

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 13-232

Beslissing van 17 februari 2014
in de zaak 13-232
naar aanleiding van de klacht van:
klager
tegen:
verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief aan de raad van 16 september 2013 met kenmerk 13-0087, door de raad ontvangen op 18 september 2013, heeft de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement [X] de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.2 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 18 november 2013 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 met bijlagen.

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 In verband met de beëindiging van klagers dienstverband [...] is in 2003 [...] een schadevergoeding aan klager uitgekeerd. Die is door klager gestort in een stamrecht B.V..

2.3 Klager woont sedert 2006 permanent in Frankrijk. Volgens afspraak met de belastingdienst bleef de stamrecht B.V. in Nederland. Deze B.V. was gevestigd ten kantore van klagers accountant, die zorgde voor de jaarlijkse belastingaangifte en de vereiste financiële informatie aan de Kamer van Koophandel, alsmede betaling van de jaarlijkse factuur van de Kamer van Koophandel voor de inschrijving ad plusminus € 45,00.

2.4 Toen op enig moment de accountant verhuisde verzuimde hij een adreswijziging aan de Kamer van Koophandel te sturen. Dit had tot gevolg dat de jaarlijkse facturen voor inschrijving na 2006 niet door de accountant werden ontvangen en ook niet werden betaald. Omdat klager voor de Kamer van Koophandel onvindbaar was, besloot de Kamer van Koophandel de stamrecht B.V. op 21 april 2010 ambtshalve door te halen. Klager ontdekte dat pas anderhalf jaar later op 28 november 2011 toen hij een uittreksel nodig had.

2.5 Klager heeft zich direct verstaan met zijn contactpersoon bij de fiscus, de heer [W], en deze omtrent de ontstane situatie op de hoogte gebracht. Tevens heeft hij zich tot verweerder gewend die hij eerder bij vrienden in Frankrijk had ontmoet, en de kwestie aan hem voorgelegd. In een e-mail van 1 december 2011 heeft klager, die zelf jurist is, na bestudering van de stamrechtovereenkomst aan verweerder drie mogelijkheden genoemd waaronder die van het oprichten van een nieuwe vennootschap. Hij dacht erover zich voor overleg tot de inspectie te wenden.

2.6 Na ontvangst van een dossier van klager heeft verweerder de kwestie in behandeling gegeven aan een kantoorgenoot, mr. [S]. Die heeft op 2 december 2011 aan klager telefonisch advies uitgebracht en dat in een e-mail diezelfde middag schriftelijk bevestigd. Dit advies bestond uit twee gedeeltes: een samenvatting van zijn bevindingen in 10 punten, met onder 2 de vaststelling dat de ontbindingsbeslissing van de Kamer van Koophandel in kracht van gewijsde was gegaan na het verstrijken van de bezwaartermijn, en een stappenplan in 4 punten ter uitvoering van het advies om de rechtbank op de voet van artikel 2:4 lid 5 te verzoeken om toestemming het vermogen van de stamrecht B.V. in te brengen in een nieuw op te richten rechtspersoon. Onderdeel van dat stappenplan vormde het op de hoogte brengen van de inspecteur.

2.7 [S] heeft per e-mail van 6 december 2011 aan de Kamer van Koophandel de vraag voorgelegd of de Kamer de ontbinding op eenvoudige wijze ongedaan kon maken en de stamrecht B.V. weer kon inschrijven. De Kamer heeft op 13 december 2011 onder uiteenzetting van de gang van zaken rond de definitieve ontbinding en publicatie daarvan op 7 mei 2010 in het AD daartoe niet de mogelijkheid te hebben. De bezwaartermijn van 6 weken na publicatie was inmiddels verstreken. Zij opperde dat wellicht de oprichting van een nieuwe rechtspersoon soelaas zou bieden.

2.8 [S] heeft daarop geadviseerd het stappenplan te volgen en de rechtbank te verzoeken goedkeuring te geven voor het inbrengen van het vermogen van de oude stamrecht B.V. in de nieuwe stamrecht B.V. Klager heeft daarmee ingestemd, ook al had hij blijkens zijn e-mail aan zijn accountant van 28 november 2011 willen vermijden dat hij een nieuwe B.V. zou moeten oprichten. Hij heeft inbreng gehad op de tekst van het verzoekschrift en zelf met spoed zorg gedragen voor de oprichting van de nieuwe stamrecht B.V..

2.9 Klager heeft regelmatig met de heer [W] voornoemd overleg gevoerd en hem op de hoogte gehouden van de voorgenomen stappen, zo ook van het voornemen om de rechten en verplichtingen van de ontbonden stamrecht B.V. over te laten nemen door de nieuw opgerichte B.V.. Volgens klager was de mondelinge reactie van de heer [W] op het stappenplan positief. Bij brief d.d. 27 februari 2012 heeft de heer [W] aan klager als volgt geschreven: "Om uw argumenten naar de rechtbank kracht bij te zetten verzoekt u mij aan te geven dat de door u gehanteerde handelwijze vanuit een fiscaal oogpunt beschouwd een correcte handelwijze is. Om hieraan tegemoet te komen wil ik u verzoeken een ondertekend exemplaar van deze brief aan mij retour te zenden. Door ondertekening van deze brief wordt door u verklaard dat op het moment van ontbinding van [...] er geen enkele sprake was van een heffingsmoment voor de loonheffingen en inkomensheffing." Klager heeft die brief op 13 maart 2012 ondertekend geretourneerd. De heer [W] heeft daarop bij brief d.d. 20 maart 2012 de ontvangst daarvan bevestigd en meegedeeld dat klagers desbetreffende verklaring inhoudt dat hij er vooralsnog van uit gaat dat de door klager gehanteerde handelwijze, vanuit een fiscaal oogpunt beschouwd, de juiste handelwijze is. De heer [W] vervolgde zijn brief met de alinea: "Nogmaals wil ik u wijzen op het feit dat ik afga op de juistheid en volledigheid van de door u op dit moment gepresenteerde feiten en omstandigheden. Een definitieve standpuntbepaling wordt door mij pas ingenomen als de rechtbank in deze uitspraak heeft gedaan."

2.10 De rechtbank heeft het verzoek ter zitting behandeld op 10 mei 2012. Bij die gelegenheid heeft de rechter erop gewezen dat artikel 2:4 BW waarop het verzoek was gebaseerd ziet op de situatie dat bij de oprichtingshandeling van een rechtspersoon fouten zijn gemaakt. Daarvan was bij de stamrecht B.V. geen sprake.

2.11 Na de zitting was onzeker wat de uitkomst van deze procedure zou worden. Per e-mail van 13 april 2012 heeft klager bij [S] in herinnering geroepen dat deze, nadat de

Kamer van Koophandel de mogelijkheid had geopperd aan de rechtbank te verzoeken de activa en passiva door te schuiven naar een nieuwe stamrecht B.V., [S] daar een artikel aan had geplakt, echter zonder klager te informeren dat het om een artikel ging dat voor een andere situatie was geschreven. Klager heeft vervolgens na zelfstudie en ruggespraak per mail d.d. 18 april 2012 met de Kamer van Koophandel de conclusie getrokken dat de overdracht van rechten en plichten / activa en passiva aan een nieuwe vennootschap geen akkoord van de rechter nodig heeft. Bij e-mail van eveneens 18 april 2012 heeft klager de heer [W] – zoals hij eerder die dag telefonisch deed – omtrent de onzekere afloop van de procedure geïnformeerd en hem laten weten dat, mocht de rechter zich uiteindelijk onbevoegd verklaren, [ofwel het verzoek afwijzen, rvd] hij na overleg met de inspectie de overgang van activa en passiva van de oude naar de nieuwe B.V. zou doorzetten. Van deze e-mails heeft klager geen c.c. aan [S] en verweerder gezonden.

2.12 Klager heeft er kort nadien bij [S] en verweerder op aangedrongen het verzoekschrift in te trekken. Verweerder heeft hem dat bij afwezigheid van [S] in een uitgebreide mail van 24 april 2012 ontraden omdat klager in geval van een eventueel afwijzende beschikking geen enkel risico zou lopen, terwijl er nog altijd de kans op een gunstige beschikking lag. Verweerder heeft klager voorgehouden dat de essentiële vraag was of de fiscus wil meewerken en een heffing bij overheveling van het vermogen achterwege wil laten. Verweerder had daarover twijfels gelet op de eerdere brief van de heer [W] (die van 20 maart 2012) waarin hij zijn toestemming afhankelijk stelde van de rechterlijke uitspraak. Klager wilde het verzoek toch intrekken. Aldus is geschied.

2.13 Klager heeft kort daarna met de inspectie overeenstemming bereikt, bij brief d.d. 10 mei 2012 heeft de inspecteur verklaard dat inhouding van loonbelasting en premies volksverzekeringen achterwege kan worden gelaten op de door de nieuwe stamrecht B.V. uit te keren bedragen.

2.14 Klager heeft de afsluitende declaratie van verweerders kantoor niet willen betalen, hij meent dat sprake is geweest van wanprestatie.

2.15 Bij brief met bijlagen van 22 april 2013 heeft klager zich bij de deken beklaagd over verweerder.

3 KLACHT

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

- a) de zaak van klager in behandeling heeft genomen hoewel hij met soortgelijke zaken geen ervaring had;
- b) vervolgens de zaak heeft gedelegeerd aan een kantoorgenoot die hij onvoldoende begeleidde, waardoor een verkeerd oordeel is gevormd en de zaak onnodig lang heeft geduurd;
- c) voor dat onjuiste advies ten onrechte een declaratie heeft ingediend en op betaling heeft aangedrongen;
- d) in het algemeen een gebrek aan respect voor klager heeft getoond door hem onder druk te zetten de uitspraak van de rechter af te wachten, terwijl de uitkomst binnen alle redelijkheid al verondersteld kon worden.

4 VERWEER

Verweerder – en [S] met wie verweerder meekeek – hebben gemeend zich, in de situatie waarin de stamrecht B.V. na de ontbindingsbeschikking vereffend diende te worden, bij gebreke van enige andere wettelijke ingang op voornoemd artikel 2:4 lid 5 BW te kunnen beroepen om toestemming te krijgen voor de overdracht van het vermogen aan een nieuwe stamrecht B.V.. Met een dergelijke overdracht zou voorkomen worden dat het vermogen bij de vereffening zou toevallen aan klager privé, hetgeen in verband met

de dan onvermijdelijke belastingheffing voorkomen diende te worden. Verweerder bestrijdt dat hij tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld. Hij heeft klager niet onder druk gezet of gebrek aan respect getoond; zijn adviezen waren juist. Voor die adviezen heeft hij ook een declaratie mogen verzenden.

5 BEOORDELING

Ad klachtonderdeel a) en b)

5.1 De raad verstaat de klachtonderdelen a) en b) aldus dat verweerder klager niet goed heeft geadviseerd en niet alle alternatieve mogelijkheden aan klager heeft voorgehouden.

5.2 Kort en goed komt het verwijt van klager erop neer dat hij meent dat verweerder tekort is geschoten in zijn advisering door gebrek aan juridische kennis, waardoor een verkeerde behandeling is geadviseerd en een gebrek aan toezicht op de behandeling van de zaak door een minder geschoolde en minder communicatief sterke jurist.

5.3 De raad stelt voorop dat de behandeling van de zaak in feite door [S] en niet door verweerder heeft plaatsgevonden. Tegen [S] is niet geklaagd. Desgevraagd heeft verweerder op de zitting van de raad verklaard dat hij bij alle werkzaamheden van [S] betrokken was en dat hij volledig achter de adviezen van [S] staat. De raad zal de klacht tegen verweerder dan ook in zoverre ontvankelijk achten.

5.4 Ten aanzien van het verwijt dat de zaak verkeerd behandeld zou zijn overweegt de raad als volgt. De beroepstermijn tegen het besluit van de Kamer van Koophandel was ruimschoots overschreden op het moment dat verweerder bij de zaak betrokken werd. Of hij klager zou hebben geadviseerd om een beroep te doen op verschoonbare termijnoverschrijding is niet relevant, nu klager in zijn klachtbrief zelf schrijft dat hij dat advies niet zou hebben gevolgd. Gelet op het feit dat de belastingdienst een procedure bij de rechtbank verlangde voor het inbrengen van het vermogen van de ontbonden BV in een nieuwe BV, lag een advies een dergelijke procedure te volgen voor de hand. Dit is dan ook in die zin geen verkeerd advies geweest. Niet is komen vast te staan dat de voorwaarde die de belastingdienst stelde een gevolg is geweest van de advisering door verweerder. Dat klager daarnaast reeds – zonder betrokkenheid van verweerder daarbij – in overleg is getreden met de belastingdienst kan daaraan niet afdoen. Ook het feit dat na de mondelinge behandeling bij de rechtbank de procedure is ingetrokken maakt dat niet anders.

5.5 De raad is dan ook niet gebleken van een onjuiste advisering door verweerder.

5.6 Dat sprake zou zijn geweest van onvoldoende toezicht op de behandeling van de zaak door [S] is door klager onvoldoende geconcretiseerd. Zo is niet onderbouwd op welke punten dat toezicht heeft ontbroken. Op de mondelinge behandeling op de rechtbank was verweerder zelf ook aanwezig en heeft daar ook het woord gevoerd naast [S].

5.7 Gelet op het feit dat klager zich op 1 december 2011 tot verweerder heeft gewend en partijen vervolgens voortdurend met elkaar in contact zijn gebleven over de advisering en de uitvoering daarvan, waarna in mei 2012 de kwestie is opgelost, kan niet gezegd worden dat de zaak te lang heeft geduurd.

Ad klachtonderdeel d)

5.8 Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen kan de raad klager niet volgen in diens verwijt dat verweerder gebrek aan respect voor klager heeft getoond door er bij hem op aan te dringen de uitspraak van de rechtbank af te wachten. In de gegeven situatie was die aandrang niet misplaatst en liet zij alle ruimte aan klager zijn eigen beslissing te nemen, getuige ook het meegezonden concept voor het verzoek tot intrekking van de procedure bij de rechtbank.

Ad klachtonderdeel c)

5.9 Dat verweerder een declaratie voor de verrichte werkzaamheden van [S] heeft laten uitgaan is in de gegeven omstandigheden niet tuchtrechtelijk verwijtbaar. [S] heeft aan klager advies uitgebracht en uitvoerende werkzaamheden verricht. Vooralsnog staat niet vast dat [S] daarbij zodanig slecht heeft gepresteerd dat hij verweerder en zijn kantoor had moeten overtuigen geen declaratie uit te laten gaan. Wanneer klager daarover met verweerder van mening blijft verschillen zal de civiele rechter uitkomst moeten bieden. Hier ligt verder geen taak van de tuchtrechter.

BESLISSING

De raad van discipline:

Verklaart de klacht in al zijn onderdelen ongegrond.

Aldus gewezen door mr. S.H. Bokx-Boom, voorzitter, mrs. A.T. Bolt, J.H. Brouwer, R.J.A. Dil en R.P.F. van der Mark, leden, bijgestaan door mr. M.Y.A. Verhoeven als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 17 februari 2014.

griffier voorzitter