

# Het gevecht om verschoningsrecht

**In januari kondigde staatssecretaris van Financiën Eric Wiebes aan het 'fiscale verschoningsrecht' te willen aanpassen.**

**De NOvA reageerde fel: iedereen moet in alle vrijheid met een advocaat over zijn rechtspositie kunnen spreken. Aan dat rechtsstatelijke principe mag niet worden getornd. Of toch wel?**

DOOR / TATIANA SCHELTEMA  
ILLUSTRATIE / NANCY VAN DAM

**O**p 17 januari stuurde staatssecretaris Wiebes van Financiën een brief aan de Kamer over de aanpak van internationale belastingontduiking: een heet hangijzer sinds de publicatie van de Panama Papers, precies een jaar geleden. Eén van de maatregelen die Wiebes voorstelt, is aanpassing van het 'fiscaal verschoningsrecht' van advocaten en notarissen. Dat verschoningsrecht is nu 'te ongericht', vindt Wiebes: het is onduidelijk welke informatie advocaten en notarissen over cliënten met de fiscus moeten delen, en dat is een probleem. 'Indien de Belastingdienst deze gegevens en inlichtingen over derden niet ontvangt van de nota-

ris of advocaat wordt in bepaalde gevallen niet toegekomen aan een juiste en volledige belastingheffing, wanneer deze inlichtingen niet van de belastingplichtige verkregen worden.'

Advocaten klommen onmiddellijk in de pen. 'De verkiezingen komen eraan en de regering roept dat zij belastingontduiking gaat aanpakken,' schamperden Camilo Schutte en Gerrit-Jan Zwenne, respectievelijk voorzitter en lid van de adviescommissie Rechtsstatelijkheid van de NOvA in dagblad *Trouw*. '[...] Een sterk staaltje van eigen straatje schoonvegen gecombineerd met slecht verholde minachting voor de rechtsstaat.'

Met dat eerste hebben ze een punt:

Nederland trakteert multinationals al jaren op riante *tax rulings* waardoor ze elders nauwelijks belasting hoeven te betalen. De meest gangbare belastingontwijkingsconstructies zijn al jaren bij de top van het ministerie bekend, bleek vorige maand uit een reeks vertrouwelijke memo's over de afspraken die de Belastingdienst met bedrijven maakt, en die de Leidse hoofddocent Belastingrecht Jan Vleggeert via een beroep op de Wet openbaarheid van bestuur boven tafel had gekregen.

## FEL

Ook de orde reageerde fel en schreef op 13 februari een brandbrief aan de commissie Financiën van de ►

Kamer. Hoezo zou de Belastingdienst informatie die ze zelf kennelijk niet via de reguliere weg te pakken krijgt, 'via de achterdeur' bij de advocaat mogen ophalen? Wat bedoelde de staatssecretaris eigenlijk met 'fiscaal verschoningsrecht'? Dat bestaat helemaal niet: iedere advocaat kan zich verschonen, of hij nou civielrechtelijke, straf- of belastingzaken doet, en dat verschoningsrecht dient niet de advocaat, maar de rechtspositie van de cliënt: die moet zich zonder vrees voor openbaarmaking tot een advocaat kunnen wenden. Trouwens, waar bemoeide Wiebes zich eigenlijk mee? Een beleidsvoornemen dat een wezenlijk onderdeel van de praktijkuitoefening van advocaten raakt, hoort helemaal niet thuis bij Financiën, maar bij Justitie. De brief van de

NOvA (en een soortgelijke, iets milder gestelde brief van de KNB) sorteerde

effect: in de tientallen aanvullende vragen die Kamerleden van VVD, SP en D66 een week later naar Wiebes stuurden, klonken de grieven van de orde letterlijk door.

'De hoofdregel is: geheim is geheim. Dat is ook de lijn van de Hoge Raad, die de uitzonderingen daarop zeer zorgvuldig bewaakt,' zegt Bert Fibbe, strafrechtadvocaat bij NautaDutilh, gespecialiseerd in belastingprocesvoering en portefeuillehouder strafrecht in de algemene raad van de NOvA. Fibbe noemt de brief van Wiebes 'vaag'. 'Voor zover ik het begrijp, zegt hij niet dat er in fiscale zaken geen verschoningsrecht zou zijn, alleen niet tegenover de Belastingdienst. Dan heb je de vraag: wat is een fiscale zaak? Er zijn in Nederland heel weinig aangelegenheden die niet ook een fiscaal aspect hebben. Alimentatie bij echtscheiding, erfenissen, een huis kopen: alles heeft

een fiscaal aspect. Ik lees ook dat de fiscus zegt dat "financiële transacties van advocaten" niet thuishoren onder het verschoningsrecht. Maar als een advocaat iets doet wat niet advocatuurlijk is, is het verschoningsrecht helemaal niet aan de orde! En daar hebben ze [bij Financiën, *red.*] onvoldoende naar gekeken. Het is niet hun domein en ze moeten niet kijken naar het verschoningsrecht, maar naar waar hun bevoegdheden beginnen en eindigen. Dat hebben ze niet goed gedaan.'

### IRT-AFFAIRE

De discussie over het verschoningsrecht begon eind jaren negentig in de nasleep van de IRT-affaire, toen de parlementaire enquêtecommissie-Van Traa in haar onderzoek naar buitengerechtelijke opsporingsmethoden (1996) concludeerde dat onder- en bovenwereld banden onderhielden. Van

Traa zag destijds geen reden om het verschoningsrecht en de geheimhoudingsplicht van advocaten en notarissen te doorbreken. Wel werd in 2004 wetgeving ingevoerd die geheimhouders verplichtte om hun cliënt te identificeren en ongebruikelijke financiële transacties te melden bij het Bureau Financieel Toezicht (wetten WID/MOT, de voorlopers van de Wwft). Alleen als de advisering gericht is op bijstand aan de cliënt in rechte of op 'het bepalen van de rechtspositie van de cliënt' heeft een advocaat geen meldingsplicht. Maar of dat zo is, bepaalt de advocaat zélf. Dat leidde een jaar later al tot problemen toen toezichthouder BFT inzage eiste in de dossiers van de Bredase belastingadvocaat Hans Hertoghs, die veel zwartsparenders bijstond. Hertoghs weigerde en beriep zich op zijn verschoningsrecht, waarop het BFT hem voor de tuchtrechter

sleepte. Die stelde Hertoghs tot twee keer toe in het gelijk. Nadien gold het BFT-toezicht op advocaten als 'tandeloos'; en vanaf 2014 wordt toezicht op de naleving van de Wwft uitgeoefend door de plaatselijke deken.

Daar was niet iedereen blij mee. In 2014 zwengelde Vincent Leenders, destijds landelijk coördinerend fraudeofficier bij het Functioneel Parket en tegenwoordig plaatsvervangend hoofdofficier, de discussie weer aan met een opiniestuk in *NRC Handelsblad* getiteld 'Beperk voor advocaten het verschoningsrecht'. Het verschoningsrecht is een groot goed, stelde de officier, maar zo langzamerhand brachten advocaten alles onder het verschoningsrecht, en daardoor bleef veel fraude onbestraft. Niet elke dienst van een geheimhouder zou onder het verschoningsrecht moeten vallen, en al zeker niet in situaties waarin de advocaat op grond van de Wwft ook al een melding zou moeten doen – wat overigens vrijwel nooit gebeurt. In die gevallen zou het verschoningsrecht moeten worden doorbroken, vond Leenders. Een jaar later gooide hij nog wat olie op het vuur: in een interview met het *FD* zei hij dat advocaten hun beroepsgeheim misbruikten door stelselmatig stagiaires naar besprekingen tussen cliënten en derden te sturen of zich te laten cc'en in alle zakelijke correspondentie van de cliënt waardoor alles geheim werd. 'In Nederland kan iemand de boekhouding van een bedrijf op een kruiwagentje naar een advocaat rijden. Wij moeten dan jaren procederen om dat te mogen bekijken.'

### GEDACHTEKRONKEL

Onzin, volgens de Amsterdamse deken Pieter van Regteren Altena, sinds 1 april voorzitter van het Landelijk Dekenberaad. 'Het idee dat alles wat je aan een advocaat geeft automatisch onder het verschonings-

recht valt, is een gedachtecronkel. Waarom zou een administratie – die al bij de accountant ligt – als die bij een advocaat ligt ineens wél onder het verschoningsrecht vallen? Ook de aantijging van Leenders dat als je een advocaat in de cc zet, alle rechtstreekse correspondentie tussen partijen automatisch onder het verschoningsrecht valt, klopt niet. ‘Dan heb je die informatie niet aan de advocaat toevertrouwd. De advocaat zal als hij erover ondervraagd wordt naar de partijen zelf verwijzen.’ Het ‘jarenlange procederen’ valt reuze mee. Sinds 1 maart 2015 moet de rechtbank binnen dertig, en de Hoge Raad binnen negentig dagen in dit soort zaken beslissen.

In de *Handleiding voor advocaten en deken ter waarborging van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht bij extern onderzoek* (2013) staat dat een advocaat zich bij een doorzoeking op zijn beroepsgeheim móét beroepen, vertelt Bas Martens, oud-deken van Den Haag en in 2013 nauw betrokken bij de oprichting van het Kenniscentrum Wwft. ‘Zekerheidshalve. Want de advocaat die zijn beroepsgeheim ten onrechte doorbreekt, pleegt een misdrijf. Je bewaart immers iemand anders zijn geheim.’

Als deken zat Martens bij een aantal doorzoekingen. Soms gaat het om hele kelderboxen materiaal, dan zit je dagenlang bij de rechter-commissaris. ‘Er ligt ook weleens een tijdschrift uit de wachtkamer op de stapel. De advocaat moet ten aanzien van elk stuk zeggen of hij zich op zijn verschoningsrecht beroept. De deken controleert of dat terecht is. De rechter-commissaris beslist. Misbruik van het verschoningsrecht is echt een doodzonde. De advocaat kan dan op een dekenklacht rekenen.’

Volgens de deken werken de huidige procedures juist heel goed. ‘Wetgeving voor een probleem dat er niet

is, kan beter achterwege blijven,’ schreef Van Regteren Altena in zijn maartse column in het *Amsterdams Balie Bulletin*.

Maar de zaken en situaties waar de afgelopen jaren over werd gesteggeld, spelen zich allemaal af in het civiele of strafrecht. ‘In belastingzaken heb je die verfijning niet,’ zegt Roel Kerckhoffs, belastingadvocaat bij Hertoghs advocaten in Breda. ‘Althans, niet in de tekst van de

Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR). De bepaling [art. 53a AWR, *red.*] over verschoningsrecht is vrij vaag, eigenlijk staat er niet meer dan dat een

advocaat mag weigeren om inlichtingen te geven die van belang zijn voor de belastingheffing bij derden. En die bepaling is in het verleden nog nooit echt getest. Dus ik begrijp wel dat Wiebes daar iets aan wil doen.’ Die vaagheid wordt in het buitenland ook slecht begrepen: peer review-onderzoekers van de OESO vonden in 2011 al dat Nederland niet aan de internationale standaard voldeed. Wiebes verwijst er ook naar in zijn brief. ‘Daar zeggen ze: tjonge jonge, het is wel erg weinig.’

## FACTUREN

In de praktijk kan die onduidelijkheid er ook toe leiden dat eerder naar het strafrecht wordt gegrepen, zegt Kerckhoffs. ‘Neem de ondernemer met zijn valse administratie die zegt: “Meneer Kerckhoffs, ik kom bij u langs, er zitten wat valse facturen tussen en ik laat alles bij u achter.” Of: “Check even óf er iets tussenzit dat niet kan.” Dan is het inderdaad nog maar de vraag of de Belastingdienst die administratie onder mij vandaan kan krijgen. Maar als een dag later de FIOD langskomt omdat ze er een strafzaak van gemaakt hebben en mij om uitlevering van die

documenten vraagt, maak ik weinig kans om ze onder mijn verschoningsrecht te houden omdat het een *corpus delicti* is.’

Andersom geldt dat informatie die bij advocaten onder de geheimhouding valt, door ‘gewone’ belastingadviseurs moet worden vrijgegeven. ‘Dat ziet de Belastingdienst in onderzoeken naar belastingontwijking – bij trusts, particuliere fondsen, dat soort entiteiten – natuurlijk óók en ik

## ‘Ik zie geen argument waarom je geheimzinnig moet doen’

kan me voorstellen dat ze zich afvragen: wat is nou het verschil?’

Dat verschil tussen de beroepsgroepen is in elk geval zichtbaar in het aantal meldingen van ongebruikelijke transacties bij de Financial Intelligence Unit (FIU). In de jaren 2013-2015 (latere cijfers zijn niet beschikbaar) meldden zestien advocaten in totaal 34 ongebruikelijke transacties, negen daarvan kregen het stempel ‘verdacht’. Ter vergelijking: in diezelfde periode deden 126 belastingadviseurs 452 meldingen, waarvan een vijfde verdacht bleek te zijn.

Natuurlijk vindt ook Kerckhoffs dat de advisering aan de cliënt volstrekt betrouwbaar moet blijven. ‘Maar ik kan me wel voorstellen dat als het advies eenmaal klaar is en de belastingstructuur die je hebt bedacht wordt geïmplementeerd, de belastinginspecteur langskomt om te vragen naar stukken die zien op die uiteindelijk opgezette structuur. Zoals statuten, bankgegevens en dergelijke – die liggen soms in een andere jurisdictie en zijn voor de fiscus lastig te achterhalen. Wat is er dan op tegen dat je zegt: hier heb je de stukken? ▶

Ik zie geen argument waarom je daar geheimzinnig over zou moeten doen. Want als het goed is, is die structuur ook prima te verdedigen.'

### ONVERMIJDELIJK

De Amsterdamse belastingadvocaat Ludwijn Jaeger is het in grote lijnen eens met Kerckhoffs. De discussie over wat nou precies 'het bepalen van de rechtspositie' van de cliënt inhoudt komt weliswaar steeds terug, maar is, óók destijds bij de invoering van de WID/MOT, nooit behoorlijk gevoerd. 'Die moet nu echt worden uitgekristalliseerd. Zo niet, dan blijft het vaag.'

In zijn blog 'Belastingfraude rechtvaardigt inperking van het verschoningsrecht van advocaten' van 26 januari schreef hij dat de door Wiebes beoogde aanpassing van het verschoningsrecht, gezien de ophef rond belastingontwijking en -ontduiking, waarschijnlijk onvermijdelijk is. Maar Jaeger vindt dat zo gek nog niet, 'mits advisering (tegelijkertijd) de bescherming krijgt die het verdient en de geheimhouding ook wordt uitgebreid tot andere beroepsbeoefenaars', zoals belastingadviseurs, die ook wel eens optreden in rechte. 'De benadering "als je advocaat bent valt altijd alles wat je doet onder verschoning" en als je dus geen advocaat bent, in principe niets, is eigenaardig,' zegt Jaeger. 'Ik zou zeggen: het hangt af van wat je doet of je eronder valt. Dan maakt het dus niet uit of je advocaat bent of een andere dienstverlener. Je moet kijken welke diensten, welke taken of advisering verdienen nou een verschoningsrecht? En op het moment dat je toch die gewenste belastingstructuur, die misschien te scherp is, gaat implementeren, dan overschrijd je de grens. Dat is ook de benadering van de Wwft-meldingsplicht die Wiebes voorstaat: het doet er niet toe wie je bent, het gaat erom wat je doet.'

Aanpassing van het verschoningsrecht zal Jaegers praktijk niet raken. Wie het wél zal treffen: fiscalisten, al dan niet met advocatuurlijke pet, die nu ook al onder de Wwft vallen. 'Het probleem zit, zeker bij belastingontduiking, natuurlijk internationaal. Dat zijn de transactie-advocaten die op bedrijfsstructureringszittingen zitten: een groot gedeelte van de Zuidas. Maar ik heb uit die hoek nog nooit een reactie gehoord! Er zijn heel veel advocaten, ook fiscaal advocaten, die vergelijkbare werkzaamheden doen met belastingadviseurs. Daar ontstaan de problemen. Dus ik vind dat zij een keer met een goeie uitleg moeten komen waarom het verschoningsrecht voor hén cruciaal is, dan wel: in welke gevallen dat echt noodzakelijk is.'

### KLEERSCHEUREN

'Wij houden ons zo ver mogelijk van ongewenste belastingstructuren,' zegt Godfried Kinnegim, hoofd van de praktijkgroep belastingrecht bij Allen & Overy in Amsterdam. Kinnegim begeleidt cliënten over fiscale aspecten bij onder meer vastgoedtransacties, fusies en overnames zodat het 'zonder kleerscheuren gebeurt': precies dié bezigheden waar de Belastingdienst meer over zou willen weten. 'In de praktijk is de grens tussen adviseren en implementeren heel lastig te trekken. Want al implementerend adviseer je. *In the end* heb je een stappenplan klaar, en hoe het uitpakt vind je later terug in het Handelsregister. Maar ik vind het een beetje flauw om te zeggen: dat laatste stukje moet niet onder het verschoningsrecht vallen. Dat worden heel ingewikkelde discussies.' Volgens Kinnegim schiet Wiebes

'met een kanon op een mug'.

'De goeden moeten lijden onder de kwaden. Er is een tendens waarbij de bescherming van de cliënt en de positie van de adviseur – zoals de

advocaat – meer op gespannen voet staan dan vroeger. Waarbij de advocaat eerder aansprakelijk gesteld kan

worden, zelfs strafrechtelijk vervolgd, voor onjuiste fiscale advisering. Dat beïnvloedt dus ook de vertrouwensrelatie tussen advocaat en cliënt. Het wordt heel lastig om te bepalen of de informatie die bij de advocaat of notaris ligt, nog veilig is. Dit wordt te meer relevant als de Belastingdienst ook informatie ten behoeve van de belastingheffing van derden – en dus niet de cliënt! – bij de advocaat zou kunnen krijgen.' Of, en in welke vorm Wiebes' plan uit de kabinetsformatie rolt, is de vraag. Maar de overige maatregelen uit Wiebes' brief – zoals de Mandatory Disclosures, waarbij (financieel) adviseurs verplicht worden om agressieve belastingstructuren zélf te melden, en het UBO-register – zijn waarschijnlijk veel effectiever bij de strijd tegen belastingontduiking, zegt Arnaud Booi, universitair docent belastingrecht in Leiden en advocaat bij Booi Bikkers Advocaten. 'Inperking van het verschoningsrecht is zeer ingrijpend en waarschijnlijk niet echt noodzakelijk. Maar als je iets zou willen aanpassen zou artikel 53a eigenlijk maar één extra zinnetje behoeven, iets als "tenzij vermoed wordt dat gegevens ten behoeve van derden worden gehouden in verband met een strafbaar feit". En als je een link wil leggen met de Wwft, kun je opnemen dat het verschoningsrecht niet geldt als de Wwft van toepassing is. Maar wie gaat dat controleren? Toch die deken, denk ik.' ■

## 'De goeden moeten lijden onder de kwaden'