

**2008/01257**  
**Hof Amsterdam**

**Wet IB 2001 3.5 en 3.8**

**Voorziening toegestaan voor de als advocaat toegebrachte schade**

*Toelichting staatssecretaris van 8 februari 2010 nr. DGB 2010-223 n.a.v. verwijzingsuitspraak Hof Amsterdam van 24 december 2009, nrs. 2008/01257 en 2008/01258, jaren 2003 en 2004*

A is advocaat. Als zodanig is hij ondernemer voor de inkomstenbelasting. A was betrokken bij de oprichting van stichting Y, die zich ten doel stelt fondsen te werven om procedures te kunnen voeren tegen B. In zijn hoedanigheid van advocaat procedeerde A tegen B. Deze stelde A in een civiele procedure aansprakelijk voor schade, gecijferd op € 75 000 000. A heeft deze procedure verloren, zonder dat het bedrag aan schadevergoeding is vastgesteld, maar tegen het vonnis is geappelleerd. In een tuchtrechtelijke procedure is geen klachtwaardig gedrag van A vastgesteld. A wenst een voorziening te vormen voor een tiende deel van de geclaimde schadevergoeding.

*Hof Den Haag* stond de voorziening (voor € 1 000 000) toe. Die beslissing houdt in cassatie echter geen stand. Het oordeel dat de inspecteur niet aannemelijk heeft gemaakt dat A als privé-persoon schade jegens B heeft veroorzaakt, is volgens de Hoge Raad namelijk onvoldoende gemotiveerd. Dit in het licht van hetgeen de inspecteur voor het hof had aangevoerd (te weten dat A is aangesproken vanwege zijn persoonlijke betrokkenheid bij de acties jegens B en dat geen redelijk denkend ondernemer zou zijn doorgestaan met deze acties, gelet op de mogelijke schadeclaims). De zaak wordt daarom verwezen.

*Verwijzingshof*

Vast staat dat A aansprakelijk is gesteld, omdat hij jegens B onrechtmatig heeft gehandeld en daardoor schade zou hebben veroorzaakt. Volgens A is hij (mede) aansprakelijk gesteld in zijn hoedanigheid van advocaat. De inspecteur is echter van mening dat A niet als ondernemer maar als privé-persoon aansprakelijk is gesteld.

Bij de beoordeling van bedoelde hoedanigheid is van belang welke activiteiten redelijkerwijs nog kunnen worden beschouwd als activiteiten die binnen de draaicirkel van de uitoefening van het beroep van advocaat kunnen zijn verricht. In beginsel geldt hierbij dat het aan de ondernemer is om te bepalen op welke wijze en met welke middelen hij zijn bedrijfsactiviteiten uitoefent. Hier geldt de vrijheid van de ondernemer als uitgangspunt. Dit is anders indien een bepaalde activiteit (respectievelijk de desbetreffende uitgaven) is (zijn) gedaan met het oogmerk de persoonlijke belangen van de ondernemer te dienen.

Volgens het hof is A in zijn hoedanigheid van advocaat betrokken geraakt bij activiteiten die erop waren gericht om het functioneren van B aan de orde te stellen. Hij heeft daarbij niet zozeer onverantwoord gehandeld dat zijn optreden om die reden al niet in de uitoefening van zijn beroep heeft kunnen plaatsvinden. Verder staat vast dat A geen gehoor heeft gegeven aan het vonnis van de voorzieningenrechter en dat hij op grond daarvan de in dat vonnis vermelde maximale dwangsom verschuldigd is geworden. Er kan van worden uitgegaan dat het vonnis A in zijn hoedanigheid van ondernemer regardeert. De vraag rijst dan ook of de schade voortvloeiend uit het niet nakomen van het vonnis als (negatief) voordeel uit hoofde van A's onderneming moet worden beschouwd. Mede gelet op hetgeen A hierover ter zitting heeft verklaard, beantwoordt het hof die vraag bevestigend. Volgens het hof kan ter zake van de executie van de opgelegde dwangsom niet worden geconcludeerd dat het hier een last betreft die niet in het kader van A's bedrijfsuitoefening is opgekomen en dus niet ten laste van het resultaat zou mogen komen.

A heeft met toepassing van goed koopmansgebruik per 31 december 2003 een voorziening mogen treffen ter grootte van de in het vonnis van de voorzieningenrechter vermelde dwangsom van maximaal € 50 000. Voor een hogere voorziening ziet het hof geen aanleiding.

*De staatssecretaris heeft laten weten dat hij afziet van het instellen van cassatieberoep. Ter toelichting merkt hij het volgende op.*

Aan het verwijzingsarrest van 21 november 2008, nr. 43 550, BNB 2009/40\*, valt het volgende te ontleen.

-3.3. Het Hof heeft onder verwijzing naar de hiervoor in 3.1.6 vermelde uitspraak van het Hof van Discipline geoordeeld dat belanghebbende bij zijn optreden voor zichzelf, dan wel namens C, is gebleven binnen de grenzen die door zijn beroepsgenoten als aanvaardbaar worden beschouwd en mitsdien binnen de uitoefening van zijn beroep heeft gehandeld. Voor zover het middel zich tegen dit oordeel richt, kan het niet tot cassatie leiden. Het Hof heeft met dit oordeel tot uitdrukking gebracht dat belanghebbende niet zo zeer onverantwoord heeft gehandeld dat reeds om die reden zijn optreden niet in de uitoefening van zijn beroep heeft kunnen plaatsvinden, welk oordeel - aldus gelezen - niet onbegrijpelijk is of onvoldoende gemotiveerd.

-3.4. (...)

Voor zover het middel zich tegen dit oordeel richt, slaagt het. De Inspecteur heeft voor het Hof onder meer aangevoerd dat belanghebbende is aangesproken vanwege zijn persoonlijke betrokkenheid bij de acties jegens B en dat geen redelijk denkend ondernemer zou zijn doorgedaan met deze acties gelet op de mogelijke schadeclaims. In het licht van deze op zichzelf door het Hof niet verworpen stellingen is 's Hof's oordeel onvoldoende gemotiveerd.

Uit overweging 3.3 valt op te maken dat A (aanvankelijk) binnen het kader van zijn onderneming heeft gehandeld. Echter, er staat nog niet vast in hoeverre A gehandeld heeft binnen het kader van zijn onderneming. Op een bepaald moment is A onverantwoord gaan handelen. Geen redelijk denkend ondernemer zou zijn doorgedaan met de acties. Voor zover A gehandeld heeft binnen het kader van zijn onderneming mag een voorziening worden gevormd.

Het hof is van oordeel dat A een voorziening mag vormen van € 50 000.

Een voorziening van deze omvang is mogelijk indien A (in zoverre) gehandeld heeft binnen het kader van zijn onderneming. Een eventueel hogere voorziening zou verband houden met schadeclaims die het gevolg zijn van acties waarmee geen redelijk denkend ondernemer zou zijn doorgedaan. Het vormen van een hogere voorziening is niet mogelijk. Hoewel ik twijfels heb met betrekking tot de door het hof gegeven motivering, acht ik het resultaat waartoe het hof komt niet onredelijk. Ik geef er de voorkeur aan om geen (principaal) beroep in cassatie in te stellen.