

Mag je vertrouwen op de adviseur?

Een gerenommeerd kantoor adviseert een belastingbesparende constructie met een Cyprus-route en beweert dat die geoorloofd is. Toch moet je als klant opdraaien voor een groot deel van de schade. Wanneer mag je dan vertrouwen op het advies?

Lex van Almelo

De Cyprus-constructie met merkrechten, licentievergoedingen, Ltd's en trusts die belastingadviseurs van Berk (nu: Baker Tilly/BT) in 2006 verkopen aan Spits Wall Coverings kost registeraccountant en bestuursvoorzitter Romke van der Veen (BT) uiteindelijk de kop. Als controlerend accountant keurt hij de constructie goed, wat Van der Veen komt te staan op een berisping, omdat hij blindvoer op het oordeel van kantoorgenoten. Van der Veen had zich als controlerend accountant enigszins moeten verdiepen in de feiten en de materie, om het oordeel van de fiscale deskundigen op waarde te schatten. Dat de fiscalisten de constructie zelf hebben opgezet, had hem extra alert moeten maken, vindt de tuchtrechter.



Coen Klawer, dga van Spits, schikt met de fiscus en kan volgens de civiele rechter slechts de helft van zijn schade verhalen op BT. De andere helft komt voor eigen rekening, omdat:

- Klawer zich ervan bewust moet zijn geweest dat de merkrechten- en licentieconstructie 'geen legitieme handeling' en 'geen rechtmatige handelwijze' was;
- het niet valt te verklaren dat Klawer de Belastingdienst niet meteen volledig heeft geïnformeerd als hij werkelijk meende dat het geen belastingontduiking was;
- Klawer er niet werkelijk op heeft vertrouwd of heeft mogen vertrouwen dat de geadviseerde constructie rechtmatig was;
- de geleden schade dus mede een gevolg is van de keuze om louter in zijn eigen financiële belang maximaal gebruik te maken van de geadviseerde Cypriotische trustconstructie.

De directeur-grotaandeelhouder vindt dit vonnis onterecht. Hij heeft toch niet voor niets een gerenommeerd kantoor ingeschakeld? En dat kantoor zei dat de constructie was geoorloofd! Klawer gaat in hoger beroep.

Vergoeding onbillijk

Tijdens de behandeling van de civiele zaak is Klawer nog verwickeld in een strafzaak, die het Openbaar Ministerie pas medio 2020 staakt. Klawer heeft voor de strafzaak veel advocaatkosten gemaakt. Zijn advocaat, hoogleraar ondernemingsstrafrecht Daan Doorenbos (Stibbe/RU) vraagt na het sepot namens zijn cliënt een vergoeding van alle advocaatkosten, omdat zijn cliënt niet is veroordeeld. Die kosten zijn inmiddels opgelopen tot € 179.773,69.

In deze strafrechtelijke schadeprocedure wijst de Rechtbank Rotterdam de vordering af, omdat Klawer:

- voorbij gaat aan zijn eigen verantwoordelijkheid;
- namelijk bewust in de gewraakte trustconstructie is gestapt, puur om er privé voordeel van te genieten;
- wist dat er bijlagen van facturen werden aangepast toen de Belastingdienst onderzoek deed;

- geen (volledige) openheid aan de fiscus heeft gegeven;
- als belastingplichtige "ernstig zijn vraagtekens had moeten zetten" bij deze gang van zaken, ook als het kantoor hem dit heeft geadviseerd.

Verder zegt de strafrechter dat de civiele rechter slechts vijftig procent van de schadeclaim heeft toegekend, omdat Klawer "er niet op heeft mogen vertrouwen dat de (...) geadviseerde constructie (...) rechtmatig was". En ook het Klawer al met al zozeer te verwijten dat hij betrokken is geraakt bij het strafrechtelijk onderzoek naar aanleiding van de trustconstructie, dat de advocaatkosten "in redelijkheid niet uit de algemene middelen behoren te worden betaald".

Onschuldig, maar toch verwijtbaar

"Klawer is in hoger beroep gegaan en zo lang de procedure loopt, vind ik het niet chique om er buiten de rechtszaal om iets van te zeggen", zegt Daan Doorenbos. Klawers advocaat voor de civiele zaak, Jaap Stikkelbroeck (Griph), spreekt zich wel uit: "Als een gerenommeerd kantoor je vertelt dat het ervoor kan zorgen dat jij als mkb-er dezelfde belastingvoordelen kan genieten als grote internationals, moet je als klant op dat advies mogen vertrouwen. Als klant kun je niet weten waarom Apple en Google het wel mogen en jij niet."

'Als klant kun je niet weten waarom Apple en Google het wel mogen en jij niet.'

Volgens Stikkelbroeck speelde op de zitting bij de civiele rechter mee, dat het OM de strafzaak tegen de bestuursleden van BT al had geseponneerd, terwijl Coen Klawer nog werd vervolgd. "Dat heeft zich vertaald in een fifty-fifty-vonnis, waarnaar de strafrechter nu verwijst. In die zin is dit dus een beetje een kat die in z'n eigen staart bijt."

Advocaat Anke Feenstra (Hertoghs) vindt de uitspraak over de strafrechtelijke schadevergoeding "lastig te volgen". In het civiele recht hanteert de rechter een andere definitie van eigen schuld dan de strafrechter doet. "In het strafrecht geldt dat je iemand voor onschuldig moet houden als die niet is veroordeeld. Als de rechter dan de civiele eigen schuld aanrekenet in een strafrechtelijke procedure vind ik dat problematisch. Dat zou hetzelfde zijn als dat je onopzettelijk onjuist aangifte doet, dat dit fiscaal wordt gecorrigeerd, dat de strafrechter je vrijspreekt van valsheid in geschrifte en dat de rechter achteraf in de procedure over de geclaimde advocaatkosten zegt: maar je moest wel nabetalen! Dat vind ik niet juist."

Advocaat en hoogleraar formeel belastingrecht Guido de Bont (De Bont/EUR) is het met Feenstra eens: "Klawer is niet veroordeeld, maar de rechter zegt toch dat hij de strafvervolgung over zichzelf heeft afgeroepen door akkoord te gaan met een agressieve structuur. Daarmee verdisconteert de strafrechter de maatschappelijke verontwaardiging voor honderd procent, terwijl de civiele rechter de verantwoordelijkheid nog *fifty fifty* verdeelde."

Niet volgen advies

In 2013 valt de FIOD binnen bij 'vastgoedmiljonair' Hans van Veggel in Wassenaar, die een groot deel van zijn vermogen heeft ondergebracht in een Stichting Particulier Fonds op Curaçao. Van Veggel zou de Belastingdienst voor 25 miljoen euro hebben getild. De vastgoedmagnaat beroept zich erop dat Ernst & Young hem de constructie heeft aangeraden.

Hoe Van Veggel en EY de kwestie hebben afgehandeld is niet bekend. Van Veggels toenmalige advocaat, Daan Doorenbos, wil alleen kwijt dat zijn cliënt de kwestie heeft geschikt met de fiscus. Het is daarmee niet duidelijk of EY zich heeft verweerd met een argument dat verkopers van agressieve structuren vaak in de strijd werpen. Jaap Stikkelbroeck: "Baker Tilly zegt dat het advies correct was maar dat Klawer het advies niet heeft opgevolgd."

Belastingadviseur Frank Butselaar (Greenberg Traurig/Certa Legal) voert hetzelfde verweer als zijn vroegere cliënt Willem Rebergen, beter bekend als DJ Headhunterz, fiscaal wordt aangeslagen voor de structuur met de Amerikaanse vennootschap Dance 2 IT LLC en de Cypriotische Dance To It Ltd (DTI), die Butselaar hem adviseerde.

Rebergen behaalt 95 procent van zijn omzet in het buitenland, maar om discussie met de fiscus te vermijden moet hij volgens Butselaar emigreren en de banden met Nederland doorsnijden. Daarvoor is uitschrijven uit de Gemeentelijke Basisadministratie niet voldoende. Rebergen moet bijvoorbeeld ook Nederlandse abonnementen (telefoon, kranten, tijdschriften, sportschool) en bankrekeningen opzeggen. Rebergen heeft echter een Braziliaanse vriendin die staat ingeschreven op zijn adres. Zij zal haar verblijfsvergunning verliezen zodra de deejay zich uitschrijft. Dus dat wil en doet hij niet.

' Volgens de deejay heeft de adviseur zijn zorgplicht geschonden, door niet te controleren dat emigratie niet aan de orde kon zijn.'

Rebergen claimt in een civiele procedure € 112.065,73 en € 80.207,26 van Greenberg Traurig respectievelijk Certa Legal, de advieskantoren waaraan Butselaar was verbonden toen hij in 2012 en 2014 advies uitbracht. Volgens de deejay heeft de adviseur zijn zorgplicht geschonden, door niet te controleren dat emigratie niet aan de orde kon zijn.

De schade bestaat uit de facturen voor de adviezen en de aanslag van € 21.181 op Cyprus.

De Rechtbank Amsterdam vindt echter dat de fiscalist "met zijn adviezen heeft gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht" en dat niet kan worden gezegd dat DTI ten onrechte is opgericht.

Michiel van Kleef, Rebergens zaakwaarnemer in Haarlem: "We waren teleurgesteld in het vonnis van de rechtbank, omdat die vrijwel niet ingaat op onze argumenten. Daarom hebben we direct hoger beroep ingesteld. Vervolgens hebben we professor Jaap Zwemmer (zie hierna, LvA) gevraagd een opinie te schrijven. Deze blijkt onze zienswijze te ondersteunen. Uiteindelijk is er met Certa Legal, Greenberg Traurig en Butselaar een schikking bereikt. Over de inhoud daarvan kan ik niets zeggen, maar wij zijn tevreden met de uitkomst."

Schikken of niet?

In beginsel mag je vertrouwen op de adviseur, als die voldoende deskundig is en je die goed hebt geïnformeerd. Guido de Bont: "Dan ben je van de fiscale boete af, al is de naheffing terecht. Als het gaat om een aangifte loonbelasting, die de adviseur heeft verzorgd, hoef je de aangifte niet eens meer te controleren."

Maar ja, dan moet je dus wel het advies van de fiscalist volgen, zo hebben de erven-Gerrit de Bruijne ervaren. Hun vader, de oprichter-eigenaar van Farm Frites, krijgt van Loeff Claeys Verbeke (nu: Loyens Loeff) een structuur aangeraden, die erop neer komt dat De Bruijne tenminste twee jaar op Curaçao moet wonen. Maar De Bruijne blijft algemeen directeur van Farm Frites en houdt zijn huis in Nederland aan. In die zin volgt hij de instructies van zijn adviseurs niet precies op.

De Belastinginspecteur dreigt De Bruijne daarom aan te slaan voor 97,5 miljoen euro, maar doet een schikkingsvoorstel voor 34,8 miljoen euro. Guido de Bont: "De belastingadviseurs zeiden: niet schikken, we staan sterk." Als De Bruijne zijn poot vervolgens stijf houdt, trekt de fiscus het schikkingsaanbod in en slaat zij De Bruijn alsnog aan. Farm Frites bestrijdt de aanslagen en claimt een schadevergoeding van Loeff. De Rechtbank Rotterdam wijst die vordering slechts ten dele toe. Loeff is voor 75 procent aansprakelijk voor de gemiste kans in het kader van de foutieve schikkingsadvisering en voor 30 procent voor de schade als gevolg van de emigratie-advisering. Per saldo moet Loeff de erven € 20.889.548 betalen plus wettelijke rente.

Geen Libelle maar Amigoe

Behalve in de deejay-zaak heeft emeritus-hoogleraar belastingrecht Jaap Zwemmer ook in de Farm-Frites-zaak een *second opinion* uitgebracht. Zwemmer: "Ik zei: aanvaard dat bod, want het is onduidelijk wat er is gebeurd, in hoeverre De Bruijne zich heeft gehouden aan het advies, in hoeverre het centrum van zijn leven op Curaçao lag. En Loeff heeft nooit gewezen op de onzekerheden die aan de constructie verbonden waren. Dus een discussie met de Belastingdienst was te voorzien."

Anke Feenstra raadt aan om in de opdrachtbevestiging duidelijk af te spreken wat de adviseur aan feiten nodig heeft. "Bovendien moet over en weer duidelijk zijn of er risico's aan het advies zitten. Dan doel ik niet op ontduiking, maar op de kans dat de belastinginspecteur het standpunt van de adviseur niet volgt en de risico's dat het bij de uitvoering van het advies mis gaat. Daar staat of valt het mee."

'Als je op Curaçao woont, kun je beter een abonnement nemen op de Amigoe.'

Zo raadt Jaap Zwemmer de fiscale emigrant naar Curaçao aan het abonnement op de *Libelle* op te zeggen. "Als je op Curaçao woont, kun je beter een abonnement nemen op de *Amigoe*. Ja, in de andere zaak is de FIOD daarover gevallen en heeft de dienst gekeken waar iemand naar de dokter en de tandarts ging." In het algemeen adviseert Zwemmer de belastingplichtige te kijken "hoe gewaagd" het advies is. "Wanneer je een Cypriotische constructie optuigt, kun je op je vingers natellen dat er discussie over kan ontstaan."

Tips: gerenommeerd en goed geïnformeerd

De maatstaf of je gerechtvaardigd mag vertrouwen op het advies van de fiscalist is volgens de Hoge Raad:

"Indien een belastingplichtige zich laat bijstaan door een adviseur die hij voor voldoende deskundig mocht houden en aan wiens zorgvuldige taakvervulling hij niet behoefde te twijfelen (...) is er geen aanleiding tot het stellen van de algemene eis dat de belastingplichtige zich ter voorkoming van fouten ook zelf in de inhoudelijke aspecten van op hem toepasselijke belastingregelingen verdiept."

En als de gerenommeerde en goed geïnformeerde adviseur de aangifte loonbelasting verzorgt, hoef je die als klant niet meer te controleren, zei de Hoge Raad in 2017.

Twee Leidse hoogleraren algemeen belastingrecht* hebben in 2013 enkele 'vuistregels' geformuleerd. Als we die betrekken bij de maatstaven hierboven, komen we tot de volgende tips voor de belastingplichtige:

- Kies een deskundig adviseur met een goede reputatie (lid NOB/RB).
- Verstrek de adviseur alle feiten waar deze om vraagt.
- Verstrek de adviseur bij twijfel uit eigen beweging feiten die wellicht relevant zijn.
- Bespreek het risico dat de inspecteur de structuur ter discussie stelt.
- Stel bij twijfel vragen aan de adviseur of vraag een second opinion.
- Voer het advies van de adviseur precies uit, dus houd je aan de voorwaarden.
- Bespreek de risico's bij de uitvoering van het advies.
- Controleer de feiten waarvan de adviseur uitgaat (de duiding controleren hoeft niet).

** J.P. Boer en A.O Lubbers: Vuistregels rondom de bestraffing van belastingplichtigen bij het opvolgen van belastingadvies, Weekblad Fiscaal Recht, 1 oktober 2013.*

Maar juist daarom vertrouwde Coen Klawer op het advies van Baker Tilly. Jaap Zwemmer: "Daar heeft Klawer inderdaad een punt, want dat is een gerenommeerd kantoor en in principe mag je daarop afgaan. Maar het staat of valt wel met het advies. Je moet je echt aan de regels uit het advies houden. En je moet ook beseffen dat het té mooi kan worden."

Moet een belastingadviseur daarom kijken of de klant zich wel aan het advies houdt?

Jaap Zwemmer: "Dat hangt er vanaf. Als het kantoor de constructie zelf opzet wel. Maar als het kantoor het advies over de schutting kiepert, dan ligt het weer anders."

Deel dit artikel

f in  

Lex van Almelo is journalist.