

## Belastingbrief

## De belastingadviseur vogelvrij?!

## Belastingbrief 2007/04

Belastingjaar/tijdvak	
Trefwoorden	strafrechtelijke, aansprakelijkheid, adviseur
Wetsartikelen	AWR-art. 69
Auteur	Mr.dr. G.J.M.E. de Bont

De Hoge Raad heeft op 1 december 2006 (nr. 40.369, *NFR* 2006/1710) beslist dat opzet van de belastingadviseur niet aan zijn cliënt kan worden toegerekend. Daarmee werd teruggekomen op een eerder arrest uit 1988. Eigenlijk heeft de Hoge Raad in dit arrest slechts de bewijslast herijkt voor de situatie dat de inspecteur meent dat een belastingplichtige die wordt bijgestaan door een adviseur, opzettelijk onjuist heeft gehandeld. In tegenstelling tot wat wel wordt gedacht, is daarmee de positie van de belastingadviseur niet verslechterd.

Ofschoon de positie niet is verslechterd, dient desalniettemin te worden vastgesteld dat het beroep van belastingadviseur een gevaarlijk metier was. Dat blijkt allereerst uit de Aanmeldings-, transactie- en vervolgingsrichtlijnen van de Belastingdienst en het Openbaar Ministerie (*Stcr.* 20 december 2005, nr. 247, p. 28 ev.). Daarin kan worden gelezen dat een fiscale zaak eerder wordt uitgeselecteerd voor een strafrechtelijke afdoening (in plaats van een boete van de inspecteur), indien bij het delict een belastingadviseur of accountant betrokken is. Als die selectie dan heeft plaatsgevonden, lijkt het niet zo verschrikkelijk moeilijk een adviseur veroordeeld te krijgen. De belastingadviseur zal veelal als medepleger of medeplichtige gedagvaard worden. Met name bij medeplichtigheid lijkt de bewijslast van het Openbaar Ministerie minimaal. In de Clickfonds-affaire was door Hof Amsterdam (14 maart 2006, LJN: AV4924) vastgesteld dat 'de verdachte in de praktijk niet (altijd) met zekerheid wist of een specifieke cliënt metterdaad overging of zou overgaan tot het opzettelijk doen van een onjuiste en onvolledige belastingaangifte en hij evenmin zekerheid had over het moment waarop zulks plaatsvond of zou plaatsvinden, aangezien hij – zoals overwogen – met hun belastingaangiften geen directe bemoeienis had.' Het hof is dus van mening dat een adviseur kan worden vervolgd voor een onjuiste aangifte waarmee hij geen directe bemoeienis heeft gehad. Van belang blijft echter – zowel bij medeplegen als medeplichtigheid – dat de belastingadviseur opzettelijk onjuist heeft gehandeld. Het Openbaar Ministerie heeft daarvan de bewijslast. Willen de feitenrechters nog wel eens aannemen dat opzet er is, de Hoge Raad eist een gedegen motivering met name in gevallen waarin bewezen wordt verklaard dat sprake is van voorwaardelijke opzet, waarbij voldoende is dat de belastingadviseur willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft geaccepteerd dat zijn cliënt een fiscaal misdrijf pleegt. De boeterechtelijke aansprakelijkheid gaat in de toekomst (waarschijnlijk) tevens een rol spelen indien het wetsvoorstel ter zake van de Vierde Tranche Awb (29.702) wordt aangenomen. In dat wetsvoorstel wordt immers aan de bestuursorganen de mogelijkheid geboden om eveneens een boete op te leggen aan de feitelijk leidinggever of een medepleger. Het medeplegen wordt uitgelegd conform de strafrechtelijke jurisprudentie. Zonder deze hier nader uit te werken, is van medeplegen sprake indien de belastingadviseur en zijn cliënt bewust samenwerken en de fraude gezamenlijk uitvoeren. De (foute) belastingadviseur kan derhalve geen verwijt van medeplegen worden gemaakt indien hij 'op zijn eigen houtje' in het dossier van een bepaalde cliënt fiscale misslagen begaat, waarvan de betrokken belastingplichtige onwetend is gehouden. Van enige bewuste samenwerking is in dat geval immers geen sprake. De wetwijziging en de boeterechtelijke aansprakelijkheid van de belastingadviseur zal evenwel een belangrijke wijziging met zich meebrengen in de relatie tussen de adviseur en zijn cliënt.

Uitgangspunt was (en is) immers dat de adviezen en correspondentie tussen de cliënt en belastingadviseur vertrouwelijk zijn voor de inspecteur. De toezegging van de staatssecretaris (10DGM4) en het fair-play-arrest van de Hoge Raad (*BNB* 2006/21) garanderen de vertrouwelijkheid. Mocht de inspecteur overwegen een boete op te leggen, dan kon dat slechts aan de belastingplichtige. Deze kon en kan stellen te goeder trouw te zijn uitgegaan van de adviezen en mededelingen van zijn adviseurs waardoor de door de inspecteur gestelde opzet en/of grove schuld werden tegengesproken.

Als de wet de mogelijkheid biedt dat er een boete kan worden opgelegd aan de belastingadviseur, ontstaat het risico dat de belastingplichtige en zijn adviseur tegen elkaar worden uitgespeeld. Als de aangifte onjuist is of vragen niet volledig zijn beantwoord, kan van medeplegen tussen adviseur en belastingplichtige sprake zijn. Niet ondenkbaar is dat de inspecteur tracht inzicht te krijgen in de wijze waarop de aangifte of antwoordbrief tot stand is gekomen. Bij het bepalen van de boete zal hij immers willen vaststellen welke rol de verschillende partijen hebben gespeeld. In dat kader kan dan aan de belastingplichtige (impliciet) worden voorgespiegeld dat zijn boete aanzienlijk lager zou zijn, indien vast komt te staan welke adviezen en (concept-)brieven door de adviseur zijn opgesteld. Door de mogelijkheid dat zowel de belastingplichtige als zijn adviseur een boete opgelegd kunnen krijgen, dreigt dus een situatie te ontstaan waarin de belangen van deze partijen niet parallel (blijven) lopen. Het staat de belastingplichtige dan vrij de inspecteur (selectief) te informeren, terwijl de belastingadviseur in beginsel is gebonden aan zijn geheimhoudingsverplichting en zijn eigen verdediging niet naar behoren kan voeren. Teneinde te voorkomen dat de inspecteur in het kader van de boeteplegging gaat wroeten in de relatie tussen de belastingplichtige en zijn adviseur, is het opportuun de bepaling in de Vierde Tranche Awb ter zake van het medeplegen te schrappen.

Bron: <http://www.ndfr.nl/link/BB2007-04-01>

Datum: 28-4-2016 12:02:25