

RAAD VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 21-1009/A/A

Beslissing van de Raad van Discipline in het ressort Amsterdam
van 18 juli 2022

in de zaken 21-1009/A/A en 21-1010/A/A

naar aanleiding van de klacht van:

klager

gemachtigde: mr. J. Stikkelbroeck

over

verweerder 1

en

verweerder 2

gemachtigde van verweerder 2: mr. R.A. Fibbe

1 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

in 21-1009/A/A en 21-1010/A/A

1.1 Op 22 mei 2019 heeft klager bij de deken van de Orde van Advocaten in het arrondissement Amsterdam (hierna: de deken) een klacht ingediend over verweerders.

1.2 Op 17 december 2021 heeft de raad het klachtdossier met kenmerken 917630/EJH/AS en 917644/EJH/AS van de deken ontvangen.

1.3 De klacht is behandeld op de zitting van de raad van 23 mei 2022. Daarbij waren klager en verweerder 2 met hun gemachtigden aanwezig. Van de behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

1.4 De raad heeft kennisgenomen van het in 1.2 genoemde klachtdossier en van de op de inventarislijst genoemde bijlagen 1 tot en met 6h. Ook heeft de raad kennisgenomen van de volgende aanvullende stukken:

- e-mail van een kantoorgenoot van verweerders aan de deken van 19 april 2021;
- e-mail van de gemachtigde van verweerder 2 van 13 januari 2022 met bijlage;
- e-mail van klagers gemachtigde van 14 januari 2022 inclusief inventarislijst, met bijlagen;
- e-mail van klagers gemachtigde van 6 mei 2022 inclusief verzoek om getuigen te horen, met bijlagen.

2 FEITEN

in 21-1009/A/A en 21-1010/A/A

2.1 Voor de beoordeling van de klacht gaat de raad, gelet op het klachtdossier, de aanvullende stukken en de op de zitting afgelegde verklaringen, uit van de volgende feiten.

2.2 In 2006 zijn klager en de vennootschappen waar hij (mede-)aandeelhouder van is door accountants- en belastingadvieskantoor B. (hierna: kantoor B.) geadviseerd over (de oprichting van) een Cypriotische truststructuur (hierna: de truststructuur).

2.3 In januari 2014 heeft kantoor B. bij de AFM twee incidentmeldingen gedaan op grond van artikel 32 lid 4 van het Besluit toezicht accountantsorganisaties (Bta). Deze

meldingen waren niet gerelateerd aan klager en zijn vennootschappen.

2.4 Op 19 augustus 2014 heeft de Belastingdienst kantoor B. op grond van artikel 53 Algemene Wet inzake rijksbelastingen (AWR) verzocht om informatie over de truststructuur van klagers vennootschappen.

2.5 In september 2014 heeft kantoor B. verweerder 1 om advies gevraagd in verband met de vraag of bij de AFM een melding moest worden gedaan in klagers dossier. Op advies van verweerder 1 heeft kantoor B. op 12 september 2014 een incidentmelding bij de AFM gedaan in de zin van artikel 32 lid 2 Bta, waarna overleg met de AFM heeft plaatsgevonden. Ook heeft kantoor B., op 18 september 2014, een persbericht uit doen gaan over de door kantoor B. getroffen maatregelen naar aanleiding van het incident in verband met klagers dossier.

2.6 Op 24 september 2014 heeft kantoor B. de gevraagde informatie over de truststructuur aan de Belastingdienst verstrekt.

2.7 Op 30 september 2014 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen klagers toenmalige strafadvocaat mr. D., verweerder 2 en een collega van verweerder 2.

2.8 Eind september 2014 heeft de raad van commissarissen van kantoor B. verweerder 1 de opdracht gegeven een feitenonderzoek uit te voeren naar de advisering van klager door kantoor B. over de truststructuur. Dit onderzoek is uitgevoerd door verweerders en hun bevindingen zijn vastgelegd in een rapport van 23 november 2014 (hierna: het rapport).

2.9 Op 9 december 2014 heeft bij de AFM een overleg plaatsgevonden tussen de AFM en het bestuur van kantoor B. over de beheersing van de incidenten waarover eerder melding was gedaan.

2.10 Op 15 december 2014 heeft bij kantoor B. een bespreking plaatsgevonden. Daarbij waren klager, klagers ex-echtgenote, klagers toenmalige strafadvocaat mr. D. en verweerders aanwezig. Tijdens deze bespreking heeft verweerder 2 de eerste bevindingen naar aanleiding van het onderzoek naar de truststructuur gepresenteerd.

2.11 In 2015 is het OM een strafrechtelijk onderzoek gestart naar kantoor B. en klager.

2.12 Op 7 januari 2015 heeft het bestuur van kantoor B. een gesprek gevoerd met de Belastingdienst en het OM. Tijdens dit gesprek is het bestuur van kantoor B. bijgestaan door verweerder 2. Klagers dossier is onderwerp van dit gesprek geweest.

2.13 Op 26 maart 2015 heeft de Belastingdienst een vordering ingesteld bij kantoor B. tot uitlevering van het rapport. Op 31 maart 2015 heeft verweerder 1 het rapport namens kantoor B. afgegeven aan de Belastingdienst.

2.14 Eind oktober 2015 heeft klager in het kader van het tegen hem lopende strafrechtelijk onderzoek kennisgenomen van het rapport van verweerders.

2.15 Eind 2015 heeft verweerder 2 een fiscaal partner van kantoor B. bijgestaan tijdens een verhoor door de FIOD.

2.16 In de loop van 2016 heeft onder meer klager bij de rechtbank Rotterdam een civiele procedure tegen kantoor B. aangespannen. In deze procedure stelt klager zich op het standpunt dat kantoor B. hem een fiscaal ontoelaatbare truststructuur heeft geadviseerd waardoor hij schade heeft geleden. Verweerder 1 heeft kantoor B. in deze procedure bijgestaan. Tegen het vonnis van de rechtbank van 29 november 2017 hebben partijen hoger beroep ingesteld.

2.17 Via een kort geding heeft klager op 1 juni 2018 kennisgenomen van de informatie die kantoor B. op 24 september 2014 op verzoek aan de Belastingdienst heeft overhandigd.

2.18 In juni 2018 kreeg klager stukken tot zijn beschikking waaruit bleek dat verweerder 2 op 7 januari 2015 een bespreking heeft gehad met een officier van

justitie waarbij het rapport is besproken.

2.19 Op 16 juli 2018 heeft klager kennisgenomen van een besluit van de AFM van 6 juli 2018 om kantoor B. een bestuurlijke boete op te leggen.

2.20 Op 4 september 2018 en 30 november 2018 heeft klager kennisgenomen van verdere informatie over kantoor B.

2.21 Op 24 januari 2019 heeft klager kennisgenomen van het AFM-besluit op het door kantoor B. ingediende bezwaar tegen de op 6 juli 2018 opgelegde boete.

2.22 Op 6 februari 2019 heeft klager zijn bezwaren tegen het rapport kenbaar gemaakt aan het bestuur van het advocatenkantoor waar verweerders destijds werkzaam waren. In mei 2019 heeft klager bij de deken over verweerders geklaagd.

2.23 Verweerder 1 heeft zich per 1 januari 2021 uitgeschreven als advocaat.

3 KLACHT

3.1 De klacht houdt, zakelijk weergegeven, in dat verweerders tuchtrechtelijk verwijtbaar hebben gehandeld als bedoeld in artikel 46 Advocatenwet. Klager verwijt verweerders het volgende:

a) verweerders hebben niet opgetreden als onafhankelijk onderzoekers bij het opstellen van het rapport, door onder meer ook voor kantoor B. op te treden als advocaat in kwesties die met het rapport verband houden;

b) verweerders hebben in het rapport een verkeerd beeld van de gang van zaken geschetst;

c) verweerders hebben geen hoor en wederhoor toegepast bij het opstellen van het rapport;

d) verweerders hebben in het rapport onjuistheden/onvolledigheden vermeld;

e) verweerders hebben hun werkzaamheden voor kantoor B. verricht zonder vergunning recherchewerkzaamheden als bedoeld in de Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus (Wbpr).

3.2 De raad zal hierna, waar nodig, bij de beoordeling ingaan op de stellingen en stukken van klager.

4 VERWEREN

4.1 Verweerder 1 heeft de raad op 31 januari 2022 bericht dat hij, vanwege persoonlijke omstandigheden, in juni 2021 aan zijn toenmalige advocaat heeft gevraagd de verdere verdediging tegen de klacht te staken. Onderdeel van deze tot juni 2021 gevoerde verdediging is onder meer dat de klacht van klager niet-ontvankelijk is, omdat de klacht is gebaseerd op een rapport van 23 november 2014 dat klager sinds oktober 2015 in zijn bezit heeft. Verweerder 1 heeft geen verder verweer gevoerd en is, zoals aangekondigd in zijn bericht van 31 januari 2022, niet ter zitting van de raad verschenen noch heeft hij zich daar laten vertegenwoordigen. Verweerder 1 heeft de raad, vanwege genoemde persoonlijke omstandigheden, verzocht niet meer met hem te communiceren over de klacht van klager en hem geen stukken toe te zenden.

4.2 Verweerder 2 heeft tegen de klacht verweer gevoerd. In dat verband heeft verweerder 2 primair aangevoerd dat sprake is van niet-ontvankelijkheid op grond van artikel 46g Advocatenwet. Daarbij wijst verweerder erop dat de op 22 mei 2019 ingediende klacht betrekking heeft op een rapport van 23 november 2014 dat klager sinds oktober 2015 in zijn bezit heeft. Subsidiar heeft verweerder 2 betwist dat hij tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld.

4.3 De raad zal hierna, waar nodig, op de verweren ingaan.

5 BEOORDELING

in 21-1009/A/A en 21-1010/A/A

Ontvankelijkheid klager

5.1 Voordat de raad kan toekomen aan een inhoudelijke behandeling van de klacht over verweerders moet de raad, gelet op het door verweerders gedane beroep op de niet-ontvankelijkheid en ook ambtshalve, eerst vaststellen of klager zijn onder 3.1 genoemde klachtonderdelen tijdig heeft ingediend bij de deken. Naar het oordeel van de raad is dat niet het geval. De raad zal dit oordeel hierna toelichten.

Toetsingskader

5.2 Op grond van artikel 46g lid 1 onder a Advocatenwet geldt voor het indienen van een klacht een vervaltermijn van drie jaar. Deze termijn start op het moment dat de klager kennis heeft genomen of redelijkerwijs kennis heeft kunnen nemen van het handelen of nalaten van de advocaat waarop de klacht betrekking heeft. Het gaat dan om naar objectieve maatstaven aan te nemen aanwezige kennis bij de klager van het handelen of nalaten van de advocaat waarop de klacht betrekking heeft en niet om subjectieve wetenschap van dat handelen of nalaten bij de klager. Op grond van het bepaalde in artikel 46g lid 2 Advocatenwet blijft na afloop van de vervaltermijn van drie jaar een niet-ontvankelijkverklaring achterwege indien de gevolgen van het handelen of nalaten redelijkerwijs pas nadien bekend zijn geworden. In dat geval verloopt de termijn voor het indienen van een klacht een jaar na de datum waarop de gevolgen redelijkerwijs als bekend zijn aan te merken.

5.3 De ratio van artikel 46g lid 1 onder a Advocatenwet is dat de rechtszekerheid meebrengt dat een advocaat niet tot in lengte van dagen bedacht hoeft te zijn op tuchtklachten over gedragingen in het verleden. Op deze regel bevat lid 2 van dit artikel een uitzondering voor het geval de gevolgen van het handelen of nalaten van de advocaat pas later bekend zijn geworden. Alleen onder (zeer) bijzondere omstandigheden kan een overschrijding van deze termijn verschoonbaar zijn (vgl. Hof van Discipline van 7 december 2020, ECLI:NL:TAHVD:2020:256).

Klachtonderdeel a)

5.4 De verwijten die klager verweerders maakt, gaan alle over het door verweerders opgestelde rapport van 23 november 2014. Uit het tot juni 2021 gevoerde verweer van verweerder 1 en het verweer van verweerder 2, dat niet door klager is weersproken, blijkt dat klagers toenmalige strafadvocaat mr. D. vanaf september 2014 regelmatig overleg heeft gevoerd met verweerders naar aanleiding van de incidentmelding bij de AFM over de truststructuur. Ook blijkt uit deze gevoerde verweren dat het mr. D. bekend was dat het kantoor van verweerders kantoor B bijstond bij de afhandeling van het dossier van klager en kantoor B adviseerde over eventuele strafrechtelijke gevolgen. Verweerders hebben in dat verband gewezen op een verslag van een bespreking op 30 september 2014 waar verweerders en mr. D. bij aanwezig waren. Verweerders hebben in dat kader onweersproken gesteld dat mr. D. tijdens deze bespreking heeft gevraagd of hij op de hoogte kon worden gehouden van de ontwikkelingen en over eventuele acties richting de Belastingdienst en of hij kennis kon nemen van de bevindingen van het interne onderzoek van verweerders. Verder heeft verweerder 2 over deze bespreking onweersproken gesteld dat verweerders met mr. D. hebben besproken dat 'gezamenlijk zou worden opgetrokken om eventuele gevolgen van de mogelijk ontoelaatbare truststructuur voor partijen te mitigeren'. Op dat moment heeft mr. D. moeten en kunnen begrijpen dat de rol van verweerders ten opzichte van kantoor B. verder ging dan alleen het in opdracht van kantoor B. verrichten van feitenonderzoek naar de gang van zaken rondom de truststructuur. Voor zover die kennis klager als cliënt van mr. D. niet kan worden toegerekend, zou de adviserende rol van verweerders klager verder voldoende duidelijk moeten zijn geworden nadat hij in oktober 2015 kennis had genomen van het strafdossier waar het rapport onderdeel van was. Het standpunt van klager dat hij pas vanaf 1 juni 2018

al dan niet naar aanleiding van verschillende procedures kennis heeft kunnen nemen van voor hem steeds meer nieuwe aanvullende informatie en stukken en pas toen in staat was om het handelen van verweerders juridisch te duiden, betekent niet dat hij niet al in oktober 2015 kon formuleren dat verweerders volgens hem niet alleen als onderzoekers voor kantoor B. hebben opgetreden maar ook een adviserende rol hadden. Op enig moment wist klager in ieder geval voldoende om vóór het einde van de vervaltermijn van drie jaar als bedoeld in artikel 46 g lid 1 onder a Advocatenwet zijn klacht te formuleren en in te dienen en dat moment was uiterlijk in oktober 2018. Door zijn klacht echter pas op 22 mei 2019 bij de deken in te dienen, heeft klager te laat bij de deken over (het ontbreken van) de onafhankelijkheid van verweerders geklaagd.

5.5 Klager kan geen beroep doen op artikel 46g lid 2 Advocatenwet. Deze uitzonderings- ofwel verlengingsgrond gaat ervan uit dat de gevolgen van het handelen of nalaten pas bekend zijn geworden nadat de termijn voor het indienen van een klacht is verstreken, in dit geval oktober 2018. Een aantal van de momenten waarop klager naar eigen zeggen bekend is geworden met nieuwe informatie (1 juni 2018, 16 juli 2018 en 4 september 2018) heeft nog plaatsgevonden voor het einde van de vervaltermijn in oktober 2018, zodat de raad ten aanzien van deze momenten niet aan de uitzonderingsgrond van artikel 46g lid 2 Advocatenwet toekomt. Ten aanzien van de overige door klager genoemde momenten waarop hij nieuwe informatie kreeg, 30 november 2018 en 24 januari 2019, is de raad van oordeel dat klager redelijkerwijs al veel eerder bekend was met de gevolgen van het handelen dan wel het nalaten van verweerders, namelijk in oktober 2015. Daar had klager de informatie die hij op de twee laatstgenoemde momenten kreeg niet voor nodig.

5.6 Het is de raad ook overigens niet gebleken dat sprake is van (zeer) bijzondere omstandigheden op grond waarvan de termijnoverschrijding toelaatbaar (verschoonbaar) zou kunnen worden geacht.

Klachtonderdelen b), c) en d)

5.7 Ook ten aanzien van het handelen dan wel nalaten van verweerders waarop klachtonderdelen b), c) en d) zien heeft klager te laat geklaagd. In oktober 2015 had klager op basis van de informatie waarover hij via zijn toenmalige advocaat mr. D. beschikte in combinatie met de inhoud van het rapport immers al kunnen beoordelen of verweerders volgens hem in dat rapport een verkeerd beeld van de gang van zaken hadden geschetst, of verweerders hem in het kader van hun onderzoek niet hadden gehoord en of verweerders onjuistheden/onvolledigheden in het rapport hadden vermeld. Dat klager nog geen juridische duiding aan het rapport kon geven, zoals klager heeft gesteld, doet daar niet aan af. De informatie waar klager later, in 2018 en 2019, nog kennis van heeft genomen, was niet noodzakelijk om in oktober 2015 een klacht over verweerders te kunnen formuleren. Klager had zijn klacht over het handelen dan wel nalaten van verweerders dan ook uiterlijk in oktober 2018 bij de deken moeten indienen. Klager heeft hiermee echter gewacht tot 22 mei 2019 en toen was de vervaltermijn van drie jaar al verlopen.

5.8 Van een situatie als bedoeld in artikel 46g lid 2 Advocatenwet is ook voor deze klachtonderdelen geen sprake. Ook ten aanzien van de klachtonderdelen b), c) en d) heeft een aantal momenten waarop klager naar eigen zeggen bekend is geworden met nieuwe informatie (1 juni 2018, 16 juli 2018 en 4 september 2018) nog plaatsgevonden voor het einde van de vervaltermijn in oktober 2018, zodat de raad ten aanzien van deze momenten niet aan de uitzonderingsgrond van artikel 46g lid 2 Advocatenwet toekomt. Ten aanzien van de overige door klager genoemde momenten waarop hij nieuwe informatie kreeg, 30 november 2018 en 24 januari 2019,

is de raad ook voor deze klachtonderdelen van oordeel dat klager redelijkerwijs al veel eerder bekend was met de gevolgen van het handelen dan wel het nalaten van verweerders, namelijk in oktober 2015. Daar had klager de informatie die hij na oktober 2018 kreeg niet voor nodig.

5.9 Het is de raad ook overigens niet gebleken dat sprake is van (zeer) bijzondere omstandigheden op grond waarvan de termijnoverschrijding toelaatbaar (verschoonbaar) zou kunnen worden geacht.

Klachtonderdeel e)

5.10 Tot slot heeft klager ook klachtonderdeel e) te laat bij de deken ingediend. Nog los van de vraag of de onderzoekswerkzaamheden die verweerders voor kantoor B. hebben verricht onder de definities van de Wbpr vallen, zoals klager heeft gesteld, wist klager uiterlijk in oktober 2015 voldoende over de inhoud van die werkzaamheden om zijn klacht op dit punt te kunnen formuleren. Op het moment van indiening van klachtonderdeel e) bij de deken, 22 mei 2019, was de vervaltermijn van drie jaar, als bedoeld in artikel 46g lid 1 onder a Advocatenwet, ruim verstreken.

5.11 De uitzonderings- ofwel verlengingsgrond van artikel 46g lid 2 Advocatenwet is ook hier niet van toepassing. Klager is redelijkerwijs veel eerder dan na het verstrijken van de vervaltermijn in oktober 2018 bekend geworden met de gevolgen van het handelen of nalaten van verweerders, namelijk uiterlijk in oktober 2015. Klager had met de indiening van zijn klacht niet hoeven wachten tot 22 mei 2019, omdat de informatie die hij na 1 oktober 2018 heeft ontvangen niet nodig was voor de formulering en indiening van zijn klacht.

5.12 Het is de raad ook overigens niet gebleken dat sprake is van (zeer) bijzondere omstandigheden op grond waarvan de termijnoverschrijding toelaatbaar (verschoonbaar) zou kunnen worden geacht.

Conclusie

5.13 Uit het bovenstaande volgt dat de raad klager op grond van artikel 46g lid 1 onder a Advocatenwet in alle onderdelen van zijn klacht niet-ontvankelijk zal verklaren. Dit betekent dat de raad aan een inhoudelijke beoordeling van de klachtonderdelen, en dus ook aan een beoordeling van klagers verzoek om getuigen te horen, niet meer toekomt.

5.14 Hoewel de raad begrip heeft voor het verzoek van verweerder 1 om hem vanwege zijn persoonlijke omstandigheden geen stukken (meer) toe te sturen, zal deze beslissing toch ook per aangetekende e-mail naar verweerder 1 worden verzonden. De griffier van de raad is immers op grond van artikel 50 Advocatenwet gehouden om onverwijld een afschrift van de beslissing te verzenden aan onder meer de betrokken advocaat. De Advocatenwet laat de raad geen ruimte om hiervan af te wijken.

BESLISSING

in 21-1009/A/A en 21-1010/A/A

De raad van discipline verklaart klager in alle onderdelen van zijn klacht over verweerders niet-ontvankelijk.

Aldus beslist door mr. P.M. Wamsteker, voorzitter, en mrs. N.M.K. Damen, J.C. Ellerman, G. Kaaij en H.B. de Regt, leden, bijgestaan door mr. A.E. van Oost als griffier en uitgesproken in het openbaar op 18 juli 2022.

Griffier Voorzitter

Verzonden op: 18 juli 2022