

Hoe kan de estate planner zich wapenen tegen beroepsfouten?

De wijzigingen in regelgeving op het gebied van estate planning volgen elkaar in indrukwekkend tempo op. Met als gevolg dat het steeds lastiger wordt om cliënten van duidelijk en goed advies te voorzien. Ook een doorgewinterde estate planner kan daarom fouten maken. En hoewel we hier – gelukkig – geen Amerikaanse toestanden kennen, is er ook in Nederland sprake van een toenemende claimcultuur. Maar wanneer is er eigenlijk sprake van een beroepsfout, wie kan worden aangesproken voor een beroepsfout en hoe kan de estate planner zich tegen aansprakelijkheid wapenen? Mr. Arthur Kan geeft tekst en uitleg.

MR. A.A. KAN

De verwijten die een (ontevreden) ex-cliënt zijn estate planner maakt, kunnen velerlei zijn. In juridische zin wordt meestal wanprestatie ten grondslag gelegd aan de vordering van de cliënt vanwege het (vermeend) niet nakomen van de overeenkomst van opdracht. Daarnaast kan schending van de zorgvuldigheidsplicht van de estate planner een onrechtmatige daad opleveren. De stelplicht en bewijslast dat een beroepsfout is gemaakt, rust in beginsel op de cliënt. Ook het bestaan van causaal verband tussen de fout en de geleden schade dient in beginsel door de cliënt te worden bewezen. Het feit dat sprake is van een beroepsfout, betekent op zichzelf dus niet dat de (geclaimde) aansprakelijkheid daarmee vaststaat. De vraag of schade is geleden en causaal verband staat, dient dan immers nog beantwoord te worden. Zo kan de navorderingaanslag die een cliënt moet betalen naar aanleiding van een onjuist advies om gebruik te maken van een niet van toepassing zijnde fiscale faciliteit, niet altijd als schade worden gevoerd. Belastingschulden vloeien immers rechtstreeks uit de wet voort. Anderzijds komen teveel betaalde belastingen, omdat de adviseur bijvoorbeeld ten onrechte niet op een bepaalde faciliteit heeft gewezen, wel in voorkomend geval voor schadevergoeding in aanmerking.

Beroepsfout

In de wet is er weinig terug te vinden omtrent de vraag wanneer er sprake is van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming, of populair gezegd: beroepsfout. Artikel 7:401 BW bepaalt dat de opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen. Op grond van vaste rechtspraak wordt deze norm voor juridische dienstverleners ingevuld door de vraag of de opdrachtnemer heeft gehandeld zoals ‘een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot’ zou hebben gehandeld.¹ Dit betrekkelijk vage criterium is voor de adviespraktijk nader ingevuld door de regel dat de adviseur zijn cliënt niet alleen in staat stelt goed geïnformeerd te beslissen, maar ook dient te waarschuwen voor bepaalde risico’s.² Dit zijn uiteraard veelal communicerende vaten, maar ook hier geldt: ‘the devil is in the details’.

Zo werd de adviseur die zijn cliënt niet had gewaarschuwd dat het doen van een tegenvoorstel als een verwerping van het oorspronkelijke aanbod geldt, volgens de Hoge Raad terecht aansprakelijk gehouden voor het hierdoor ontstane slechtere resultaat.³ Waarschuwen gaat derhalve



een stap verder dan informeren. Het strekt ertoe dat de cliënt niet onnodig wordt blootgesteld aan voorzienbare en vermijdbare risico's. Dit brengt tevens mede dat de adviseur zijn cliënt in voorkomend geval dient te wijzen op uiteenlopende opvattingen in rechtspraak en literatuur, hetgeen de eenvoud en overzichtelijkheid van (fiscale) adviezen veelal niet ten goede komt. De waarschuwings- c.q. zorgvuldigheidsplicht gaat echter niet zo ver dat de adviseur zijn cliënt steeds moet wijzen op (fiscale) faciliteiten die weliswaar in theorie van toepassing zouden kunnen zijn, maar waarvan redelijkerwijs valt uit te sluiten dat zij in de gegeven omstandigheden voor toepassing in aanmerking komen.⁴

Het antwoord op de vraag of en in welke mate een estate planner zijn cliënt moet informeren én waarschuwen is – kortom – niet eenduidig te beantwoorden en afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De overeenkomst van opdracht speelt hierbij een belangrijke rol. Algemeen gesteld geldt dat hoe ruimer de opdracht is geformuleerd, hoe ruimer de hiermee samenhangende zorgplicht van de adviseur is. Hiermee is het belang gegeven dat de estate planner zijn werkzaamheden duidelijk op voorhand in de overeenkomst van opdracht afbakent. In dat kader is verder van belang dat voor een adviseur die zich profileert als specialist op een bepaald terrein een strengere norm geldt dan voor een generalist.⁵ Met andere woorden: de estate planner zal bij onzorgvuldigheden eerder aansprakelijk kunnen worden gehouden dan de allround belastingadviseur onder gelijke omstandigheden. Ook

dit onderstreept het belang voor de estate planner om duidelijk vast te leggen wat wel en ook vooral wat *niet* wordt gedaan. De overeenkomst van opdracht is derhalve maatwerk.

Potentieel aansprakelijke(n)

Als vaststaat dat sprake is van een beroepsfout, rijst de vraag wie de cliënt kan aanspreken. Doorgaans zal de estate planner zijn werkzaamheden uitvoeren onder de vlag van een praktijkvennootschap/kantoor. Het kantoor geldt in dat geval als opdrachtnemer en contractspartij. Op basis hiervan werd in de praktijk ook wel aangenomen dat de betrokken estate planner in beginsel niet ook zelf mede aansprakelijk kon worden gehouden ter zake van een gemaakte beroepsfout door het kantoor. Het kantoor was immers de opdrachtnemer. Uitzondering op dit uitgangspunt vormde de situatie dat de estate planner een 'persoonlijk ernstig verwijt' kon worden gemaakt. Die verzwaarde bewijslast kennen wij ook uit de civiele bestuurdersaansprakelijkheid. Een onjuist advies of een ernstige tekortkoming in de dienstverlening door de betrokken estate planner is op zichzelf niet voldoende voor de conclusie dat die estate planner persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt, althans dat was de gedachte.

De Hoge Raad heeft echter geoordeeld dat als de cliënt de adviseur aanspreekt die de opdracht feitelijk heeft uitgevoerd, maar die niet zijn contractuele wederpartij is, ook dan de hiervoor beschreven maatstaf van een redelijk handelend vakgenoot van toepassing is.⁶ Niet vereist

is derhalve dat de estate planner persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt ter zake van zijn werkzaamheden. Een (ontevreden) ex-cliënt kan dus zowel het kantoor als de behandelde estate planner aanspreken. In die zin kan de betrokken estate planner zich ook niet verschuilen achter zijn kantoor die de overeenkomst van opdracht met de cliënt heeft gesloten. Persoonlijke aansprakelijkheid is hierdoor een reëel risico geworden.

Uitsluiten aansprakelijkheid?

Nu persoonlijke aansprakelijkheid van de estate planner een reëel risico is geworden, is het van belang om te bezien of aansprakelijkheid – al dan niet deels – op voorhand contractueel kan worden uitgesloten via een exoneratiebeding. Algemeen gesteld kan bij opzet of bewuste roekeloosheid van de adviseur een overeengekomen exoneratiebeding buiten beschouwing worden gelaten.⁷ Daarnaast kan bij natuurlijke personen een exoneratiebeding mogelijk als onredelijk bezwarend worden aangemerkt, zodat ook in zo'n geval daarop niet met succes een beroep door de adviseur kan worden gedaan.⁸ Exoneratiebedingen zijn civielrechtelijk dus zeker niet waterdicht. Bovendien verbieden de reglementen van bepaalde beroepsorganisaties (NOB, RB en KNB) dat adviseurs hun aansprakelijkheid op voorhand geheel uitsluiten of zelfs beperken tot een bepaald (minimum)bedrag.

Niettemin kan het in bepaalde gevallen zinvol zijn een exoneratiebeding overeen te komen. In dat geval doet de opdrachtnemer er goed aan in de overeenkomst van opdracht op te nemen dat ook haar werknemers zich op dat beding kunnen beroepen. Op die manier kan mogelijk ook de persoonlijke aansprakelijkheid van de behandelende estate planner worden uitgesloten c.q. worden beperkt.

Tot besluit

Het gaat het bestek van deze bijdrage te buiten om alle aspecten met betrekking tot de aansprakelijkheid van de estate planner te bespreken. Ik hoop met deze bijdrage evenwel duidelijk te hebben gemaakt dat beroepsaansprakelijkheid een onderwerp is waarmee iedere estate planner in de praktijk te maken kan krijgen. Tegen die achtergrond sluit ik af met enkele aanbevelingen:

1. De overeenkomst van opdracht is maatwerk en dient primair ter bescherming van de adviseur. Geef in die overeenkomst zo duidelijk mogelijk aan tot welke werkzaamheden de opdracht zich beperkt. Met andere woorden: geef duidelijk aan wat u wel en vooral ook wat u niet zult doen.
2. De estate planner doet er goed aan alles wat hij mondeling met zijn cliënt bespreekt en afspreekt ook schriftelijk vast te leggen, al was het maar in dossiernotities. Als er ooit een discussie met de cliënt ontstaat over hoe de estate planner zijn werk heeft gedaan, zijn schriftelijke aantekeningen niet alleen een nuttige geheugensteun over welke afspraken met de cliënt zijn gemaakt en wat met de cliënt is besproken, maar versterken deze vanzelfsprekend ook de bewijspositie van de estate planner.
3. Controleer of uw exoneratieclausule niet alleen de aansprakelijkheid van het kantoor als opdrachtnemer beperkt, maar ook die van iedere individuele adviseur en andere personen die bij de uitvoering van de opdracht zijn betrokken. Is de aansprakelijkheid in overeenstemming met (eventuele) beroepsreglementen beperkt?
4. Controleer uw verzekeringsvoorwaarden: biedt de beroepsaansprakelijkheidsverzekering alleen dekking aan het kantoor of ook aan iedere adviseur persoonlijk? Is het in- en uitlooprisico gedekt bij toetredende en vertrekkende adviseurs?
5. Controleer of uw algemene voorwaarden ook steeds op de juiste wijze van toepassing worden verklaard.

1 Vgl. inzake een estate planner Hof Den Bosch 11 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:667.

2 HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406.

3 HR 21 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:753.

4 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2624.

5 Zie bijv. Rb Rotterdam 4 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW4460.

6 HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2745.

7 HR 12 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2524.

8 Zie art. 6:233 sub a BW.



Over de auteur



Mr. A.A. Kan
Arthur Kan is fiscaal advocaat bij KanPiek Fiscale
Advocatuur te Amsterdam.