

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: B250 - 2011

Beslissing van 5 november 2012 in de zaak B 250-2011

naar aanleiding van de klacht van:

mevrouw M.

gemachtigde: mr. W.

klaagster

tegen:

mr. H.

verweerder

1 Verloop van de procedure

1.1 Bij brief aan de raad van 19 december 2011 met kenmerk K 11-132 , door de raad ontvangen op 20 december 2011, heeft de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement B de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.2 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 17 september 2012 in aanwezigheid van klaagster, de gemachtigde van klaagster en verweerder. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.3 De raad heeft kennis genomen van:

- de brief van de deken van 19 december 2011, met bijlagen;
- de brief van 23 augustus 2012, met bijlage, van de gemachtigde van klaagster;
- de brief van 3 september 2012, met bijlagen, van verweerder.

2 FEITEN

Voor de beoordeling van de klacht wordt, gelet op de stukken en hetgeen ter zitting is verklaard, van de volgende vaststaande feiten uitgegaan:

2.1 Verweerder heeft klaagster in 2009 bijgestaan in een echtscheidingsprocedure. In dat kader is door verweerder een convenant opgesteld. In artikel 2.4 van het convenant is het volgende opgenomen:

“Ter voldoening van zijn alimentatieverplichting jegens de vrouw zal aan de vrouw de volledige eigendom worden overgedragen van de echtelijke woning, staande en gelegen te (.....), zonder dat zij de aan de man toekomende overwaarde zal betalen. Toescheiding aan de vrouw van het aan de man toekomende gedeelte van de overwaarde van deze onroerende zaak, heeft te gelden als bijdrage aan het levensonderhoud van de vrouw voor de hiervoor genoemde periode van negen jaar.

Klaagster en haar ex-echtgenoot hebben het convenant inclusief voormeld artikel 2.4 ondertekend. De rechtbank heeft bij beschikking van 17 juli 2009 de echtscheiding uitgesproken en bepaald dat de onderlinge regelingen uit voormeld convenant, waarvan een exemplaar aan de beschikking werd gehecht, als in de beschikking overgenomen en herhaald dienden te worden beschouwd.

2.2 Klaagster ontving op 11 maart 2011 een aanzegging tot oplegging van een aanslag inkomstenbelasting 2009 van € 63.000, -, waarbij de belastingdienst zich in verband met de liquiditeit van klaagster akkoord verklaarde met heffing daarvan in twee gelijke delen.

2.3 Klaagster heeft verweerder aansprakelijk gesteld voor de door haar geleden schade ten gevolge van de door haar veronderstelde beroepsfout van verweerder, inhoudende schending van zijn zorgplicht ten aanzien van klaagster en onzorgvuldig handelen in afwijking van de professionele beroepsstandaard. Verweerder heeft de aansprakelijkheid niet erkend. Verweerder was in 2009 niet verzekerd tegen beroepsaansprakelijkheid.

2.4 Klaagster heeft zich bij brief van 10 augustus 2011 beklagd over het optreden van verweerder.

2.5 Klaagster heeft verweerder in rechte betrokken en betaling van € 78.000, -, vermeerderd met heffingsrente, invorderingskosten en wettelijke rente en kosten van de procedure gevorderd. De rechtbank heeft bij vonnis van 4 juli 2012 beslist dat de schade als gevolg van de tekortkoming van verweerder om klaagster te wijzen op de fiscale gevolgen van het door haar getekende echtscheidingsconvenant nader dient te worden bepaald bij staat en te worden vereffend volgens de wet, met veroordeling van verweerder in de kosten van de procedure. Naar het oordeel van de rechtbank was de tekortkoming niet gelegen in het onjuist redigeren van het convenant, maar in het nalaten zich ervan te vergewissen dat klaagster zich bewust was van de fiscale gevolgen.

3 klacht

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

1. verweerder klaagster niet zodanig heeft geadviseerd dat zij over de aan haar toegescheiden overwaarde van de echtelijke woning ter afkoop van alimentatie geen belasting verschuldigd zou zijn geweest;
2. verweerder heeft nagelaten klaagster te wijzen op de eventuele fiscale consequenties van het convenant.

Klaagster stelt ter toelichting op haar klacht het volgende:

3.2 Verweerder heeft op 19 februari 2009 een memo aan klaagster toegezonden, waarin de inhoud van het gesprek met de fiscaal adviseur van verweerder is weergegeven. Het memo vermeldt dat de afkoop van alimentatie door het in eigendom overdragen van de woning zou betekenen dat klaagster een bedrag van ca € 64.000, - aan belasting zou moeten betalen. Verweerder was dus bekend met de fiscale gevolgen van deze

regeling. De regeling werd in het memo getypeerd als niet-acceptabel. Er werden daarom vier alternatieve oplossingen beschreven. Niettemin is door verweerder de als niet-acceptabel omschreven regeling in het convenant omopgenomen.

3.3 Klaagster was er niet van op de hoogte dat zij belasting verschuldigd zou zijn en is er steeds van uitgegaan dat de regeling zo was getroffen dat er een verdeling had plaatsgevonden waarbij zij geen belasting hoefde te voldoen. Als zij had geweten dat zij nog zo veel belasting had moeten betalen, dan had zij het convenant niet ondertekend. Er is sprake van een beroepsfout, waarvoor verweerder aansprakelijk is. Naar aanleiding van de memo van verweerder van februari 2009 heeft klagster verweerder gevraagd of zij bij deze variant geen belasting hoefde te betalen, waarop verweerder steeds antwoordde dat dit niet het geval was.

3.4 Verweerder was in 2009 niet verzekerd tegen beroepsaansprakelijkheid, zodat klagster haar schade niet elders kan verhalen. Het gaat klagster er niet primair om dat aan verweerder een maatregel wordt opgelegd, maar dat wordt vastgesteld dat hij jegens haar onzorgvuldig heeft gehandeld, welk oordeel van de Raad een rol zou kunnen spelen in een civiele procedure.

4 BEOORDELING

4.1 De raad stelt voorop dat een advocaat voor het – in overleg met zijn cliënt - te voeren beleid een ruime mate van vrijheid toekomt en dat in het algemeen een tucht-rechtelijke maatregel eerst geïndiceerd kan zijn indien de advocaat bij de behandeling van de zaak kennelijk onjuist optreedt of adviseert en de belangen van de cliënt daardoor worden geschaad of kunnen worden geschaad. De tuchtrechter zal bij zijn beoordeling rekening houden met de vrijheid die de advocaat dient te hebben met betrekking tot de wijze waarop hij een zaak behandelt, alsmede met de keuzes waarvoor de advocaat bij de behandeling van een zaak kan komen te staan. De raad zal de klacht beoordelen met inachtneming van dit uitgangspunt.

4.2 Klaagster stelt dat verweerder het convenant zodanig had behoren te formuleren dat klagster over de aan haar toegescheiden overwaarde van de echtelijke woning ter afkoop van alimentatie geen belasting verschuldigd zou zijn geweest. De rechtbank heeft hierover bij vonnis van 4 juli 2012 als volgt geoordeeld:

“Het opnemen van bewoordingen in het convenant met het oogmerk belastbaarheid bij (.....) te voorkomen, zou daarnaast naar zijn intentie met zich hebben gebracht dat (.....) de door hem betaalde afkoopsom voor zijn alimentatieverplichting niet voor de inkomstenbelasting zou kunnen aftrekken. Gelet op het verloop van de onderhandelingen is niet aannemelijk dat (.....) hiertoe bereid zou zijn geweest.

Van een beroepsfout van (.....) door het niet op de door (.....) voorgestane wijze redigeren van het convenant is dan ook geen sprake. De hierop gebaseerde vordering, te weten het bedrag aan belastingen dat (.....) verschuldigd is, zal dan ook worden afgewezen.”

4.3 De raad oordeelt dat, gelet op de inhoud van het vonnis van de rechtbank (in aanvulling waarop klagster geen feiten en omstandigheden heeft aangevoerd die de raad tot een ander oordeel zouden kunnen leiden dan door de rechtbank reeds gegeven) niet is komen vast te staan dat er sprake is van een kennelijk onjuist optreden dan wel kennelijk onjuiste advisering door verweerder. Met name is niet gebleken dat de voormalige echtelijke woning inclusief de overwaarde daarvan, bij wijze van alimentatie en zonder vergoedingsplicht wegens overbedeling, aan klagster had kunnen worden toegescheiden zonder belastingplicht over die overwaarde. Daarom kan klachtonderdeel 1 niet tot gegrondheid leiden.

4.4 Het tweede onderdeel van de klacht heeft betrekking op de omstandigheid dat verweerder bij toezending van het concept convenant aan klagster, waarbij gekozen werd voor een variant die in het memo van februari 2009 nog sterk was ontraden, klagster niet nadrukkelijk heeft gewezen op de fiscale consequenties van deze keuze. Verweerder heeft ter zitting naar voren gebracht dat hij in zijn memo van februari 2009 de fiscale consequenties duidelijk had weergegeven en dat hij er daarom van mocht uitgaan dat deze bij klagster bekend en door haar begrepen waren. Dit verweer treft geen doel. Het is de taak van een advocaat zijn cliënt te wijzen op mogelijke nadelige consequenties van een te sluiten overeenkomst. Juist waar verweerder eerder het uiteindelijk in artikel 2.4 van het convenant bepaalde als een niet te accepteren voorstel had gekwalificeerd, had het op zijn weg gelegen om aan klagster te bevestigen dat zij ondanks zijn negatief advies met deze regeling instemde, onder verwijzing naar de fiscale consequenties van deze regeling. Om misverstanden te voorkomen had het bovendien op de weg van verweerder gelegen de informatie over de fiscale consequenties van het in artikel 2.4 van het convenant bepaalde schriftelijk vast te leggen.

4.5 Door klagster bij toezending van het conceptconvenant niet meer te waarschuwen voor de mogelijke fiscale consequenties die het convenant voor klagster met zich zouden (kunnen) brengen, heeft verweerder niet die zorgvuldigheid betracht die van een advocaat mag worden verwacht. De raad zal het tweede onderdeel van de klacht gegrond verklaren. De raad acht het opleggen van de maatregel van enkele waarschuwing passend en geboden.

BESLISSING

De raad van discipline:

wijst onderdeel 1 van de klacht als ongegrond af;

verklaart onderdeel 2 van de klacht gegrond en legt ter zake aan verweerder op de maatregel van enkele waarschuwing.

Aldus gegeven door mr. E.P. van Unen, voorzitter, en mrs. Th. Kremers, E.J.P.J.M. Kneepkens, A.L.W.G. Houtakkers en J.D.E. van den Heuvel, leden, bijgestaan door mr. I.J.M. Huysmans-van Opstal als griffier, en uitgesproken ter openbare zitting van 5 november 2012.

griffier

voorzitter

Deze beslissing is in afschrift op 6 november 2012

per aangetekende brief verzonden aan:

- klagster
- verweerder
- de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Breda
- de deken van de Nederlandse Orde van Advocaten.

Van deze beslissing kan hoger beroep bij het Hof van Discipline worden ingesteld door:

- klaagster
- verweerder
- de deken van de orde van advocaten te Breda
- 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 132, 4840 AC Prinsenbeek

b. Bezorging

De griffie is gevestigd aan het adres Markt 44, 4841 AC Prinsenbeek.

Teneinde er zeker van te zijn dat voor de ontvangst getekend kan worden of dat pakketten die niet in een reguliere brievenbus besteld kunnen worden, afgegeven kunnen worden dient u telefonisch contact op te nemen met de griffie van het hof.

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@griffiehd.nl

Praktische informatie vindt u op www.hofvandiscipline.nl