

## HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 7094

Beslissing van 25 augustus 2014

in de zaak 7094

naar aanleiding van het hoger beroep van:

klager

tegen:

verweerder

### 1 HET GEDING IN EERSTE AANLEG

Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Arnhem-Leeuwarden (verder: de raad) van 17 februari 2014, onder nummer 13-232, aan partijen toegezonden op 17 februari 2014, waarbij een klacht van klager tegen verweerder ongrond is verklaard.

De beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:NL:TADRARL:2014:28.

### 2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij klager van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 15 maart 2014 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- de antwoordmemorie van verweerder;
- brief van klager aan het hof van 18 mei 2014;
- een ongedateerde brief van klager aan het hof;
- e-mail van klager aan het hof van 9 juni 2014.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 27 juni 2014, waar beide partijen zijn verschenen. Klager heeft gepleit aan de hand van een pleitnota.

### 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 FEITEN

4.1 Voor de beoordeling van de klacht wordt van de volgende feiten uitgegaan, zoals deze door het hof in hoger beroep zijn vastgesteld.

4.2 Vanwege de beëindiging van klagers dienstverband is in 2003 een schadevergoeding aan klager uitgekeerd. Die is door klager gestort in een stamrecht B.V.

4.3 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.

4.4 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 niet meer 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 uit het handelsregister.

4.5 Klager heeft zich vervolgens tot verweerder gewend 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 om te voorkomen dat hij alsnog met een hoge belastingheffing zou worden geconfronteerd, waaronder die van het oprichten van een nieuwe vennootschap.

4.6 Na ontvangst van een dossier van klager heeft verweerder de kwestie in behandeling gegeven aan zijn 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 een samenvatting van zijn bevindingen en een stappenplan ter uitvoering van zijn advies om de rechtbank op de voet van artikel 2:4 lid 5 te verzoeken om toestemming te verlenen om het vermogen van de stamrecht B.V. in te brengen in een nieuw op te richten rechtspersoon. De afsluitende stap van dat stappenplan vormde het op de hoogte brengen van de belastinginspecteur.

4.7 Kort voordat mr. S. de verzoekschriftprocedure bij de rechtbank was begonnen, heeft klager op eigen initiatief de heer W. van de belastingdienst geïnformeerd, bij brief van 28 december 2011. Toen klager op 23 februari 2012 een oproep voor een mondelinge behandeling van zijn verzoekschrift ontving, was dat voor hem aanleiding om W. andermaal te benaderen. Hij verzocht hem om namens de belastingdienst het verzoek aan de rechtbank te ondersteunen. Bij brief d.d. 27 februari 2012 heeft W. daarop aan klager 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.”

4.8 Klager heeft die brief op 13 maart 2012 ondertekend geretourneerd. W. heeft daarop bij brief 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. 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.”

4.9 De rechtbank heeft het verzoek ter zitting behandeld op 10 mei 2012. Bij die gelegenheid heeft de rechtbank 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 echter geen sprake.

4.10 Gezien de uitlatingen van de rechter was na de zitting onzeker wat de uitkomst van deze procedure zou worden. Klager heeft vervolgens na zelfstudie en ruggespraak per mail van 18 april 2012 met de Kamer van Koophandel de conclusie getrokken dat de overdracht van activa en passiva aan een nieuwe vennootschap geen akkoord van de rechter nodig heeft. Eveneens op 18 april 2012 heeft klager de belastinginspecteur W. telefonisch en per email geïnformeerd over de onzekere afloop van de procedure en hem laten weten dat, mocht de rechtbank zich uiteindelijk onbevoegd verklaren, hij na overleg met de inspectie de overgang van activa en passiva van de oude naar de nieuwe B.V. zou doorzetten.

4.11 Klager heeft vervolgens op 23 april 2012 aan de rechtbank bericht het verzoekschrift te willen intrekken. Verweerder heeft hem dat vervolgens in een mail van 24 april 2012 alsnog 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 W. (van 20 maart 2012, vermeld onder 4.8) waarin hij zijn toestemming afhankelijk stelde van de rechterlijke uitspraak.

4.12 Klager heeft kort daarna met de inspectie overeenstemming bereikt. Bij brief van 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. Omdat verweerder aanspraak maakte op de laatste nog uitstaande declaratie heeft klager een klacht tegen hem ingediend.

## 5 BEOORDELING

5.1 De grieven van klager komen er zakelijk weergegeven op neer, dat verweerder en diens kantoorgenoot S. niet adequaat hebben gehandeld en klager kwalitatief onvoldoende van advies hebben gediend. In het bijzonder wijst klager erop, dat de raad ten onrechte aan zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd dat de belastingdienst had aangedrongen op het voeren van een civiele procedure althans dat dit voor klager uitgangspunt was.

5.2 Het hof constateert dat verweerder het handelen dat op naam van zijn kantoorgenoot S. heeft plaatsgevonden tot het zijne maakt, zich hiervoor volledig verantwoordelijk acht en hierop dus ook kan worden aangesproken. Dit is voor het hof dan ook uitgangspunt en het zal hierna, waar verweerder en zijn kantoorgenoot of zijn kantoorgenoot worden bedoeld, spreken over verweerder c.s.

5.3 Uit het stappenplan op basis waarvan verweerder c.s. hebben opgetreden volgt niet dat zij aan de orde hebben gesteld wat de kans van slagen was van de gevolgde procedure. Vast staat wel, dat het voeren van die procedure niet voor de hand lag. De kans van slagen was gering terwijl niet kan worden gezegd dat het voeren van een procedure noodzakelijk was. Met dat laatste aspect hangt samen, dat het eveneens niet voor de hand lag om een civielrechtelijke procedure te beginnen zonder dat er eerst overleg was gevoerd met de belastingdienst.

5.4 In het algemeen is bepaald niet uitgesloten dat een advocaat met recht en reden overgaat tot het zetten van risicovolle, ongebruikelijke en kostbare stappen. De advocaat dient dit dan terdege met zijn cliënt te bespreken en hem te wijzen op de redenen

daarvoor en de daaraan verbonden risico's alsmede de mogelijke kosten en baten daarvan.

5.5 Verweerder stelt dat aan het opstellen van het stappenplan een analyse van de risico's zoals hiervoor vermeld is voorafgegaan en met klager is besproken. Bovendien zou het de uitdrukkelijke opdracht van klager zijn om een civielrechtelijke procedure te beginnen, omdat de fiscus daarop had aangedrongen.

5.6 Klager betwist dit. Volgens klager is het stappenplan door verweerder c.s. opgesteld na enkel een telefoongesprek waarin de risico's en kansen van die aanpak niet of nauwelijks expliciet aan de orde zijn gesteld. Klager stelt dat hij niet terzake deskundig was en dat hij, ondanks het stappenplan, nadien juist herhaaldelijk heeft aangedrongen op overleg met de fiscus, en dat hij dit uiteindelijk ook zelf heeft gezocht. Klager betwist eveneens dat de fiscus op het voeren van een civiele procedure heeft aangedrongen.

5.7 Ten aanzien van dit laatste punt stelt het hof vast dat de fiscus, nadat de civiele procedure was aangevangen, in het emailbericht van 20 maart 2012 het definitieve oordeel over een eventuele belastingheffing heeft opgeschort in afwachting van de uitkomst van die procedure. Daaruit valt echter nog niet af te leiden dat dit in de ogen van de fiscus een noodzakelijke procedure was, laat staan dat dit het geval was ten tijde van de beslissing om de procedure al dan niet te starten. Ten overvloede merkt het hof op dat naderhand is gebleken dat de uitkomst van de procedure inderdaad niet bepalend was. De belastingdienst gaf immers alsnog goedkeuring aan het inbrengen van het stamrecht in een opvolgende vennootschap nadat klager de civiele procedure voortijdig had beëindigd omdat hij beducht was voor een negatieve uitkomst.

5.8 Het hof constateert dat verweerder c.s. hebben nagelaten het waarom van hun handelwijze schriftelijk vast te leggen. Evenmin hebben zij klager schriftelijk gewezen op de risico's en mogelijke consequenties daarvan. Dat betekent dat verweerder het verweer, dat klager nu eenmaal die risicovolle weg voorstond en dat de consequenties daarvan met hem zijn besproken, niet kan staven. Het is vaste rechtspraak van het hof dat dit voor rekening komt van de advocaat, die immers gehouden is om belangrijke afspraken en beslissingen – waaronder begrepen belangrijke adviezen - schriftelijk vast te leggen.

5.9 De slotsom is dat verweerder c.s. een procedure zijn begonnen waarvan twijfelachtig is of daarmee het doel kon worden bereikt en dat niet is vast komen te staan dat zij klager tijdig en adequaat op de gevolgen hiervan, en op meer voor de hand liggende alternatieven hebben gewezen. Het door klager gewenste doel is uiteindelijk bereikt, echter niet dankzij het optreden van verweerder c.s. maar naar het zich laat aanzien juist doordat klager het stappenplan van verweerder c.s. verliet. Het betaamt verweerder in deze omstandigheden niet om onverminderd aanspraak te maken op betaling van zijn declaraties, nu deze gang van zaken daarin op geen enkele manier is verdisconteerd.

5.10 Dit betekent dat klachtonderdeel c gegrond is en het hof aan verweerder de maatregel van enkele waarschuwing zal opleggen. Voor het overige behoeven de grieven van klager geen bespreking en heeft het onderzoek in hoger beroep niet geleid tot andere conclusies dan die vervat in de beslissing van de raad, waarmee het hof zich verenigt.

#### BESLISSING

Het Hof van Discipline:

- vernietigt de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort

Arnhem-Leeuwarden van 17 februari 2014 onder nummer 13-232, voor zover daarbij klachtonderdeel c ongegrond is verklaard;

en, opnieuw rechtdoende:

- verklaart klachtonderdeel c gegrond;

- legt aan verweerder de maatregel van enkele waarschuwing op;
- bekrachtigt de beslissing voor het overige.

Aldus gewezen door mr. W.H.B. den Hartog Jager, voorzitter, A.D.R.M. Boumans, R. Verkijk, M.L. Weerkamp, I.E.M. Sutorius, leden, in tegenwoordigheid van mr. I.F. Schouwink, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 25 augustus 2014.