

'No beef'

Soms levert een fiscaal advies niet de gewenste besparing op die aan de cliënt in het vooruitzicht was gesteld. Dat kan meerdere oorzaken hebben. Het advies kan ondeugdelijk zijn, of er gaan zaken mis in de uitvoering van het advies, waarbij de adviseur niet altijd zelf is betrokken. Het kan natuurlijk ook zijn dat de Belastingdienst het niet eens is met de voorgestane gevolgen voor de belastingheffing, terwijl op de kwaliteit van een fiscaal advies niets valt aan te merken, en ook de uitvoering daarvan niets te wensen overlaat. Fikse navorderingen, al dan niet met boete, kunnen dan het gevolg zijn. De cliënt, aan wie de aanslagen worden opgelegd, heeft dan al snel de neiging naar zijn adviseur te wijzen, die op zijn beurt zal stellen dat er niets mis is met het advies, en dat het nu eenmaal kan gebeuren dat de inspecteur er anders over denkt.

Als gevolg van dit soort constellaties kan de relatie tussen de adviseur en diens cliënt onder druk komen te staan. Een juridisch conflict ligt dan al snel op de loer.

Het gevolg is soms een civiele procedure waarin de cliënt de (voormalig) adviseur aansprakelijk stelt voor geleden schade. Getoetst wordt of de adviseur heeft gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. De uitkomsten van die procedures zijn sterk afhankelijk van de over en weer door de partijen gestelde feiten en omstandigheden, en het bewijs daarvan. Een greep uit recente (lagere) rechtspraak, levert een wisselend beeld op.

Zo oordeelde de Rechtbank Rotterdam ([ECLI:NL:RBROT:2017:9390](#)) ongemeen hard over het opzetten van een truststructuur, die in de ogen van de rechtbank niet was ingericht op het vermijden van belasting, maar op het ontduiken daarvan. De rechtbank acht het zelfs evident dat de structuur in kwestie niet geadviseerd had mogen worden. Een dergelijk vergaand oordeel zou gebaseerd moeten zijn op een deugdelijke motivering. Daaraan schort het evenwel. Ook de (eisende) cliënt kwam overigens niet ongeschonden uit de strijd. De rechtbank oordeelde dat de cliënt had doen voorkomen alsof deze slechts in goed vertrouwen was meegegaan in het advies om een Cypriotische truststructuur op te zetten, maar dat viel in de optiek van de rechtbank niet te rijmen met de feiten. Daarom werd de schadevergoedingsplicht van het advieskantoor verminderd met 50% wegens eigen schuld van de cliënt.

In een ander geval, ook beslist door de Rechtbank Rotterdam ([ECLI:NL:RBROT:2018:1967](#)), is geoordeeld (bij tussenvonnis) dat een advieskantoor bij het adviseren van een internationale structuur, met een SPF, de jurisprudentie van de Hoge Raad (over feitelijke beschikkingsmacht) uit het oog had verloren en de Belastingdienst zich als gevolg daarvan terecht op het standpunt had gesteld dat de betrokkenen in kwestie nog de beschikkingsmacht over het vermogen hadden, met als gevolg een zeer substantiële navordering van inkomstenbelasting. De zaak is nog niet uitgeprocedeerd, maar de piketpalen zijn geslagen. Het advieskantoor is naar het oordeel van de rechtbank tekortgeschoten.

Dat het ook anders kan uitpakken, blijkt uit een recent vonnis van de Rechtbank Amsterdam ([ECLI:NL:RBAMS:2018:5744](#)). Een adviseur had zijn cliënt – een bekende dj – voorgehouden dat de revenuen van diens activiteiten in een internationale structuur zouden kunnen worden ondergebracht, en dat de haalbaarheid van die fiscale structuur sterk afhankelijk was van de fiscale woonplaats van de dj in een ander land dan Nederland. In het advies (voor zover kenbaar uit het vonnis) was op basis van de beschreven feiten en omstandigheden geconcludeerd dat de dj “op zijn minst een pleitbaar standpunt heeft dat zijn fiscale woonplaats niet in Nederland is gelegen.” De dj verweet zijn (voormalige) fiscalist later hem onjuist te hebben geadviseerd door een Cypriotische structuur op te richten, en deze niet goed te implementeren. De rechtbank oordeelt evenwel dat de adviseur heeft gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mocht worden verwacht. De verwijten van de dj worden – veelal vanwege een onvoldoende onderbouwing – verworpen. Dat geldt onder meer voor het standpunt dat de hele constructie met de Cypriotische vennootschap verboden zou zijn. Ook de (blote) stelling dat de fiscalist onderwerp van onderzoek is van de FIOD, kan de dj niet baten. Diens vorderingen worden afgewezen. Zo op het eerste gezicht – en afgaande op de feiten die de rechtbank heeft vastgesteld – geen onbegrijpelijke beslissing.

Zoals (ook) uit de media bekend is geworden, wordt deze fiscalist, en mogelijk ook een of meer van de door hem geadviseerde ‘sterren’, door de FIOD onderzocht. Er loopt een strafrechtelijk onderzoek. Of het vonnis van de Rechtbank Amsterdam enig gevolg heeft voor het strafrechtelijk onderzoek, valt moeilijk in te schatten. Vermoedelijk is dat niet het geval.

Sterker, de procespartijen (dj en fiscalist) dienen er eerder rekening mee te houden dat hun processtukken nauwgezet zullen worden bestudeerd door de opsporingsambtenaren van de FIOD en waar mogelijk als bewijs van een vermeende fraude tegen (een van) hen zal worden gebruikt.

Dan zal ook rekening moeten worden gehouden met het juridisch toetsingskader dat door de Hoge Raad is ontwikkeld over het (eventuele) opzet van een adviseur, en de vraag in hoeverre ook aan de cliënt opzet kan worden verweten. Opzet van de adviseur kan niet worden toegerekend aan de cliënt ([ECLI:NL:HR:2006:AU7741](#)). Dat neemt echter niet weg dat het opzet van de adviseur niet kan samengaan met het opzet van de cliënt. Dan is volgens de Hoge Raad van belang of de cliënt (de belastingplichtige) de zorg heeft betracht die redelijkerwijs van hem kan worden gevergd bij de keuze van zijn adviseur en de samenwerking met die adviseur. Met andere woorden: als de cliënt zijn adviseur met zorg heeft uitgekozen en ook zorgvuldig met hem heeft samengewerkt (vooral waar het betreft de aanlevering van de relevante feiten) dan heeft hij – in zoverre – niet zo veel te vrezen.

Daarbij is ook van belang dat de Hoge Raad als uitgangspunt hanteert dat een belastingplichtige die zich laat adviseren door een deskundig te achten adviseur, zich niet zelf hoeft te verdiepen in de belastingwetgeving. Het is aan de inspecteur, of in voorkomende gevallen het Openbaar Ministerie, feiten en omstandigheden te bewijzen, die – in afwijking van genoemd uitgangspunt – dienen te leiden tot een verwijt van opzet aan het adres van de belastingplichtige (zie o.m. [ECLI:NL:HR:2009:BH2586](#)).

Civiele procedures, zoals in de beschouwing besproken, zijn openbaar. De advieskantoren worden (voor zover de praktijk in vennootschappen wordt uitgeoefend) met naam, en toenaam (“fiscalist van de sterren”) genoemd.

Dat kan ernstige reputatieschade opleveren voor de betrokken kantoren, terwijl ook de cliënten er bekaaid af kunnen komen.

Een neveneffect van deze openbaarheid kan ook zijn dat de fiscus c.q. FIOD met interesse kennis zullen nemen van de over en weer gestelde feiten. Dan kan het worden: “twee honden vechten om een been, en een derde gaat er mee heen.” Laat dat de les zijn van deze Hertoghs Beschouwt.