

HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 150010

Beslissing van 7 december 2015

in de zaak 150010

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 Arnhem-Leeuwarden (verder: de raad) van 15 juni 2015, onder nummer 15/23, aan partijen toegezonden op 15 juni 2015, waarbij een klacht van klager tegen verweerder gedeeltelijk gegrond en gedeeltelijk ongegrond is verklaard en terzake aan verweerder de maatregel van schorsing in de uitoefening van zijn praktijk voor de duur van drie maanden is opgelegd.

De beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:NL:TADRARL:2015:106.

2 HET GEDING IN HOGER BEROEP

2.1 De memorie waarbij verweerder van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 14 juli 2015 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:

- de stukken van de eerste aanleg;
- de antwoordmemorie van klager
- de brief van verweerder aan het hof ontvangen op 25 september 2015;
- de schriftelijke reactie van klager door het hof op 9 oktober 2015 aan verweerder toegezonden.

2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 12 oktober 2015, waar klager en verweerder zijn verschenen. Verweerder heeft gepleit aan de hand van een pleitnota, die hij na afloop aan het hof heeft overhandigd.

3 KLACHT

3.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven en voor zover in hoger beroep nog aan de orde, 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;

- 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.

4 FEITEN

Het volgende is komen vast te staan:

4.1 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 [Bank], die de Belgische belastingautoriteiten aan de FIOD hadden gezonden. De microfiches waren gestolen door werknemers van de [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. Deze zijn aangeschreven en gevraagd om gegevens en inlichtingen te verstrekken over hun buitenlandse bankrekeningen. Aan hen die opening van zaken gaven, zijn (navorderings)aanslagen opgelegd, gebaseerd op de feitelijke bedragen, en anders op basis van geschatte tegoeden. Daarnaast zijn boetes opgelegd.

4.2 In de periode vanaf 2002 werden proefprocessen opgestart onder andere door [kantoor 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. Als sprake zou zijn geweest van onrechtmatig verkregen bewijs door de belastingdienst zou de gebruikte informatie (mogelijk) niet voor belastingdoeleinden gebruikt kunnen worden en zouden de naheffingsaanslagen vernietigd worden.

4.3 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.

4.4 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 EUR 5.000,-.

4.5 Verweerder behartigde ook de belangen van tientallen andere [Bank]rekeninghouders. Klager was niet volledig op de hoogte van het aantal belanghebbenden en de mogelijke verschillende rechtsposities.

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

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

4.8 In september 2004 heeft verweerder klager bericht dat de belastingdienst aan verweerder had gevraagd om informatie te verstrekken over de vermogenspositie van klager.

4.9 Op 18 november 2010 heeft het hof 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 [Bank] voor de VB een stuk lager vastgesteld dan het door de inspecteur geschatte bedrag. Niettemin waren ook deze vaststellingen nog veel hoger dan het feitelijke - niet aangegeven - [Bank]tegoed van klager. Het hof heeft voorts de boete gematigd van 100% naar 64% van de nagevorderde belasting.

4.10 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 was. Per brief van 19 januari 2011 heeft verweerder klager geadviseerd om cassatieberoep in te stellen, waarbij verweerder tevens schriftelijk uiteen gezet heeft wat de kosten daarvan zouden zijn. Verweerder behartigde de belangen van een groot aantal belanghebbenden, zodat de kosten van de cassatieprocedure evenredig zouden worden verdeeld. De cassatietermijn liep af zes weken na 18 november 2010. Binnen die termijn had verweerder pro-forma beroep ingesteld. Nadat verweerder niets van klager hoorde op zijn brief van 19 januari 2011, heeft hij op 2 februari 2011 het ingestelde beroep nader toegelicht.

4.11 Verweerder heeft klager bij brief van 9 februari 2011 een kopie van de cassatieschriftuur gestuurd, met aanhechting van de factuur voor het indienen daarvan. Verweerder heeft de desbetreffende factuur voldaan.

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

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

4.14 In november 2013 heeft klager verweerder om een overzicht van de verschillende scenario's en de financiële gevolgen daarvan verzocht. Verweerder heeft [] 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.

4.15 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.

4.16 Klager heeft bij brief van 19 december 2013 (en latere brieven) zijn ongenoegen geuit over het optreden van verweerder. Verweerder heeft klager bij mail van 16 januari 2014 geschreven dat hij alle uren die hij tot dan toe coultance halve niet aan klager in rekening had gebracht, alsnog in rekening zou brengen. Datzelfde gold voor de door verweerder aan een eventuele klachtprocedure te besteden uren en kosten, indien de door klager in te dienen klacht ongegrond zou worden bevonden. Bij mail van 24 januari 2014 heeft verweerder klager bericht dat hij het dossier 'in verband met een te grote betrokkenheid' heeft overgedragen aan zijn medewerker S.

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

5 BEOORDELING

5.1 De klachtonderdelen 4, 10 en 11 liggen in hoger beroep niet ter beoordeling voor. Deze klachtonderdelen zijn door de raad ongegrond bevonden en klager is van deze beslissing niet in hoger beroep gekomen.

5.2 De klachtonderdelen 1 t/m 3, 5, 6 en 8 lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Zoals de raad heeft overwogen, betreffen deze onderdelen alle het verwijt dat verweerder klager 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. De raad heeft vooropgesteld dat het de taak van de advocaat is om de cliënt bij de aanvang van een zaak gedegen voorlichting te geven over de mogelijke scenario's en over de gevolgen van mogelijke strategieën. De advocaat moet zich ervan 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. Dat klager zich vanaf het begin als zwijger wenste op te stellen, maakt dit niet anders. Volgens de raad brengt voormelde norm mee dat verweerder klager ondubbelzinnig, en zo nodig schriftelijk, erop had moeten wijzen wat de gevolgen zouden zijn van een dergelijke stellingname. Daarvoor is geen enkele aanwijzing, aldus de raad. Dat verweerder klager niet direct schriftelijk heeft geïnformeerd over zijn (juridische) positie acht de raad 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 in februari 2010, toen klager nog ervoor kon kiezen opening van zaken te geven, zodat hij op basis van zijn werkelijke in plaats van het door de fiscus geschatte vermogen zou kunnen afrekenen, acht de raad ernstig. Verweerder is daarmee volgens de raad tekort geschoten in zijn verplichtingen jegens klager.

5.3 Verweerder heeft zich in zijn appelmemoorie alsmede ter zitting in hoger beroep wederom op het standpunt gesteld dat hij met klager bij aanvang van zijn werkzaamheden uitvoerig heeft gesproken over de verschillende mogelijkheden (ontkennen of bekennen en al of niet opening van zaken geven) en dat hij klager heeft uitgelegd welke gevolgen te verwachten waren. De belastingdienst had klager reeds in november 2002 een overzicht gezonden van de bedragen die hem zouden worden opgelegd. Hij kende dus al in november 2002 het risico en wist welke bedragen en boetes hij tot en met 2000 zou moeten betalen. Het is klager geweest, die vervolgens ervoor gekozen heeft de hakken in het zand te zetten en bleef ontkennen een rekening bij de [Bank]te hebben aangehouden, aldus verweerder. Verweerder stelt klager in de loop van de jaren steeds naar behoren te hebben voorgelicht over de mogelijkheden en consequenties, doch klager heeft zijn strategie niet willen wijzigen en was niet bereid opening van zaken te geven, waarbij hij de goede en kwade kansen voor lief nam.

5.4 Het hof is van oordeel dat in deze zaak twee kernmomenten zijn te onderscheiden, waarop de zorgplicht van verweerder ten opzichte van klager te wensen heeft overgelaten. Gezegd kan worden dat klager bij aanvang van de werkzaamheden van verweerder op de hoogte was van het risico dat zwijgen met zich bracht en wat voor financiële consequenties een en ander met zich zou brengen. Ook is duidelijk dat klager zich als zwijger presenteerde in afwachting van de door [kantoor N] opgestarte procedures. Dat klager van de hoed en de rand wist en zelf ervoor koos om in ieder geval tot de arresten van de Hoge Raad van 26 februari 2010 te blijven zwijgen, neemt echter niet weg dat van verweerder als zorgvuldig advocaat had mogen worden verwacht dat hij een en ander schriftelijk had vastgelegd in een opdrachtbevestiging of ander schriftelijk stuk,

juist om achteraf discussies over de inhoud van de opdracht en de nadien gevolgde strategie te voorkomen. De door verweerder in dit verband in hoger beroep overgelegde (handgeschreven) dossiernotities van het intakegesprek met klager en daarop volgende gesprekken in 2005 en 2008 zijn daartoe onvoldoende, nu gesteld noch gebleken is dat klager hiervan kopieën heeft ontvangen.

5.5 Daarnaast is het hof van oordeel dat het eveneens op de weg van verweerder had gelegen om klager op enig moment in de periode tussen de arresten van de Hoge Raad van 26 februari 2010 in de door [kantoor N] aangespannen procedures en het arrest van de Hoge Raad van 17 februari 2012 in de zaak van klager zelf, uitdrukkelijk te wijzen op de risico's die verbonden waren aan het blijven zwijgen. Tot de arresten van 26 februari 2010 bestond nog de mogelijkheid dat de Hoge Raad zou oordelen dat de stukken, waarop de belastingdienst de navorderingsaanslagen in het zogenaamde Rekeningenproject baseerde – dus ook in het geval van klager -, onrechtmatig waren verkregen en niet als basis voor bedoelde heffing konden dienen. Toen die mogelijkheid definitief was uitgesloten, had van verweerder verwacht mogen worden dat hij klager eigener beweging erop had gewezen dat hij alleen zolang de Hoge Raad in zijn zaak nog geen uitspraak had gedaan, nog kon opteren voor de mogelijkheid af te rekenen op basis van zijn werkelijke vermogen. Door dit na te laten heeft hij klager de kans ontnomen om tijdig op zijn schreden terug te komen, hetgeen verweerder te verwijten valt. Voor zover verweerder zich op het standpunt stelt dat klager ermee heeft ingestemd om hangende het cassatieberoep de processtrategie van zwijger voort te zetten, wijst het hof erop dat ook hiervan een schriftelijke bevestiging ontbreekt, hetgeen verweerder eveneens valt te verwijten.

5.6 De conclusie op grond van het voorgaande is dan ook dat verweerder niet de zorg heeft betracht die van hem in de gegeven omstandigheden had mogen worden verwacht en aldus heeft gehandeld in strijd met artikel 46 Advocatenwet.

5.7 Ten aanzien van klachtonderdeel 7 heeft de raad overwogen dat het een advocaat niet past 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. Het onderzoek in hoger beroep heeft niet geleid tot andere beschouwingen en gevolgtrekkingen dan die vervat in de beslissing van de raad, waarmee het hof zich verenigt.

5.8 Rest nog klachtonderdeel 9. Dit betreft het verrekenen van de aan klager toegekende proceskostenveroordelingen. De raad heeft geoordeeld dat het een advocaat in het algemeen niet is toegestaan om de cliënt toekomstige (derden)gelden zonder uitdrukkelijke toestemming van de cliënt te verrekenen. Verweerder heeft volgens de raad niet kunnen aantonen dat een dergelijke afspraak tussen hem en klager was gemaakt. Verweerder heeft in hoger beroep gesteld dat geen sprake is geweest van verrekening. De belastingdienst heeft het op basis van de proceskostenveroordelingen aan klager verschuldigde griffierecht rechtstreeks aan klager voldaan. Dit is niet op de (derden)geldenrekening van verweerder overgemaakt. Klager heeft de door hem van de belastingdienst ontvangen gelden op zijn beurt aan verweerder overgemaakt ter compensatie van de kantoorkosten van verweerder. Klager heeft de hiervoor omschreven gang van zaken niet (gemotiveerd) betwist. Onder die omstandigheden acht het hof dit klachtonderdeel ongegrond.

5.9 Ten aanzien van de opgelegde maatregel (een onvoorwaardelijke schorsing) overweegt het hof als volgt. Het hof is met de raad van oordeel dat, gelet op de ernst van de gegrond verklaarde tuchtrechtelijke verwijten, een schorsing op zijn plaats is. Gelet op de andere benadering door het hof omtrent de verweten handelwijze van verweerder is het hof echter van oordeel dat met een voorwaardelijke schorsing van een maand kan worden volstaan.

6. BESLISSING

Het Hof van Discipline:

vernietigt de beslissing waarvan beroep maar alleen voor zover daarin klachtonderdeel 9 gegrond is verklaard en aan verweerder de maatregel van onvoorwaardelijke schorsing in de uitoefening van de praktijk voor de duur van drie maanden is opgelegd;

en, in zoverre opnieuw recht doende:

verklaart klachtonderdeel 9 alsnog ongegrond;

legt aan verweerder op de maatregel van schorsing in de uitoefening van de praktijk gedurende één maand, echter geheel voorwaardelijk, in die zin dat deze maatregel niet zal worden ten uitvoer gelegd tenzij verweerder zich voor het einde van een proeftijd die op twee jaren, ingaande de dag van deze uitspraak, wordt gesteld, heeft schuldig gemaakt aan een in artikel 46 van de Advocatenwet bedoelde gedraging;

bekrachtigt de beslissing waarvan beroep voor het overige.

Aldus gewezen door mr. J.C. van Dijk, voorzitter, mrs. A.R. Sturhoofd, W.A.M. van Schendel, C.A.M.J. Raymakers en E.M. Soerjatin, leden, in tegenwoordigheid van mr. C.M.J. Gijzen, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 7 december 2015.

griffier voorzitter

De beslissing is verzonden op 7 december 2015.