

Mandatory Disclosure per 25 juni 2018 een feit: nu graag duidelijkheid!

Op 25 juni 2018 is de Mandatory Disclosure [richtlijn 2018/822](#) (hierna: MDR) in werking getreden. Daarin zijn de meest recente maatregelen in de hevige, wereldwijde strijd tegen zowel belastingontduiking als -ontwijking vervat. Op grond van de MDR moeten lidstaten een meldplicht invoeren voor tussenpersonen en hun klanten aan de belastingdienst ten aanzien van potentiële 'agressieve fiscale planningsconstructies' met een grensoverschrijdend karakter.¹ Daarnaast regelt de MDR dat de belastingdiensten van de lidstaten deze informatie automatisch met elkaar uitwisselen. Met deze maatregelen beoogt men inzicht te verkrijgen in 'agressieve tax planning' zodat daartegen kan worden opgetreden. Belangrijker is echter dat men hoopt dat openbaarmaking en uitwisseling van dergelijke tax planning een afschrikwekkend effect zal hebben. Dat men belastingontduiking wenst uit te roeien is begrijpelijk en terecht. Maar deze maatregel ziet grotendeels op het tegengaan van belastingontwijking en dat wringt. Belastingontwijking betreft het kiezen van de fiscaal meest gunstige route; een keuze die zowel door het Europese Hof van Justitie als de Hoge Raad wordt erkend en gerespecteerd.

Uiterlijk 1 januari 2020 moet de richtlijn in de nationale wetgeving van de lidstaten geïmplementeerd zijn en uiterlijk per 1 juli 2020 worden toegepast.

Er is nog geen implementatiewetgeving. Toch heeft Mandatory Disclosure nu al gevolgen voor alle meldingsplichtigen!

De MDR voorziet namelijk in een overgangsregeling waardoor in 2020 reeds bepaalde constructies uit de periode vanaf 25 juni 2018 moeten worden gemeld. Om daaraan te kunnen voldoen, moet men nu al bijhouden welke adviezen voor rapportage in aanmerking komen. Dat verhoogt de administratieve lasten reeds aanzienlijk. Terwijl de maatregel voor de praktijk nu nog vooral vragen oproept. Daar willen wij in deze Hertoghs Beschouwt aandacht voor vragen.

In de MDR zijn de termen 'agressieve fiscale planning' en 'constructies' bewust niet gedefinieerd. Men wilde een zo ruim mogelijke meldplicht creëren, waarbij bovendien rekening kan worden gehouden met toekomstige ontwikkelingen.

Om die reden is ervoor gekozen om aan de hand van bepaalde 'wezenskenmerken' te definiëren welke grensoverschrijdende constructies potentieel als agressieve taxplanning worden aangemerkt. De wezenskenmerken zijn open geformuleerd en laten daardoor veel ruimte voor interpretatie en vragen. Zullen daar bijvoorbeeld ook constructies ter voorkoming van dubbele belasting onder vallen, omdat daarmee belasting "bespaard" wordt? Zal een constructie waar een ruling voor is afgegeven toch nog onder de meldingsplicht vallen? Hoe moet worden omgegaan met interpretatieverschillen tussen meldplichtigen en de Belastingdienst? Komt er bijvoorbeeld een soort informatiebeschikkingsprocedure voor die gevallen? En hoe moet worden omgegaan met interpretatieverschillen tussen lidstaten? Want door de interpretatieruimte van de MDR zal het naar onze verwachting niet komen tot een volledig geharmoniseerde Mandatory Disclosure binnen de EU.

¹ Overigens geldt de meldplicht niet voor de btw, douanerechten en accijnzen of op wettelijk verplichte socialeverzekeringsbijdragen, maar verder voor alle belastingen die door een lidstaat worden geheven. Naast de vennootschaps- en inkomstenbelasting, vallen dus ook potentieel agressieve grensoverschrijdende constructies ten aanzien van de erf- schenk- of overdrachtsbelasting onder de meldplicht.

Ook in de definitie van het begrip tussenpersoon zien wij een bron van vragen. Meestal zal een tussenpersoon een belastingadviseur, accountant of advocaat zijn of bijvoorbeeld een trustkantoor. De definitie is echter breder. Een tussenpersoon is een ieder die een meldingsplichtige grensoverschrijdende constructie bedenkt, aanbiedt, opzet, beschikbaar maakt voor implementatie of de implementatie ervan beheert. Maar een tussenpersoon in de zin van de MDR is ook een ieder die weet of redelijkerwijs kon weten dat hij heeft toegezegd rechtstreeks of via andere personen middels hulp, bijstand of advies betrokken te zijn bij een meldingsplichtige grensoverschrijdende constructie. Tenzij kan worden aangetoond dat men niet wist en redelijkerwijs niet kon weten betrokken te zijn bij een meldingsplichtige grensoverschrijdende constructie. Wij vragen ons af hoe nauw de betrokkenheid moet zijn om tot een meldplicht te leiden. Ziet de betrokkenheid op de gehele constructie of ook op slechts een deel? Creëren vragen over een “oude” constructie eventueel betrokkenheid die na 25 juni 2018 alsnog tot meldplicht leidt? Een ander issue van de ruime definiëring van tussenpersonen is dat niet alleen daadwerkelijk opgezette/geïmplementeerde constructies moeten worden gemeld, maar ook ‘slechts’ geadviseerde constructies.

Dat gaat erg ver. Wanneer is sprake van redelijkerwijs weten of kon weten? Hoe moet dat worden aangetoond? Zullen straks ook constructies moeten worden gemeld die al via een ander uitwisselingsinstrument worden uitgewisseld, zoals via Common Reporting Standard?

Daarnaast menen wij dat in de implementatie ook bijzondere aandacht moet worden besteed aan de rechtsbescherming van belastingplichtigen. Zo wordt bijvoorbeeld het informeel verschoningsrecht, in de zin van het fair play-arrest² onder de MDR niet erkend noch (steeds) gerespecteerd. In tegenstelling tot het wettelijk verschoningsrecht. Daardoor wordt aan rechtsbescherming ingeboet. Dat vinden wij een zorgelijke en bovendien onwenselijke ontwikkeling.

Wij vragen ons af of die inperking van het informeel verschoningsrecht in het individuele geval niet disproportioneel uitpakt en zo ja, of er dan nog tegen kan worden opgekomen.

Wat ons betreft valt ook de administratieve lastenverzwaring onder de rechtsbescherming van belastingplichtigen. Enerzijds omdat wij menen dat die lasten van belastingplichtigen niet onnodig verzaamd mogen worden. Zodat bij de implementatie ook rekening gehouden moet worden met reeds geïmplementeerde transparantiemaatregelen als de uitwisseling van: gegevens op basis van de Common Reporting Standard (hierna: CRS), informatie over rulings, country-by-country-rapporten van belastingdiensten en anti-witwasinlichtingen.³ Anderzijds, omdat in de richtlijn uitdrukkelijk de mogelijkheid wordt onderkend dat niet op de melding wordt gereageerd. Volgens de richtlijn mag daar dan niet uit worden afgeleid dat de constructie daarmee is goedgekeurd.

² Hoge Raad 23 september 2005, [ECLI:NL:HR:2005:AU3140](#)

³ (CSR) Richtlijn 2014/107/EU van de Raad van 9 december 2014 tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU wat betreft verplichte automatische uitwisseling van inlichtingen op belastinggebied. (Rulings) Richtlijn (EU) 2015/2376 van de Raad van 8 december 2015 tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU wat betreft verplichte automatische uitwisseling van inlichtingen op belastinggebied (Country-by-country reporting) Richtlijn (EU) 2016/881 van de Raad van 25 mei 2016 tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU wat betreft verplichte automatische uitwisseling van inlichtingen op belastinggebied. (Antiwitwasinlichtingen) Richtlijn (EU) 2016/2258 van de Raad van 6 december 2016 tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU wat betreft toegang tot antiwitwasinlichtingen door belastingautoriteiten.

Desalniettemin menen wij dat betoogd zou kunnen worden dat die transparantie voor de Belastingdienst de verantwoordelijkheid met zich meebrengt dat de informatie wordt beoordeeld en in het dossier van de belastingplichtige moet worden opgenomen. Daardoor zou in gevallen van de meldplicht de melding in de weg kunnen staan aan een beroep op een nieuw feit en dus de bevoegdheid tot navorderen.

Wanneer hadden geweest is, is hebben te laat. Aan de MDR is (voorlopig) niets meer te doen. De Nederlandse wetgever kan in de implementatie wel nog verschil maken voor de uitvoerbaarheid, de beperking van de administratieve lasten en de verdere rechtsbescherming!