

Ministerie van Financiën
t.a.v. de heer mr. W.B. Hoekstra MBA
Postbus 20201
2500 EE DEN HAAG

Den Haag, 30 januari 2019
dossiernummer: 106723
uw kenmerk: n.v.t.
telefoonnummer: +31 (0)70 335 35 81
e-mail: v.matroos@advocatenorde.nl

Betreft: Wet implementatie EU-richtlijn meldingsplichtige grensoverschrijdende constructies ("DAC6")

Geachte minister,

Op 19 december jl. is de internetconsultatie Wet implementatie EU-richtlijn meldingsplichtige grensoverschrijdende constructies ("DAC6") gepubliceerd. De NOVA heeft zijn adviescommissie belastingrecht gevraagd te adviseren.

Bijgaand stuur ik u het advies van de adviescommissie. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad,



mw. mr. R.G. van den Berg
algemeen secretaris

bijlage: advies van de adviescommissie belastingrecht

Bezoekadres
Neuhuyskade 94
2596 XM Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35
Fax 070 - 335 35 31

Postadres
Postbus 30851
2500 GW Den Haag

ADVIES

Van:	adviescommissie belastingrecht
Datum:	30 januari 2019
Betreft:	Wet implementatie EU-richtlijn meldingsplichtige grensoverschrijdende constructies ("DAC6")

De Nederlandse Orde van Advocaten heeft met belangstelling kennis genomen van de internetconsultatie Wet implementatie EU-richtlijn meldingsplichtige grensoverschrijdende constructies (Richtlijn EU 2018/822; "DAC6"). Uitgangspunten bij de beoordeling van beleidsvoorstellen en voorgenomen regelgeving zijn rechtszekerheid en rechtsbescherming van belastingplichtigen. Vanuit dit perspectief onthoudt de Orde zich voor dit moment van gedetailleerd commentaar op individuele beleidsopties. Wel deelt zij graag de volgende observaties:

1. Allereerst is de adviescommissie belastingrecht verheugd in de ontwerptoelichting bij DAC6 te lezen dat het in het belastingrecht gecodificeerde verschoningsrecht, dat toekomt aan bekleders van een geestelijk ambt, notarissen, advocaten, artsen en apothekers, ten volle wordt gerespecteerd. Bovendien benadrukt de adviescommissie dat de eerbiediging van het wettelijk verschoningsrecht ook aansluit bij de geest en de tekst van DAC6, aangezien de richtlijn lidstaten expliciet de mogelijkheid biedt om het wettelijke verschoningsrecht bij implementatie te waarborgen.
2. In de gepubliceerde conceptwetgeving is de eerbiediging van het wettelijke verschoningsrecht vormgegeven via het van overeenkomstige toepassing verklaren van artikel 53a, eerste lid, Algemene Wet inzake Rijksbelastingen ('AWR') via het voorgestelde artikel 10h, vijfde lid, Wet Internationale Bijstandsverlening bij heffing en invordering van belastingen. De adviescommissie hecht eraan te benadrukken het 'ten volle' respecteren van het gecodificeerde 'fiscale verschoningsrecht' veronderstelt dat het verschoningsrecht zoals neergelegd in artikel 53a, eerste lid, AWR in volle omvang intact blijft. Het verschoningsrecht vindt zijn grondslag in het algemeen geldende rechtsbeginsel dat kort gezegd inhoudt dat men zich tot bepaalde vertrouwenspersonen moet kunnen wenden voor bijstand en advies zonder dat men hoeft te vrezen voor openbaarmaking richting de overheid (zie HR 1 maart 1985, NJ 1985, 173). Het verschoningsrecht beoogt het fundamentele recht van eenieder op vertrouwelijke communicatie met een advocaat te garanderen. Dit fundamentele uitgangspunt moet worden geëerbiedigd.
3. In dat kader vraagt de adviescommissie aandacht voor haar grote zorgen over het eerdere voornemen van de staatssecretaris van Financiën om het 'fiscale verschoningsrecht' te verduidelijken, wat mede zou moeten worden gezien tegen de achtergrond van de implementatie van DAC6 (o.a. BNC-Fiche bij DAC6). Al eerder heeft de NOvA stelling genomen tegen aanpassing van het 'fiscale verschoningsrecht' (zie de brief van de NOvA van 13 februari 2017). Daarbij zij in de eerste plaats opgemerkt dat er niet zoiets bestaat als een '*fiscaal* verschoningsrecht'. Het verschoningsrecht is gefundeerd op genoemd algemeen rechtsbeginsel en is onafhankelijk van het type rechtsgebied. Voor elke advocaat gelden dezelfde rechten, plichten, waarborgen en gedragsregels. Daarbij moet worden opgemerkt dat de geheimhouding voor wat het belastingrecht betreft (zoals neergelegd in artikel 53a AWR en artikel 63 Invorderingswet 1990) ook niet alleen geldt voor 'fiscaal advocaten', maar ziet op *alle* advocaten (en overigens andere geheimhouders zoals notarissen).

4. Bovendien moet worden benadrukt dat het verschoningsrecht van advocaten – dus ook advocaten die zich bezighouden met fiscale zaken – betrekking heeft op het geven van advies en het verlenen van rechtsbijstand. Traditioneel gezien bestaat de gebruikelijke beroepsuitoefening van de advocaat uit zowel procesrechtelijke werkzaamheden als werkzaamheden die betrekking hebben op juridische advisering (met inbegrip van advisering over de fiscale rechtspositie van cliënten, binnen of buiten een rechtsgeding). Beide categorieën worden algemeen en uitdrukkelijk erkend en onderschreven, onder andere door de Hoge Raad.¹ Voor deze werkzaamheden geldt het verschoningsrecht. Overigens geldt ook voor situaties waarin een meldingsplicht onder DAC6 bestaat dat het verschoningsrecht niet afdoet aan die meldingsplicht. Immers, in de conceptwetgeving is (net zoals in de richtlijn) voorzien in het doorschuiven van de meldplicht naar een andere intermediair of naar de belastingplichtige zelf, wanneer sprake is van een verschoningsgerechtigde intermediair. Kortom, het ten volle respecteren van het gecodificeerde fiscale verschoningsrecht dient mee te brengen dat het huidige wettelijke verschoningsrecht in fiscale zaken voor advocaten (zowel ten aanzien van procesrechtelijke als advieswerkzaamheden) in volle omvang blijft bestaan, zoals de ontwerptoelichting bij DAC6 – terecht – veronderstelt.
5. Overigens zou, vanwege het wettelijk verschoningsrecht, toezicht op de naleving van notificatieplicht (uit hoofde van het voorgestelde artikel 10h, vijfde lid, Wet Internationale Bijstandsverlening bij heffing en invordering van belastingen) voorbehouden moeten zijn aan de Deken, net zoals dat het geval is voor verplichtingen vanwege de Advocatenwet en de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme. Voorts zou nog verduidelijkt kunnen worden dat de sanctie genoemd in het voorgestelde artikel 11, tweede lid, Wet Internationale Bijstandsverlening bij heffing en invordering van belastingen, niet van toepassing is ten aanzien van nakoming van de notificatieplicht ex artikel 10h, vijfde lid.
6. Tot slot heeft de adviescommissie enkele algemene observaties van meer technische aard. Deze observaties zijn verre van uitputtend en de adviescommissie behoudt zich het recht voor deze in een later stadium aan te vullen. Opvallend is dat de Nederlandse implementatie van DAC6 in de gepubliceerde conceptwetgeving en ontwerptoelichting zeer dicht lijkt aan te sluiten bij de tekst van de richtlijn. Het gevolg is echter dat de ontwerptoelichting weinig richting geeft aan de wijze waarop begrippen en verplichtingen onder DAC6 moeten worden geïnterpreteerd. Zo blijft de reikwijdte van begrippen als 'voor implementatie beschikbaar stellen' en 'constructie' onduidelijk. Problematisch is ook dat voor de wezenskenmerken ('hallmarks') 1-op-1 wordt verwezen naar de bijlage bij de richtlijn, terwijl zonder nadere toelichting – die ontbreekt – hun reikwijdte voor de praktijk onduidelijk blijft. Ook is niet toegelicht wat precies moet worden verstaan onder 'onverwijld in kennis stellen', wanneer sprake is van een verschoningsgerechtigde intermediair en de meldingsplicht doorschuift. Al met al is meer duidelijkheid vanuit het oogpunt van rechtszekerheid gewenst, zeker omdat DAC6 nu al verlangt dat intermediairs en (in sommige gevallen) belastingplichtigen meldingsplichtige grensoverschrijdende constructies

¹ Zie bijvoorbeeld HR 9 augustus 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE6324, NJ 2004/47, r.o. 4.1.3. Verder zij bijvoorbeeld verwezen naar: Rapport Commissie Advocatuur d.d. 24 april 2006, "Een maatschappelijke orde", bijlage bij Kamerstukken II, 2005/06, 30 300 VI, 144, p. 19. De Kabinetsreactie hierop: Kamerstukken II 2006/07, 30 800-VI, 13, p. 1, 7 en 11. Zie de MvT bij de Aanpassing van de Advocatenwet: Kamerstukken II 2009/10, 32 382, nr. 3, p. 6 en 20. Zie ook: Rapport van de NOvA, "Wat is een advocaat?", van 13 oktober 2013, Den Haag: NOvA 2013, p. 23, 25 en 34.

in kaart brengen (preciezer: sinds 25 juni 2018) en zij dus reeds de begrippen uit de richtlijn dienen toe te passen.