008 in voldoende mate en op gebruikelijke wijze heeft geanonimiseerd. Volgens verweerder bestond er voldoende aanleiding om aangifte tegen klager te doen wegens “verdenking van een tegen fraude aanzittende constructie aangaande een zeer aanzienlijk financieel belang”, in welk geval alle gegevens waaronder de namen van de betrokken partijen bekend zouden zijn gemaakt. Daarom is het onbegrijpelijk dat de inhoud van zijn brief aan de FIOD, waarin geen namen worden genoemd en waarbij geanonimiseerde bijlagen zijn gevoegd, jegens klager klachtwaardig is, aldus verweerder. Voorts valt naar zijn mening niet in te zien waarom het weglaten van stukken tekst in de bijlagen bij zijn brief aan de FIOD klachtwaardig is. Het gaat volgens verweerder om een “gebruikelijke wijze van een op verkorte wijze citeren” met het doel om een standpunt van de FIOD te verkrijgen over het advies van klager, waarbij andere weggelaten onderwerpen in de beide e-mails niet relevant zijn. Evenmin was er, aldus verweerder, aanleiding om bij zijn brief aan de FIOD meer of andere informatie te verstrekken die op de kwestie en het daarmee samenhangende advies van klager betrekking had. Subsidiar voert verweerder aan dat hem ten onrechte de maatregel van enkele waarschuwing is opgelegd.

5.3 Naar het oordeel van het hof kan de inhoud van (uitsluitend) de beide e-mails van klager van 11 en 20 december 2007 bezwaarlijk worden gekwalificeerd als een concreet, uitgewerkt en toetsbaar voorstel van klager over de wijze waarop de als gevolg van de beleggingen in opties geleden schade zou kunnen worden beperkt. Verweerder kan daarom redelijkerwijs niet hebben verondersteld dat de beide e-mails van klager zodanige toereikende informatie bevatten dat de FIOD met slechts deze documenten in staat zou zijn daarover een inhoudelijk oordeel te geven.

5.4 In zijn brief van 15 oktober 2008 aan de FIOD wekt verweerder de indruk dat klager en de cliënten van verweerder op dat tijdstip nog met elkaar in overleg waren over het voorstel van klager (zie pagina 2, laatste 2 alinea's). Verweerder wijst er op dat hij zijn cliënten negatief over het voorstel van klager heeft geadviseerd en dat verweerder en zijn cliënten daarom belang hebben bij beoordeling door de FIOD van klagers voorstel dat, bij een positief standpunt van de FIOD, “natuurlijk voor cliënten een zeer welkom en financieel aantrekkelijk bericht” zou opleveren.

5.5 Klager had zijn voorstel echter al op 21 december 2007, derhalve bijna tien maanden voordat verweerder de brief aan de FIOD schreef, ingetrokken. Bovendien hadden de cliënten van verweerder de relatie met klager op 29 februari 2009 beëindigd en hadden zij op 25 juli 2008 bij de Raad van Tucht van de Nederlandse Federatie van Belastingadviseurs een klacht tegen klager over (onder andere) het voorstel van klager ingediend. Op het tijdstip waarop hij zijn brief aan de FIOD verzond, had verweerder derhalve geen enkel redelijk belang bij een standpunt van de FIOD, nog daargelaten dat het, indien toetsing van het voorstel van klager al gewenst was geweest, voor de hand had gelegen om, in overleg met klager, daartoe een verzoek te doen aan een andere belastingadviseur/ fiscaal deskundige of aan de belastinginspecteur, alvorens daarvoor een oZ.poringsinstantie in te schakelen.

5.6 Het argument van verweerder dat het hem vrij had gestaan om aangifte tegen klager te doen en dat in dat geval behalve de feiten alle personalia, niet geanonimiseerd, bij de FIOD bekend zouden zijn gemaakt, zonder dat verweerder in dat geval een (tuchtrechtelijk) verwijt had kunnen worden gemaakt, gaat reeds daarom niet op omdat ver-

weerder en zijn cliënten, geen aangifte tegen klager hebben gedaan, naar mag worden aangenomen omdat zij zelf van oordeel waren dat daarvoor onvoldoende grond aanwezig was. In plaats daarvan hebben zij er voor gekozen om tegen klager een klacht in te dienen bij de Raad van Tucht, welke klacht op het onderdeel dat klager zou hebben geadviseerd fiscale fraude te plegen, overigens ongegrond is verklaard.

5.7 Het hof heeft, gelet op de hiervoor geschetste gang van zaken, de overtuiging bekomen dat verweerder met zijn brief van 15 oktober 2008 aan de FIOD en met zijn brief van 29 oktober 2008 aan klager uitsluitend het doel voor ogen heeft gehad om met gebruikmaking van onjuiste en onvolledige gegevens oneigenlijke druk op klager uit te oefenen of (de reputatie van) klager schade toe te brengen. Dit handelen van verweerder acht het hof tuchtrechtelijk ernstig verwijtbaar.

5.8 De conclusie naar aanleiding van het voorgaande is dat de grieven van verweerder tegen de beslissing van de raad geen doel treffen en dat het hof, evenals de raad, de klachtonderdelen b en d gegrond acht, zodat de beslissing van de raad zal worden bekrachtigd.

5.9 In zijn appelmemoirie heeft verweerder verder nog aangevoerd dat de door de raad opgelegde maatregel van enkele waarschuwing in de gegeven omstandigheden "sowieso te zwaar" is. Het hof volgt verweerder daarin niet. In tegendeel, gelet op hetgeen hiervoor ten aanzien van de aard en de ernst van de verweerder verweten gedragingen is overwogen, acht het hof de maatregel van enkele waarschuwing ontoereikend. Daarom zal het hof met eenparigheid van stemmen aan verweerder de maatregel van berisping opleggen.

6. De beslissing

Het hof:

- verklaart klager niet ontvankelijk in zijn hoger beroep tegen de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam van 15 juni 2009;

- vernietigt voornoemde beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam van 15 juni 2009 voor zover daarbij aan verweerder de maatregel van enkele waarschuwing is opgelegd;

en, in zoverre opnieuw rechtdoende:

- legt aan verweerder op de maatregel van berisping;

- bekrachtigt de beslissing van de Raad van Discipline voor het overige.

Aldus gewezen door mr. G.J. Driessen-Poortvliet, voorzitter, mrs. R.W. de Ruuk, W.M. Poelmann, J.P. Balkema en H.M.A. de Groot, leden, in tegenwoordigheid van mr. I.F. Schouwink, griffier, en in het openbaar uitgesproken op