

tekst **JACOB VAN DEN BELDT**, belastingadviseur te Haarlem

Beroepsfouten: lessen uit de rechtspraak

Waar gewerkt wordt, worden fouten gemaakt. Dat geldt ook voor belastingadviseurs. Van tijd tot tijd duiken in de media verhalen op over schadeclaims tegen belastingadviseurs.¹ Het gaat daarbij om civiele claims van cliënten die stellen schade te hebben geleden door beroepsfouten van hun belastingadviseur. Wat voor beeld levert de rechtspraak over beroepsfouten op?² En welke lessen kunnen hieruit worden getrokken voor de praktijk?

Het is niet duidelijk hoeveel schadeclaims er tegen belastingadviseurs worden ingediend. Niet elke claim belandt bij de civiele rechter: claims worden geschikt of niet doorgezet. Volgens een nieuwsbericht uit 2018 waren er tussen 1994 en maart 2018 in totaal zeventien claims ingediend tegen belastingadviseurs³. In 2015 meldde de Volkskrant dat uit een onderzoek van de Consumentenbond zou zijn gebleken dat iets meer dan de helft van de belastingadviseurs juist advies geeft⁴. Een zoekopdracht op www.rechtspraak.nl met de zoektermen 'beroepsfout' en 'belastingadviseur' levert niet direct het beeld op dat er sprake is van een stortvloed aan zaken. Maar er is in Nederland wel sprake van een groeiende claimcultuur⁵. Hoewel het hierbij vooral gaat om letselschadezaken, lijkt het niet onlogisch om te veronderstellen dat deze tendens op termijn ook zichtbaar zal zijn op andere gebieden, waaronder schadeclaims tegen belastingadviseurs.⁶

Beroepsaansprakelijkheid

Bij beroepsaansprakelijkheid gaat het om de civielrechtelijke aansprakelijkheid op grond van de beroepsuitoefening van de adviseur tegenover zijn cliënt of derden. De werkzaamheden die de adviseur voor een cliënt verricht zijn gewoonlijk gebaseerd op een overeenkomst van opdracht (artikel 7:400 BW). Artikel 7:401 BW bepaalt dat de opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen. Schending van de zorgplicht kan leiden tot schadevergoeding uit hoofde van wanprestatie of onrechtmatige daad. De stelplicht en bewijslast met betrekking tot de beweerde beroepsfout rusten op de cliënt. Zowel bij wanprestatie als bij onrechtmatige daad is vereist dat er voldoende causaal verband is tussen de tekort-

koming en de schade⁷. In geval van eigen schuld als bedoeld in artikel 6:101 BW kan de rechter bepalen dat de schade deels voor rekening van de cliënt komt⁸.

Uit de rechtspraak volgt dat de adviseur aansprakelijk is als hij de aan hem toevertrouwde werkzaamheden niet zorgvuldig heeft behandeld en de werkzaamheden niet heeft verricht zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot mag worden verwacht. Deze maatstaf bestaat in wezen uit twee delen: de adviseur moet 'redelijk bekwaam' zijn. Dat wil zeggen: hij moet – objectief gezien – beschikken over voldoende kennis en kunde. Wat in een specifiek geval voldoende is, is onder meer afhankelijk van de aard van de opdracht, het tarief en of de adviseur zich al dan niet profileert als specialist. De rechter toetst dit marginaal. Daarnaast moet de adviseur 'redelijk handelen'. Hij moet ervoor waken dat hij geen conflicterende belangen dient, geen onnodige risico's nemen en afspraken met de cliënt nakomen. Maar van de adviseur mag ook worden verwacht dat hij de cliënt goed informeert en zonedig ongevraagd waarschuwt.

Beroepsfout

Niet elke fout is een beroepsfout. De vaststelling dat het advies onjuist was, betekent nog niet dat met het geven van dat advies een beroepsfout is gemaakt. Daarvoor moet worden vastgesteld dat de betrokken adviseur als redelijk handelend en redelijk bekwaam belastingadviseur niet tot het advies heeft kunnen komen. Zie bijvoorbeeld Rechtbank Amsterdam, 22 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2067, waarin de rechtbank oordeelde dat de adviseur mocht afgaan op de – later onjuist gebleken –

mededeling van de voormalige belastingadviseur over de hoogte van het fiscaal erkende kapitaal.

De adviseur moet de cliënt adviseren, maar als de cliënt het advies naast zich neerlegt, hoeft dat niet te betekenen dat de adviseur fout zit. Een voorbeeld hiervan is te vinden in Rechtbank Zwolle-Lelystad, 2 februari 2005, ECLI:NL:RBZLY:2005:AS5963, waarin het ging om het structureren van film-cv's. De cliënt was een professioneel bedrijf. De rechtbank oordeelde dat de adviseur had voldaan aan zijn verplichting om de cliënt te voorzien van informatie en er 'genoegzaam' op had gewezen dat er tijdig actie ondernomen moest worden, terwijl ook duidelijk was wat de gevolgen zouden zijn als dat niet gebeurde. De cliënt had deze waarschuwingen naast zich neergelegd.

Les 1: neem termijnen in acht

Het is de nachtmerrie van menig belastingadviseur: het niet in acht nemen van termijnen. Wie dat doet, is al snel aansprakelijk. Zie bijvoorbeeld Rechtbank Amsterdam 23 juni 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BO2895: de adviseur had meerdere malen een door de Belastingdienst gestelde termijn laten verlopen. Ook had de adviseur de bezwaartermijn laten verlopen, waardoor de inspecteur niet langer gehouden was een inhoudelijke beslissing te nemen en alleen ambtshalve herziening mogelijk was om de correctie terug te draaien. Hierdoor is de cliënt in zijn positie benadeeld, omdat hij afhankelijk was van de welwillendheid van de inspecteur en omdat tegen een ambtshalve herziening geen bezwaar en beroep openstaan.

Les 2: ken de grenzen van de eigen expertise

Adviseurs moeten hun eigen vaktechnische grenzen kennen en – belangrijker nog – die ook duidelijk kenbaar maken aan de cliënt. In de zaak van Rechtbank Rotterdam 10 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:10177 had de cliënt zich in een juridisch getinte kwestie gewend tot een adviseur. De cliënt hoefde volgens de rechtbank niet te twijfelen aan de geschiktheid en deskundigheid van de adviseur. De adviseur is zonder voorbehoud op dit punt gaan optreden op een gebied buiten zijn primaire deskundigheid. Het risico dat daarbij fouten worden gemaakt kan niet op de cliënt worden afgewenteld met het argument dat juridisch advies nu eenmaal niet tot de expertise van de belastingadviseur behoort.

Les 3: werk niet mee aan belastingontduiking

Adviseurs die faciliteren bij structuren die neerkomen op belastingontduiking, lopen het risico dat zij wanprestatie plegen en onrechtmatig handelen. Dat ondervond de advi-

seur in de zaak van Rechtbank Rotterdam, 29 november 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:9390. Het kantoor had de cliënt geadviseerd over en gefaciliteerd bij het opzetten van een truststructuur die in het concrete geval neerkwam op belastingontduiking. De rechtbank oordeelde dat een redelijk bekwaam en redelijk handelend belastingadviseur zijn cliënten niet adviseert met betrekking tot het tot stand brengen van een structuur die neerkomt op belastingontduiking. Hij stelt zijn cliënten niet bloot aan een groot risico op toekomstige problemen met de Belastingdienst met voorzienbaar ingrijpende negatieve financiële consequenties en een reëel risico op strafrechtelijke vervolging. Een pleister op de wond was dat de voor vergoeding in aanmerking komende schade van de cliënt met 50 procent werd verminderd omdat de schade mede een gevolg is van aan de cliënt toe te rekenen omstandigheden.

Les 4: informeer de cliënt

De adviseur moet ervoor zorgen dat de cliënt een weloverwogen beslissing kan nemen met inachtneming van alle kansen en risico's. Een voorbeeld van een zaak waarin dat niet goed ging is Rechtbank Amsterdam, 14 november 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:8878. Het advies had betrekking op de vraag of de exploitatierechten van pompstations onroerend of niet-onroerend zijn bij de kwalificatie van onroerend goed-lichaam voor de overdrachtsbelasting. Bij het vaststellen of sprake is van een onroerendgoedlichaam geldt bij pompstations als uitgangspunt dat de waarde van het exploitatierecht wordt toegerekend aan de locatie en daarmee onderdeel is van de waarde van de onroerende zaak. Er was een memorandum opgesteld dat diende als onderdeel van een defence file. Volgens de rechtbank had het op de weg van een redelijk bekwaam en redelijk handelend fiscaal adviseur gelegen om de cliënt in het memorandum te adviseren over het hiervoor genoemde uitgangspunt. De reikwijdte van de informatieplicht van de adviseur gaat niet zover dat de adviseur zou moeten adviseren over alle mogelijke situaties die weliswaar in theorie van toepassing zouden kunnen zijn doch waarvan redelijkerwijs valt uit te sluiten dat zij in de gegeven omstandigheden voor toepassing in aanmerking komen (Hoge Raad 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2624). Zie bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam, 23 januari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:945, waarin de cliënt tevergeefs schade claimde wegens misgelopen belastingvoordeel.

Les 5: waarschuw de cliënt ook als daar niet om gevraagd wordt

Een heikel punt in de advisering is de vraag in hoeverre voor de adviseur een spontane waarschuwingsverplichting geldt.

'Niet elke fout is een beroepsfout'

‘De cliënt is ook maar een mens’

Een handvat biedt Rechtbank Amsterdam, 8 april 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BJ2303. Van een redelijk handelend en redelijk vakbekwaam belastingadviseur mag worden verwacht dat hij op de hoogte is van de actuele stand van de relevante wetgeving, jurisprudentie en literatuur en dat hij zijn advisering daarop afstemt en daarbij rekening houdt met de op dat moment bekende en kenbare feiten en omstandigheden. Maar dat betekent niet dat van de belastingadviseur kan worden verlangd dat hij ook steeds alle mogelijke toekomstige ontwikkelingen voorziet en bij zijn advisering betreft. Ook geldt dat de belastingadviseur moet handelen binnen de grenzen van zijn opdracht, maar daarbij mag wel van hem worden verwacht dat hij zijn opdrachtgever waarschuwt voor hem in het kader van de uitvoering van zijn opdracht, buiten de directe context van het gevraagde advies, gebleken fiscale risico's.

Dat een adviseur in bepaalde situaties verder moet kijken dan de uitdrukkelijk aan hem opgedragen taken, bleek ook in de zaak van Rechtbank Amsterdam 23 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2447. Volgens de rechtbank is het de taak van de professionele belastingadviseur om te wijzen op risico's en kansen en – in dit geval – te waarschuwen voor de gevolgen van te late indiening van stukken bij de Belastingdienst. De adviseur moet zich als professioneel beroepsbeoefenaar niet beperken tot de uitdrukkelijk aan hem opgedragen taken; hij moet ook alle rechtmatige belangen met betrekking tot de zaak naar behoren behartigen, inclusief de belangen die niet uitdrukkelijk tot onderwerp van de prestatie zijn gemaakt.

In de rechtspraak zijn verschillende voorbeelden van beroepsfouten te vinden. Dat het in de zaken waarover de rechter moet oordelen vaak om zeer complexe situaties gaat, maakt duidelijk dat het te simpel is om te stellen dat de adviseur in kwestie 'beter had moeten weten'. Het is ook te simpel om cliënten die claims indienen per definitie te beschouwen als rancuneuze, onredelijke types. Niet zelden is er sprake van een wisselwerking tussen adviseur en cliënt: verwachtingen worden over en weer verkeerd ingeschat of uitgelegd, terwijl dat niet voldoende wordt uitgesproken. Of er zijn zoveel partijen bij de zaak betrokken en de communicatie verloopt over zoveel schijven dat er 'ruis op de lijn' ontstaat, met alle gevolgen van dien voor de kwaliteit van de advisering. Toch kan in algemene zin niet gezegd worden dat professionele belastingadviseurs hun zaken niet op orde hebben. De beroepsorgani-

saties stellen hoge eisen aan kennis, kunde en handelen van de leden en daardoor wordt bevorderd dat de leden optreden als 'redelijk handelend en redelijk bekwaam belastingadviseur'. Veel (grotere) kantoren hanteren handboeken waarin werkinstructies, procedures en protocollen zijn opgenomen. De kans op fouten wordt zoveel mogelijk 'weggeorganiseerd'. Maar adviseurs blijven mensen, met alle menselijke eigenschappen die het risico op beroepsfouten in de hand werken, zoals zelfoverschatting of roekeloosheid. De drang om die mooie opdracht binnen te halen wint het soms van de daarvoor benodigde expertise. In de hectiek van het halen van deadlines wordt er nog wel eens iets vergeten of genegeerd. Als er één les is die uit de rechtspraak kan worden getrokken is, dan is het wel deze: het beperken van de kans op beroepsfouten begint en eindigt met communicatie met de cliënt. Die is net als de adviseur ook maar een mens. ◀

Noten:

1. Vanwege onder andere de omvang van de claim en naamsbekendheid betreft het dan meestal claims tegen grotere kantoren.
2. Het gaat om een indruk in vogelvlucht: binnen het bestek van dit artikel kan geen uitputtende behandeling van de jurisprudentie plaatsvinden.
3. <https://www.accountancyvanmorgen.nl/2018/04/25/accountants-3-in-rijtje-aangeklaagde-vrije-beroepsbeoefenaars/> Voor advocaten, notarissen en accountants ging het om respectievelijk 119, 114 en 47 claims. Hierbij moet worden aangetekend dat er in Nederland bijna 18.000 advocaten zijn, ruim 1.200 notarissen, circa 20.000 accountants en bijna 13.000 belastingadviseurs die lid zijn van een beroepsorganisatie van belastingadviseurs (ruim 5.200 NOB-leden en 7.500 RB-leden). Niet duidelijk is in hoeverre de claims tegen accountants (mede) fiscale advies betroffen.
4. 'Helpt geeft juist belastingadvies', Volkskrant 19 februari 2015. In het artikel wordt gesteld dat er in Nederland circa 26.000 adviseurs zijn met een becon-nummer, een groot deel daarvan is geen lid van een beroepsorganisatie van belastingadviseurs.
5. <https://www.ad.nl/nieuws/we-claimen-steeds-vaker-schade-zo-doe-je-dat~a2fa82d6/>
6. Het aantal ingediende tuchtklachten tegen NOB-leden en RB-leden is overigens min of meer stabiel, het gaat om enkele tientallen klachten per jaar (bron: jaarverslagen NOB en RB). Het tuchtrecht is echter niet bedoeld voor het indienen van schadeclaims.
7. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam, 20 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1856.
8. Zie bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam 19 december 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:11055