

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 15-23

Beslissing van 15 juni 2015
in de zaak 15-23
naar aanleiding van de klacht van:
klager
tegen:
verweerder

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1.1 Bij brief aan de raad van 13 februari 2015 met kenmerk RvT 14-0256/TRC/ml, door de raad ontvangen op 16 februari 2015, heeft de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Midden-Nederland de klacht ter kennis van de raad gebracht.

1.2 De klacht is behandeld ter zitting van de raad van 20 april 2015 in aanwezigheid van zowel klager als verweerder. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.3 De raad heeft kennis genomen van:

- de in 1.1 genoemde brief met daarin vermelde bijlagen 1 t/m 6;
- de brief (ongedateerd) van klager met bijlagen, door de raad ontvangen op 2 april 2015;
- de brief van verweerder van 9 april 2015, ingekomen op 13 april 2015.

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 Eind 2001 is de belastingdienst een onderzoek gestart naar Nederlandse belastingplichtigen die buitenlandse bankrekeningen hadden verzwegen. Aanleiding voor dit zogenaamde 'Rekeningenproject' waren kopieën van microfiches van de K[...]bank (K[...]bank) die de Belgische belasting-autoriteiten aan de FIOD hadden gezonden. Die microfiches waren gestolen door werknemers van de K[...]bank. Hoe ze in handen van de Belgische overheid zijn gekomen, is onduidelijk gebleven. De Nederlandse belastingdienst heeft van enkele duizenden bankrekeningen kunnen achterhalen wie de Nederlandse rekeninghouders waren. De belastingdienst heeft deze rekeninghouders aangeschreven en hen gevraagd om gegevens en inlichtingen over hun buitenlandse bankrekeningen te verstrekken. Aan rekeninghouders zijn (naheffings)aanslagen opgelegd, gebaseerd op de feitelijke bedragen (als zij opening van zaken gaven) of op geschatte tegoeden. Daarnaast zijn boetes opgelegd.

2.3 In de periode vanaf 2002 werden proefprocessen opgestart onder andere door N[...] om antwoord te krijgen op een aantal van de rechtsvragen binnen dit Rekeningenproject. De Hoge Raad heeft bij arresten van 26 februari 2010 onder meer beslist dat het van de Belgische autoriteiten verkregen bewijsmateriaal rechtmatig was verkregen.

2.4 Als sprake zou zijn van onrechtmatig verkregen bewijs door de Belastingdienst dan zou de gebruikte informatie (mogelijk) niet voor belastingdoeleinden gebruikt kunnen worden en zouden de naheffingsaanslagen vernietigd worden.

2.5 De Inspecteur heeft klager bij brieven van 31 mei en 19 juni 2002 een 'Verklaring Buitenlandse Bankrekeningen' toegezonden met het verzoek om informatie over in het buitenland aangehouden bankrekeningen te verstrekken. Klager heeft zich daarop tot verweerder gewend. Klager had tot dat moment geen opening van zaken aan de Belastingdienst gegeven.

2.6 Op 2 juli 2002 heeft klager een volmacht ondertekend op grond waarvan verweerder en zijn kantoorgenoot alle belastingzaken die voortvloeiden uit buitenlandse banktegoeden konden behartigen. Partijen hebben een lumpsum afgesproken voor de werkzaamheden van het kantoor van klager van EUR 5.000,-.

2.7 Verweerder behartigde ook de belangen van tientallen andere K[...]bank rekeninghouders, zonder dat klager zelf volledig op de hoogte was van het aantal belanghebbenden en de mogelijk verschillende rechtsposities.

2.8 Aan klager zijn tussen november 2002 en april 2003 naheffingsaanslagen inkomstenbelasting (IB) en Vermogensbelasting (VB) aangekondigd over de jaren 1990-2000 en deze zijn in mei/juni 2003 vastgesteld. De aanslagen waren hoog in verhouding tot de bedragen die klager feitelijk op de buitenlandse rekeningen had staan. De Inspecteur had deze aanslagen gebaseerd op geschatte bedragen.

2.9 Namens klager heeft verweerder op 22 januari 2003 pro forma bezwaarschriften ingediend tegen de navorderingsaanslagen met de opmerking dat de bezwaarschriften niet gemotiveerd konden worden, omdat er nog procedures aanhangig waren waarvan het resultaat van belang was voor de motivering.

2.10 Op 18 november 2010 heeft het Gerechtshof Amsterdam in de zaak van klager uitspraak gedaan. Daarbij zijn de inkomens voor de navorderingsaanslagen IB/PVV iets lager vastgesteld, en is het niet aangegeven tegoed bij de K[...]bank voor de VB een stuk lager vastgesteld dan het door de Inspecteur geschatte bedrag. Niettemin waren ook deze vaststellingen veel hoger dan het feitelijk niet aangegeven K[...]banktegoed van klager. Het hof heeft voorts de boete gematigd: van 100% naar 64% van de nagevorderde belasting.

2.11 Verweerder heeft klager bij brief van 23 november 2010 deze uitspraak toegestuurd met de mededeling dat hij de uitspraak zou gaan bestuderen en later zou adviseren of het instellen van cassatie zinvol zou zijn. Per brief van 19 januari 2011 heeft verweerder klager geadviseerd om cassatie in te stellen, waarbij verweerder tevens schriftelijk heeft uiteengezet wat de kosten voor het instellen van cassatie zouden zijn. Omdat verweerder de belangen van een groot aantal belanghebbenden behartigde, zouden de kosten van de cassatie evenredig over de belanghebbenden worden verdeeld. De cassatietermijn liep af zes weken na 18 november 2010 en verweerder heeft binnen de termijn pro-forma cassatie ingesteld. Nadat verweerder niks van klager hoorde op zijn brief van 19 januari 2011 heeft hij 2 februari 2011 het cassatieschriftuur bij de Hoge Raad ingediend.

2.12 Verweerder heeft bij brief van 9 februari 2011 aan klager een kopie van de cassatieschriftuur gestuurd, met aanhechting van de factuur voor het indienen van het cassatieschriftuur. Verweerder heeft de betreffende factuur voldaan.

2.13 De Hoge Raad heeft het hiervoor genoemde arrest van het Gerechtshof van 18 november 2010 gecasseerd wat betreft de verhogingen voor de jaren 1991-1997 en de boetes voor de jaren 1998-2000. Na verwijzing heeft het Gerechtshof Den Haag bij arrest van 26 april 2013 in de zaak van klager geoordeeld – kort gezegd – dat de verhogingen en de boetes niet door klager betaald hoefden te worden.

2.14 Nadat de uitspraak van het Gerechtshof over de hoogte van het niet aangegeven K[...]bank tegoed onherroepelijk was geworden, was het niet meer mogelijk om opening van zaken te geven.

2.15 In november 2013 heeft klager verweerder om een overzicht gevraagd van de verschillende scenario's en de financiële gevolgen daarvan. Verweerder heeft X Belastingadviseurs een berekening laten maken. Op het geproduceerde overzicht wordt de belastingschuld indien deugdelijk aangifte zou zijn gedaan vergeleken met de reeds door de belastingdienst opgelegde aanslagen.

2.16 In een aantal van de door verweerder voor klager gevoerde procedures is de Inspecteur veroordeeld in de proceskosten ten gunste van klager. Deze bedragen zijn, met machtiging van klager, op de derdengeldrekening van verweerder gestort.

2.17 In september 2004 heeft verweerder klager bericht dat de Belastingdienst aan verweerder had gevraagd informatie te verstrekken over de vermogenspositie van klager.

2.18 Klager heeft zijn ongenoegen over het optreden van verweerder via brieven aan verweerder geuit te beginnen met een brief van 19 december 2013.

Bij brief van 17 januari deelt de secretaresse van verweerder mee dat zij een mail van klager onder de aandacht heeft gebracht van verweerder, dat verweerder hierop bij mail zal reageren en daarbij denkt aan een dialoog in het bijzijn van een tussenpersoon. Daarbij deelt zij voorts mee dat 36,15 uur coulancehalve niet in rekening worden gebracht.

2.19 Verweerder heeft bij mail van 16 januari 2014 aan klager geschreven dat hij alle uren die hij tot dan toe coulancehalve niet aan klager in rekening had gebracht, alsnog in rekening zou brengen als klager zijn klachten zou voorleggen aan de deken. Datzelfde zou gelden voor de uren die verweerder kwijt zou zijn aan een dergelijke klachtprocedure. Bij mail van 24 januari 2014 meldt verweerder aan klager dat hij het dossier, "in verband met een te grote betrokkenheid" heeft overgedragen aan zijn medewerker S.

2.20 Bij brieven van 20 april en 21 september 2014 heeft klager zich bij de deken beklagd over verweerder.

3 KLACHT

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

- 1) Klager nimmer een afweging voor te leggen van de risico's die verbonden zouden kunnen zijn aan het aanspannen van een procedure in vergelijking met het geven van opening van zaken;
- 2) Klager er niet van op de hoogte te stellen dat na een gerechtelijke uitspraak de voorgenomen aanslagen onherroepelijk zouden worden;
- 3) Niet in te gaan op de tijdens de procedure geboden mogelijkheid om alsnog opening van zaken te geven en daarover niet te overleggen met klager, maar geheel autonoom te handelen;
- 4) Zonder expliciete goedkeuring van klager cassatie in te stellen;
- 5) De schijn op te blijven houden dat opening van zaken nog mogelijk was terwijl dit niet het geval was;
- 6) Niet inhoudelijk te reageren op de aanmerkingen van klager naar aanleiding van het bovenstaande;
- 7) Te dreigen met het sturen van een forse factuur wanneer klager nadere stappen zou ondernemen;
- 8) Consequent niet inhoudelijk in te gaan op de door klager geuite verwijten aan hem;
- 9) De aan klager toegekende proceskostenvergoeding niet met klager te verrekenen;
- 10) Klager een brief te sturen waarin verweerder meedeelde dat de Belastingdienst via verweerder op de hoogte gesteld wenste te worden van de vermogenssituatie van klager terwijl later blijkt dat de Belastingdienst nimmer een dergelijk verzoek heeft gedaan.

11) De afhandeling van de klachten van klager niet persoonlijk op zich te nemen, maar door deze door te schuiven aan een medewerker van zijn kantoor.

4 VERWEER

ad 1) Verweerder stelt zich op het standpunt dat hij klager wel degelijk heeft voorgehouden wat de consequenties zouden zijn van het voeren van een procedure of het geven van opening van zaken. Tijdens het intakegesprek heeft hij klager de mogelijkheid voorgehouden dat de aanslagen mogelijk vernietigd zouden worden door het Hof, onder andere wegens onrechtmatig verkregen bewijs, en dat klager dan niets zou hoeven te betalen. Klager kon ook de kans lopen dat de aanslagen in stand bleven en dat er afgerekend zou worden op basis van geschat vermogen.

Verweerder geeft aan dat klager de keuze heeft gemaakt om te “ontkennen/zwijgen” en te procederen en te gaan voor de kans dat de aanslagen vernietigd zouden worden. Dit is dan ook de procestactiek die verweerder heeft gevolgd en welke helaas niet goed is uitgekomen voor klager.

ad 2) Verweerder is voorts van mening dat het klager bekend was dat de aanslagen na de uitspraak van het Hof niet meer te herroepen zouden zijn.

ad 3) Verweerder stelt dat hij meer dan eens bij klager heeft nagevraagd of de door hem gekozen procestactiek om geen opening van zaken te geven, voortgezet diende te worden. Zo ook tijdens de procedure bij het Hof: klager heeft aangegeven aan de gekozen tactiek – gaan voor de kans van vernietiging in verband met onrechtmatig verkregen bewijs - te willen vasthouden en dat heeft verweerder dan ook gedaan.

ad 4) Voor wat betreft het instellen van cassatie geeft verweerder aan dat hij binnen de termijn van zes weken pro forma cassatie heeft ingesteld en vervolgens na bestudering van de zaak aan klager heeft geadviseerd om cassatie in te stellen. Klager heeft niet gereageerd op zijn brief, waarna verweerder cassatie heeft ingesteld. Klager heeft vervolgens de factuur voor deze werkzaamheden voldaan, daaruit leidt verweerder af dat klager het met een en ander eens was. In cassatie heeft verweerder (mede) bewerkstelligd dat boetes zijn vervallen en dat de schatting niet ongunstiger uitviel. Er is in ieder geval geen sprake van klachtwaardig handelen.

ad 5) Verweerder betwist dat hij de schijn heeft opgehouden dat opening van zaken nog mogelijk was, terwijl dat niet het geval was; hij heeft klager aangegeven dat opening van zaken geven kon tot de uitspraak van de Hoge Raad. Het door klager zelf verzochte overzicht van X Accountants (de raad begrijpt: X Belastingadviseurs) zou gebruikt kunnen worden bij de ontvanger. Over de jaren 2001 en volgende is het steeds mogelijk geweest opening van zaken te geven.

ad 6) en 8) verwijst verweerder naar hetgeen onder ad 1) tot en met ad 5) is opgemerkt.

ad 7) Verweerder geeft voorts aan dat hij een aantal uren, te weten 36,15 uur, niet in rekening heeft gebracht en dat hij inderdaad aan klager aangegeven heeft dat hij deze uren mogelijk in rekening zou brengen wanneer klager zich tot de deken zou wenden.

ad 9) Ten aanzien van de proceskostenveroordelingen stelt verweerder dat klager geen belang heeft, omdat verweerder reeds bij mail van 23 december 2013 aan klager heeft toegezegd dat hij de proceskostenvergoeding na verrekening met de door verweerder betaalde griffierechten aan klager zal overmaken.

ad 10) Verweerder stelt dat de Belastingdienst wel degelijk een dergelijk verzoek aan hem heeft gedaan.

5 BEOORDELING

5.1 De nieuwe Advocatenwet is van toepassing op klachten die op of na 1 januari 2015 zijn ingediend bij de deken. De onderhavige klacht is voor 1 januari 2015 ingediend bij de deken en wordt door de raad van discipline derhalve behandeld en beoordeeld

op grond van de oude Advocatenwet, zoals die tot 1 januari 2015 gold. Waar in deze beslissing naar de Advocatenwet wordt verwezen, wordt de oude Advocatenwet bedoeld.

5.2 ad klachtonderdelen 1, 2, 3, 5, 6 en 8

De klachtonderdelen 1, 2, 3, 5, 6 en 8 worden door de raad gezamenlijk behandeld. Deze klachtonderdelen betreffen alle het verwijt van klager dat verweerder hem onvoldoende heeft geïnformeerd over:

- de mogelijkheden en risico's die verbonden waren aan zijn (proces)houding als zwijger/ontkenner;
- de mogelijkheid opening van zaken aan de Belastingdienst te geven en;
- de termijn waarbinnen die laatste mogelijkheid bestond.

5.3 De raad stelt voorop dat het de taak van de advocaat is om de cliënt bij de aanvang van een zaak gedegen voorlichting te geven over mogelijke scenario's en over de gevolgen van mogelijke strategieën. De advocaat moet zich er van vergewissen of de cliënt alles goed heeft begrepen en of hij de gevolgen van de gekozen strategie voldoende overziet. Zo nodig moet hij belangrijke informatie en afspraken schriftelijk aan zijn cliënt bevestigen. De cliënt kan de advocaat niet verantwoordelijk houden voor een negatieve afloop, maar er moet wel als het ware een "informed consent" zijn: bewustzijn van de risico's die aan bepaalde keuzes kleven.

5.4 Klager stelt dat hem pas na ontvangst van een brief van de Belastingdienst van 1 oktober 2013 duidelijk werd dat hij geen opening van zaken meer kon geven. Maar toen waren de opgelegde aanslagen op basis van (te hoge) schattingen definitief geworden. Verweerder stelt zich op het standpunt dat klager vanaf het begin heeft gesteld zich te willen opstellen als zwijger. Zelfs als dat waar zou zijn, geldt dat de hiervoor omschreven norm meebrengt dat verweerder klager er ondubbelzinnig, en zo nodig schriftelijk, op had moeten wijzen wat de gevolgen van een dergelijke stellingname zouden zijn.

5.5 Verweerder stelt dat klager al bekend was met die consequenties.

Daarvoor is echter geen enkele aanwijzing. Het ontbreken van ondubbelzinnige schriftelijke vastlegging (óók van die bekendheid van klager) zou hier al bewijstechnisch tegen verweerder moeten werken. Uit verschillende brieven van klager blijkt bovendien dat klager niet bekend was met de consequenties. Klager heeft verweerder tijdens de jaren dat deze voor klager optrad op verschillende momenten gevraagd hem te adviseren over de beste proceshouding. Zo heeft hij verweerder bij brief van 28 februari 2005 gevraagd wat de betekenis was en wat de consequenties waren van de gerechtelijke uitspraken tot op dat moment. Bij brief van 18 oktober 2006 heeft klager verweerder gevraagd de kwestie dusdanig te behandelen dat de schade zoveel mogelijk beperkt zou blijven. Op 20 oktober 2013 heeft klager wederom diverse schriftelijke vragen gesteld over zijn positie en de mogelijke keuzes. Uit de brieven van klager had verweerder moeten en kunnen afleiden dat klager niet zo zeker over zijn positie als zwijger was, als verweerder nu doet voorkomen. Het dossier bevat tot november 2013 geen schriftelijke adviezen van verweerder aan klager over zijn positie als zwijger en de mogelijke gevolgen daarvan of anderszins. De brief van november 2013 leidt overigens niet noodzakelijk tot de conclusie dat verweerder zélf meende dat het nog mogelijk was opening van zaken te geven (aan de Inspecteur) of dat hij dit aan klager meedeelde.

5.6 Dat verweerder klager niet direct schriftelijk heeft geïnformeerd over zijn (juridische) positie is laakbaar. Dat hij dat niet alsnog heeft gedaan in 2008 toen de navorderingsaanslagen van de Belastingdienst bekend waren of na het arrest van de Hoge Raad van februari 2010, toen klager nog kon kiezen om opening van zaken te geven, zodat hij op basis van zijn werkelijke in plaats van op basis van het door de fiscus geschatte

vermogen zou afrekenen, is ernstig. Verweerder is daarmee volgens de raad tekortgeschoten in zijn verplichtingen jegens klager. De klachtonderdelen 1, 2, 3, 5, 6 en 8 zijn dan ook gegrond.

5.7 Dat klager zich, naar verweerder stelt, nog tot de Ontvanger zou kunnen wenden, doet aan deze fout ten aanzien van - thans onherroepelijke - proceskeuzes in de verhouding tot de Inspecteur niet af.

5.8 ad klachtonderdeel 4)

Klachtonderdeel 4) betreft de stelling van klager dat verweerder zonder zijn expliciete instemming cassatie heeft ingesteld. Verweerder heeft op dit punt aangevoerd dat de termijn om pro-forma cassatie beroep in te stellen kort was, namelijk zes weken. Uit de feiten blijkt dat verweerder klager schriftelijk heeft geadviseerd cassatie in te stellen, waarbij het voor klager mogelijk was hiervan af te zien. Klager heeft van deze mogelijkheid geen gebruik gemaakt en heeft de factuur voor het opstellen van het cassatie schriftuur zonder verdere opmerking voldaan. Die factuur was gebaseerd op een brief van verweerder van 19 januari 2011 waarin hij aan klager uitlegde op welke gronden hij cassatie wenste in te stellen en welke kosten daarmee gemoeid waren. Ook overigens heeft klager geen enkel bezwaar gemaakt tegen het instellen van cassatie. In het licht van deze omstandigheden acht de raad dit klachtonderdeel ongegrond.

5.9 ad klachtonderdeel 7)

Klager stelt dat verweerder dreigde met het sturen van een forse factuur als klager nadere stappen zou ondernemen. Klager beroept zich onder meer op een e-mail van 16 januari 2014 waarin verweerder onder meer schreef:

“Bij deze eindfactuur zal ik de uit coulance niet aan u in rekening gebrachte uren meenemen. Tevens zal ik de door mij aan X Accountant betaalde factuur in de eindafrekening meenemen. Mocht het zo zijn dat de door u in te dienen klacht ongegrond zal worden verklaard, dan kan ik op voorhand mededelen dat ik u voor alle door mij hieraan bestede uren en kosten aansprakelijk zal stellen en op u zal verhalen”.

Het past een advocaat niet om een cliënt die een klacht wil indienen te “dreigen” met hogere te factureren bedragen en een aansprakelijkstelling voor alle kosten gemaakt in de klachtprocedure. Verweerder heeft in die zin tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld en de klacht is gegrond.

5.10 ad klachtonderdeel 9)

Klachtonderdeel 9) betreft het verrekenen van de aan klager toegekende proceskostenveroordelingen. Het is een advocaat in het algemeen niet toegestaan om de cliënt toekomstige (derden)gelden zonder uitdrukkelijke toestemming van de cliënt te verrekenen. In casu heeft verweerder niet kunnen aantonen dat een dergelijke afspraak tussen hem en klager was gemaakt. In zoverre is de klacht gegrond. Dat verweerder tevens heeft gesteld dat hij de proceskosten aan klager zou overmaken aan klager na verrekening met de door verweerder betaalde griffierechten helpt hem niet, nu niet uit de overgelegde stukken is gebleken dat verweerder deze toezegging daadwerkelijk is nagekomen. Klachtonderdeel 9) is gegrond.

5.11 ad klachtonderdeel 10)

Klager heeft hierover navraag gedaan bij de Belastingdienst en heeft niet bevestigd kunnen krijgen dat de Belastingdienst een dergelijk verzoek aan verweerder heeft gedaan. Met betrekking tot dit klachtonderdeel overweegt de raad dat tegenover de stelling van klager dat verweerder hem ten onrechte heeft medegedeeld dat hij van de Belastingdienst het verzoek had gekregen om informatie over de vermogenspositie van klager te verstrekken, de gemotiveerde en, met een brief van de belastingdienst onderbouwde, betwisting door verweerder staat. Klager heeft onvoldoende (concrete) feiten en om-

standigheden aangevoerd die tot gegrondverklaring van dit klachtonderdeel zouden kunnen leiden.

5.12 ad klachtonderdeel 11)

Naar het oordeel van de raad had het verweerder gesierd als hij de klachten van klager persoonlijk had afgehandeld, maar het feit dat hij zijn secretaresse en kantoorgenoot het contact met klager heeft laten onderhouden en hen ook inhoudelijk heeft laten reageren op de klachten is niet tuchtrechtelijk verwijtbaar. De klacht is ongegrond.

6 MAATREGEL

6.1 Verweerder heeft onvoldoende oog gehad voor de behoefte aan advies die klager had gedurende de vele jaren dat hij voor klager optrad. Verweerder heeft nagelaten klager voldoende te informeren over zijn positie en de mogelijkheden die hij had en daardoor is hij ernstig tekort geschoten in de zorg die hij had moeten betrachten ten opzichte van klager als zijn cliënt. Gelet op de ernst van de verwijten en het tuchtrechtelijke verleden van verweerder acht de raad de maatregel van een onvoorwaardelijke schorsing van drie maanden passend en geboden. Deze schorsing zal ingaan op het moment dat er geen andere schorsingsmaatregel (meer) ten uitvoer wordt gelegd.

BESLISSING

De raad van discipline:

- verklaart de klachtonderdelen 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8 en 9 gegrond
- verklaart de klachtonderdelen 4, 10 en 11 ongegrond
- legt aan verweerder op de maatregel van schorsing in de uitoefening van zijn praktijk voor de duur van drie maanden;
- bepaalt dat de in artikel 8a, derde lid, van de Advocatenwet (nieuw) bedoelde termijn wordt verkort tot een jaar na het onherroepelijk worden van deze beslissing.

Aldus gewezen door mr. M.J. Grapperhaus, voorzitter, mrs. F.L.M. Broeders, J.H. Brouwer, H.H. Tan, P.P. Verdoorn, leden, bijgestaan door mr. S. Le Noble als griffier en uitgesproken ter openbare zitting van 15 juni 2015.

Griffier Voorzitter

Deze beslissing is in afschrift op 15 juni 2015 per aangetekende brief verzonden aan:

- klager
- verweerder
- de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Midden-Nederland
- de deken van de Nederlandse Orde van Advocaten.