

## **Civiele aansprakelijkheid vanwege agressief fiscaal advies**

Hoewel wij ons in fiscale (fraude) zaken met name bezighouden met het vermijden dan wel beperken van fiscale en strafrechtelijke gevolgen[1], staan wij in deze laatste Hertoghs Beschouwt van 2017 stil bij een civiel vonnis van rechtbank Rotterdam[2]. Ook het civiele recht is namelijk in fiscaal gerelateerde (fraude) zaken een belangrijk aspect om rekening mee te houden. In een dergelijke situatie gaan de belangen van een adviseur en zijn cliënt namelijk vaak uiteenlopen. Dat geldt al helemaal wanneer ook wordt bedreigd met naheffingen/navorderingen of sancties. In dat geval zal een cliënt zich bijvoorbeeld willen verschuilen achter zijn adviseur om zo de verantwoordelijkheid voor de ontstane situatie af te kunnen schuiven. De adviseur daarentegen zal zich juist zoveel mogelijk van de beboetbare praktijken willen distantieren. In het vonnis van rechtbank Rotterdam speelt zo'n situatie waarin adviseur en cliënt tegenover elkaar zijn komen te staan.

### **Casus**

Recent heeft rechtbank Rotterdam een accountants- en belastingadvieskantoor (hierna: het kantoor) civielrechtelijk veroordeeld tot het vergoeden van de schade die een cliënt claimt te hebben geleden wegens (te) agressieve advisering door het kantoor. Het kantoor had een bedrijf en zijn aandeelhouders (hierna: cliënten) geadviseerd omtrent het opzetten van een royaltystructuur via een trust in Cyprus, met de bedoeling om belasting te besparen op de belastbare winst in Nederland, te weten: vennootschapsbelasting, dividendbelasting en inkomstenbelasting wegens box 2 ab-vermogen. De structuur is onder de aandacht gekomen van de Belastingdienst en onderzocht door de coördinatiegroep constructiebestrijding. Uit het vonnis blijkt kort dat de Belastingdienst van mening is dat de Cypriotische vennootschap die de royalty's uit Nederland ontving slechts een juridische huls is, waarvan het formele bestuur in feite niet meer is dan een zogenoemd marionet- of harlekijnbestuur dat uitsluitend uitvoerende werkzaamheden verrichtte op aanwijzing van cliënten dan wel het kantoor. Bovendien meende de Belastingdienst dat de Cypriotische trust fiscaal transparant is. Op grond van die bevindingen heeft de Belastingdienst (navorderings)aanlagen vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting opgelegd. Daarnaast is een strafrechtelijk onderzoek ingesteld naar enkele betrokkenen.

Naar aanleiding van deze ontwikkelingen zijn cliënten de onderhavige schadeclaimprocedure gestart. Cliënten vorderen schade wegens wanprestatie en/of onrechtmatige daad van het kantoor. Naast een schadevergoeding vorderen cliënten ook het verstrekken van diverse (interne) memo's en rapporten van het kantoor met daarin risico analyses van de geadviseerde structuur.

### **Wanprestatie/onrechtmatig handelen bij fiscale advisering**

De overeenkomst tot het verlenen van advies kwalificeert als een overeenkomst van opdracht conform artikel 7:400 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). Ex artikel 7:401 BW is - in dit geval -de adviseur verplicht om bij zijn werkzaamheden de zorg van goed opdrachtnemer in acht te nemen. Wordt niet als "redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot" [3] gehandeld, dan is sprake van schadeplicht wegens wanprestatie en/of onrechtmatig handelen in de zin van artikel 6:74 jo. 6:162 BW. Volgens de Hoge Raad dient bovendien te worden beoordeeld of de opdrachtgever (i.c. de cliënten) voldoende zijn geïnformeerd omtrent de risico's (aard, ernst, omvang, de mate van waarschijnlijkheid dat dit zich zal realiseren en de mate waarin de cliënt ervan heeft blijk gegeven zich reeds van dat risico bewust te zijn).[4]

### **Rechtbank legt niet de juiste toets aan**

Het valt op dat de rechtbank bij de beoordeling van het redelijk bekwaam en redelijk handelen zich met name richt op de feiten en omstandigheden van de casus en de vraag of in die situatie had mogen worden geadviseerd zoals het kantoor heeft gedaan. De rechtbank concludeert dat sprake is van belastingontduiking en dat een dergelijke structuur nooit had mogen worden geadviseerd. Voor de argumenten van het kantoor dat sprake is van belastingontwijking in plaats van -ontduiking lijkt weinig aandacht.

## **Heeft de civiele rechter op dit moment over belastingontduiking vs. belastingontwijking kunnen oordelen?**

Er lopen nog strafrechtelijk onderzoeken naar de toelaatbaarheid van de structuur.[5] Wij verwachten dat er daarnaast fiscale procedures worden gevoerd over de juistheid van de (navorderings)aanslagen inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting. De vraag is dan ook of de civiele rechter op dit moment omtrent belastingontduiking vs. belastingontwijking heeft kunnen oordelen. Onzes inziens hangt dat oordeel juist ook af van de uitkomst in de (fiscale en) strafrechtelijke procedure. De volgorde van de procedures vinden wij dan ook opmerkelijk. Daarnaast heeft de rechtbank bij de beoordeling of sprake is van wanprestatie/onrechtmatige daad nauwelijks acht geslagen op de informatieplicht van de adviseurs en de mate waarin zij daaraan hebben voldaan, terwijl dat volgens de Hoge Raad wel degelijk getoetst moet worden.

## **Juist de maatschappelijke opvattingen spelen mee bij beantwoording van de vraag of een redelijk bekwame of redelijk handelend adviseur op zelfde wijze zou hebben gehandeld**

De maatschappij, politiek Den Haag inclusief, scheert de begrippen belastingontwijking en -ontduiking rustig over één kam. De huidige teneur is dat het allebei ontoelaatbaar is en dat er hard tegen moet worden opgetreden. Het advies van het kantoor stamt echter uit 2006. Dat was nog ruim voor de regelgeving in 2010 omtrent het 'Afgezonderd particulier Vermogen' waarmee werd voorkomen dat 'zwevende' vermogens onbelast bleven en lang voordat Panama papers e.d. in de media de heersende fiscale moraal gingen beïnvloeden. Aan die omstandigheden wordt door de rechtbank echter geen aandacht besteed. Wat ons betreft ten onrechte. Juist de maatschappelijke opvattingen kunnen meespelen bij beantwoording van de vraag of een redelijk bekwame of redelijk handelend vakgenoot destijds op zelfde wijze zou hebben gehandeld. Dat is wat ons betreft bovendien veel relevanter dan de uiteindelijke kwalificatie van ontduiking of ontwijking.

Desalniettemin veroordeelt de rechtbank het kantoor tot vergoeding van de schade, waaronder een terugbetaling van een deel van de fees en een voorschot van de nader te betalen schade. Voor de hoogte van de schadevergoeding wordt overigens wel acht geslagen op de informatieplicht van de adviseurs en de mate waarin zij daaraan hebben

voldaan. Wegens 'eigen schuld' in de zin van artikel 6:101 lid 1 BW, wordt de schadevergoeding namelijk met de helft verminderd. Onze verwachting is dat dit nog wel een staartje krijgt.

Voor nu besluiten wij echter met u het beste te wensen voor 2018 en de aankomende feestdagen!

[1] En soms ook tuchtrechtelijke gevolgen

[2] Rechtbank Rotterdam 29 november 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:9390

[3] Hoge raad 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406 en 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2745

[4] Ibidem

[5] Niet duidelijk is of er ook nog fiscale procedures worden gevoerd tegen de (navorderingsaanslagen), maar dat lijkt ons wel waarschijnlijk.