

**Azië-Pacific**

Bangkok  
Beijing  
Brisbane  
Hanoi  
Ho Chi Minhstad  
Hong Kong  
Jakarta  
Kuala Lumpur\*  
Manila\*  
Melbourne  
Seoul  
Shanghai  
Singapore  
Sydney  
Taipei  
Tokyo  
Yangon

**Europa, Midden-  
Oosten & Afrika**

Abu Dhabi  
Almaty  
Amsterdam  
Antwerpen  
Bahrein  
Barcelona  
Berlijn  
Boedapest  
Brussel  
Calro  
Casablanca  
Djeddah\*  
Doha  
Dubai  
Düsseldorf  
Frankfurt  
Genève  
Istanbul  
Johannesburg  
Kiev  
Londen  
Luxemburg  
Madrid  
Milaan  
Moskou  
München  
Parijs  
Praag  
Riyadh\*  
Rome  
Sint Petersburg  
Stockholm  
Warschau  
Wenen  
Zurich

**Amerika**

Bogota  
Brazilië\*\*  
Buenos Aires  
Caracas  
Chicago  
Dallas  
Guadalajara  
Houston  
Juárez  
Lima  
Los Angeles  
Mexico Stad  
Miami  
Monterrey  
New York  
Palo Alto  
Porto Alegre\*\*  
Rio de Janeiro\*\*  
San Francisco  
Santiago  
São Paulo\*\*  
Tijuana  
Toronto  
Valencia  
Washington, DC

\* Gelieerde Kantoren  
\*\* In samenwerking met  
Trench, Rossi e Watanabe  
Advogados

23 oktober 2020

## INGEDIEND VIA WWW.INTERNETCONSULTATIE.NL

Aan de staatssecretaris van Financiën,  
de heer dr. J.A. Vijlbrief

### Betreft: Consultatie Wetsvoorstel aanpassing wettelijk fiscaal verschoningsrecht

Hooggeachte heer Vijlbrief,

Op 23 juli 2020 is de consultatie voor het wetsvoorstel aanpassing wettelijk fiscaal verschoningsrecht met Keten-ID 11770(hierna: het "wetsvoorstel") gepubliceerd.

Bijgaand stuur ik u de reactie vanuit Baker & McKenzie Amsterdam N.V.

Hoogachtend,



Corinne Schot

*Managing Partner*  
*Advocaat - Principal Banking & Finance*

Bijlage: Reactie Baker & McKenzie Amsterdam N.V.

Baker & McKenzie Amsterdam N.V. is statutair gevestigd te Amsterdam en ingeschreven in het handelsregister onder nummer 34208804.

Baker & McKenzie Amsterdam N.V. is lid van Baker & McKenzie International, een Zwitserse Verein. Wij verwijzen naar <http://www.bakermckenzie.com/nl/netherlands/generalconditions/>.  
5831670-v1\AMSDMS

**Datum:** 23 oktober 2020

**Onderwerp:** Consulatie Wetsvoorstel aanpassing wettelijk fiscaal verschoningsrecht

## 1. Introductie

De doelstellingen van het wetsvoorstel, fiscale transparantie en een betere internationale samenwerking, passen goed in het huidige fiscale klimaat. Dat het behalen van deze doelstellingen belangrijk is blijkt wel uit recente schandalen zoals de Panama Papers. Of het verduidelijken en aanpassen van het fiscale verschoningsrecht daaraan kan bijdragen wagen wij te betwijfelen, mede bij gebrek aan controleerbare data.

In Nederland vinden we het van groot belang dat de verschoningsgerechtigde die een cliënt adviseert over een juridisch vraagstuk of in een procedure bijstaat zich kan beroepen op het verschoningsrecht. Het beginsel waarop het verschoningsrecht is gebaseerd wordt door de Hoge Raad als volgt omschreven:

*[...] een in Nederland geldend algemeen beginsel dat meebrengt dat bij zodanige vertrouwenspersonen het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden.<sup>1</sup>*

In het wetsvoorstel worden een verduidelijking en een wijziging van "het fiscale verschoningsrecht" voorgesteld:

- Voorgestelde verduidelijking: Het fiscale verschoningsrecht is enkel van toepassing op gegevens en inlichtingen die rechtstreeks verband houden met de juridische dienstverlening. Voorheen volgde dit in principe wel uit de jurisprudentie, maar de wettekst in de Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: "**AWR**"), de Invorderingswet 1990 (hierna: "**IW**") en de Belastingwet BES was daar nog niet volledig mee in lijn.
- Voorgestelde wijziging: Er wordt een uitzondering opgenomen welke inhoudt dat de advocaten en notarissen (hierna gezamenlijk: "**verschoningsgerechtigden**") (desgevraagd) gegevens en inlichtingen moet verstrekken aan de Belastingdienst indien de belastingplichtige deze gegevens en inlichtingen ook had moeten verstrekken indien er geen advocaat of notaris was ingeschakeld.

In deze reactie zullen wij ingaan op een aantal aspecten van het wetsvoorstel.

## 2. Voorgestelde verduidelijking

### 2.1 Verduidelijking dat er geen wijziging wordt beoogd is gewenst

Het wetsvoorstel stelt een verduidelijking van het fiscale verschoningsrecht voor middels een wijziging van artikel 53a, lid 1, AWR, artikel 63, lid 2, IW en 8.88, lid 2, Belastingwet BES. Hierin wordt verduidelijkt dat enkel informatie geheimgehouden kan worden voor zover het wetenschap betreft van hetgeen rechtstreeks verband houdt met hun taakuitoefening. In lid 2 van voornoemde artikel wordt deze taakuitoefening verder toegelicht (conform de definitie zoals opgenomen in de Wet ter voorkoming van het witwassen en financieren van terrorisme).

---

<sup>1</sup> HR 1 maart 1985, nr. 6667, NJ 1986, 173

Uit jurisprudentie volgt momenteel al dat de advocaat tot geheimhouding verplicht van ‘*al hetgeen waarvan hij uit hoofde van zijn beroepsuitoefening als zodanig kennis neemt*’ (onderstreping BM).<sup>2</sup> Wat ons betreft is de verduidelijking niet nodig. Mocht er behoefte zijn aan een wettelijke verankering van deze jurisprudentie, dan stellen wij voor om aan te sluiten bij de hiervoor genoemde bewoordingen van de Hoge Raad. Wij vragen ons af of deze "verduidelijkingen" niet zullen fungeren als wijzigingen en effectief het verschoningsrecht in zullen perken. De concept toelichting vermeldt echter dat er geen wijziging beoogd wordt. Om die reden lijkt het ons meer voor de hand liggen om bij de bestaande bewoordingen aan te sluiten om verwarring te voorkomen.

## 2.2 De verschoningsgerechtigde bepaalt wat er onder het verschoningsrecht valt

Volledigheidshalve merken wij op dat het de verschoningsgerechtigde is en blijft die oordeelt wat er onder "het bepalen van de rechtspositie" valt. Elk scenario waarin de Belastingdienst dit bepaalt is een directe uitholling van het verschoningsrecht. Bij vermoeden van misbruik kan de Belastingdienst de deken van de Orde van Advocaten inschakelen.

## 3. Voorgestelde wijziging

In de concept toelichting wordt gesteld dat het noodzakelijk is dat de Belastingdienst in staat is om over de feiten te beschikken die redelijkerwijs voor de belastingheffing en invordering van belang kunnen zijn. De belastingplichtige heeft om die reden verschillende informatie- en administratieverplichtingen.<sup>3</sup>

Het veronderstelde pijnpunt dat de indiener middels het wetsvoorstel wil aanpakken is dat de Belastingdienst niet altijd over de relevante informatie kan beschikken omdat informatie bij een verschoningsgerechtigde is ondergebracht. Zo ontstaat een verschil tussen de informatieverstrekking door een belastingplichtige die een verschoningsgerechtigde heeft ingeschakeld en de belastingplichtige die dat niet heeft gedaan, aldus de wetgever. De eerste kan zich volgens de concept toelichting beroepen op het verschoningsrecht van de verschoningsgerechtigde (waardoor er niet verstrekt hoeft te worden),<sup>4</sup> de tweede kan dat niet. Het wetsvoorstel stelt voor dat ontbrekende informatie bij verschoningsgerechtigden kan worden opgevraagd. Dit middels een uitzondering op het verschoningsrecht van verschoningsgerechtigden.

Naar onze mening bestaat er in het huidige systeem geen probleem. Het huidige verschoningsrecht strekt zich immers niet uit tot stukken waarover de cliënt ook los van de vertrouwensrelatie met de verschoningsgerechtigde beschikt. De belastingplichtige is reeds nu al verplicht om deze documenten desgevraagd te verstrekken. De oplossing in de vorm van de voorgestelde (zeer vergaande) inbreuk op het verschoningsrecht van verschoningsgerechtigden is dus overbodig en onwenselijk. Wij zullen dit hierna nader toelichten.

---

<sup>2</sup> Art. 11a Advocatenwet

<sup>3</sup> Zoals opgenomen in de AWR en de IW.

<sup>4</sup> Door het OM wordt het verschoningsrecht door advocaten ook wel de sta-in-de-weg voor waarheidsvinding genoemd.

### 3.1 Er is geen "probleem" dat opgelost hoeft te worden

- i. Dat de Belastingdienst niet altijd over de gewenste informatie kan beschikken is niet het resultaat van het inschakelen van een verschoningsgerechtigde

In de concept toelichting op het wetsvoorstel wordt gesuggereerd dat het enkel delen van bepaalde stukken met een verschoningsgerechtigde voldoende is om het verschoningsrecht van toepassing te laten zijn. Dat is niet correct.

#### *Verschoningsrecht van de verschoningsgerechtigde*

Verschoningsgerechtigden hebben een geheimhoudingsplicht en een verschoningsrecht. Dat houdt in dat zij zich kunnen verschonen van het verstrekken van gegevens en inlichtingen aan alle derden, waaronder de Belastingdienst. Zoals in de concept toelichting ook wordt vermeld, is het verschoningsrecht niet absoluut.<sup>5</sup> De verschoningsgerechtigde is tot geheimhouding verplicht van *'al hetgeen waarvan hij uit hoofde van zijn beroepsuitoefening als zodanig kennis neemt'*.<sup>6</sup> Het gaat om alle informatie die de verschoningsgerechtigde ontvangt, tenzij de informatie niet in die hoedanigheid wordt ontvangen. Het verschoningsrecht is niet van toepassing op stukken (brondocumenten) die een belastingplichtige met een verschoningsgerechtigde deelt met als enkel doel om het verschoningsrecht van toepassing te laten zijn. Het concept wetsvoorstel gaat dus uit van een onjuist begrip van de reikwijdte van het huidige verschoningsrecht.

#### *Weigeringsrecht van de belastingplichtige/cliënt*

Het verschoningsrecht van de verschoningsgerechtigde heeft ook een impact op de informatieverplichtingen van de belastingplichtige zelf. De belastingplichtige mag weigeren te voldoen aan de verplichtingen die de AWR en de IW hem oplegt met een beroep op de vertrouwelijkheid van zijn contacten met de door hem benaderde geheimhouder.<sup>7</sup> De belastingplichtige beschikt over een weigeringsrecht om te voorkomen dat via een omweg het verschoningsrecht van de verschoningsgerechtigde wordt uitgehold. Dit weigeringsrecht - in de concept toelichting onterecht aangeduid als het "afgeleide verschoningsrecht" - is essentieel om het verschoningsrecht niet uit te hollen. Zie ook de volgende passage in de memorie van toelichting bij de Aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de wijziging van het recht op inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden: *"Onder het geldende recht wordt al aangenomen dat wanneer de bescheiden zich niet bij zo 'n verschoningsgerechtigde bevinden, maar bij zijn cliënt of patiënt, laatstgenoemden niet zonder meer gehouden zouden zijn een afschrift daarvan te verschaffen, omdat het verschoningsrecht daardoor zou worden"*.

Het weigeringsrecht houdt in dat dat correspondentie tussen de cliënt en de verschoningsgerechtigde en adviezen van de verschoningsgerechtigde beschermd zijn. Het weigeringsrecht houdt niet in dat de belastingplichtige/cliënt kan weigeren stukken te verstrekken indien het stukken betreft waarover de cliënt ook los van de vertrouwensrelatie met de verschoningsgerechtigde beschikt, bijvoorbeeld documenten die de belastingplichtige/cliënt aan de verschoningsgerechtigde toezendt.

De Belastingdienst kan deze "brondocumenten" bij de belastingplichtige opvragen, ongeacht of de belastingplichtige een verschoningsgerechtigde heeft ingeschakeld. Wij herkennen het probleem dat de wetgever constateert dan ook niet.

<sup>5</sup> Zie ook B.J.G.L. Jaeger en N. van den Hoek, 'Aanpassing van het verschoningsrecht', *TFB* 2017-04-02.

<sup>6</sup> Art. 11a Advocatenwet

<sup>7</sup> HR 27-04-2012, ECLI:NL:HR:2012:BV3426, m.nt. J.A.R. van Eijdsen (Tradman/Staat) en HR 03-04-20, nr. 18/04509, ECLI:NL:HR:2020:478.

### *Impact van voorgestelde wijziging*

De wetgever beoogt met het wetsvoorstel meer rechtvaardigheid door een verschil in de informatieverplichtingen tussen de belastingplichtige die het zich kan veroorloven om een verschoningsgerechtigde in te schakelen en de belastingplichtige die dat niet kan/doet op te heffen. Zoals hierboven uiteengezet bestaat er geen verschil in verplichtingen.

Het wetsvoorstel *creëert* wel een verschil. De Belastingdienst kan conform het wetsvoorstel inlichtingen opvragen bij de verschoningsgerechtigde die is ingehuurd door een belastingplichtige. Een weigerachtige belastingplichtige doet er dus verstandig aan om geen verschoningsgerechtigde in te schakelen. Met betrekking tot de weigerachtige belastingplichtige die geen verschoningsgerechtigde heeft ingeschakeld heeft de Belastingdienst immers geen alternatieve partij om de informatie te verkrijgen. De wetgever schiet met dit wetsvoorstel dan ook haar doelstelling voorbij.

- ii. De gewenste informatie kan al worden afgedwongen

De Belastingdienst heeft vergaande bevoegdheden om gegevens en inlichtingen op te vragen bij (vermoedelijk) belastingplichtigen. Indien de belastingplichtige bepaalde gegevensdragers bij een derde heeft ondergebracht, kan de Belastingdienst deze opvragen op basis van art. 48, lid 1, AWR.

Het feit dat de belastingplichtige ten aanzien van het verstrekken van documenten zich niet kan beroepen op het weigeringsrecht betekent uiteraard niet dat de belastingplichtige de documenten ook daadwerkelijk zal verstrekken. Er zullen zeker belastingplichtigen zijn die weigeren om de gevraagde informatie te verstrekken. Echter, de belastingplichtige die niet aan de informatieverplichtingen voldoet kan geconfronteerd worden met boetes, omkering en verzwarende van de bewijslast, een civiele dwangsom en/of strafrechtelijke vervolging. De Belastingdienst heeft derhalve al een groot arsenaal aan instrumenten om de benodigde gegevens en inlichtingen te verkrijgen.

Zoals hierboven aangegeven kan de belastingplichtige zich niet onttrekken aan het verstrekken van inlichtingen en gegevens, behalve inzake correspondentie met de verschoningsgerechtigde.

- iii. Er is geen onderscheid met het verschoningsrecht in andere rechtsgebieden

Wij begrijpen de opmerking in de concept toelichting niet dat er in het "fiscale verschoningsrecht" sprake zou zijn van een *afwijking* ten opzichte van het verschoningsrecht in andere rechtsgebieden.<sup>8</sup> Uit de tekst in de concept toelichting leiden wij trouwens af dat de indiener een afwijking in het (fiscale) weigeringsrecht bedoelt. Er bestaat niet zoiets als een *fiscaal* verschoningsrecht of een *fiscaal* weigeringsrecht: het verschoningsrecht en weigeringsrecht geldt onverkort voor alle rechtsgebieden waarin advocaten werkzaam zijn. Een cliënt kan zich in zowel civiele,<sup>9</sup> strafrechtelijke<sup>10</sup> en fiscale zaken<sup>11</sup> beroepen op het weigeringsrecht, met inachtneming van de opmerkingen zoals omschreven in paragraaf 3.1, onderdeel i van deze reactie. De concept toelichting verwijst hier ook niet naar een specifieke bron waardoor het voor ons niet mogelijk is om op deze onjuiste stelling te reageren.

<sup>8</sup> Paragraaf 2.2. van de concept toelichting.

<sup>9</sup> HR 19 november 1985, LJN AC9105; NJ 1986/533, m.nt. A.C. 't Hart.

<sup>10</sup> Zie bijvoorbeeld Rb. Oost-Brabant 9 april 2014 ECLI:NL:RBOBR:2014:1910 (X/Equestrian c.s.); Rb Amsterdam 30 oktober 2013 ECLI:NL:RBAMS:2013:7983 (Fairstar/Cadenza).

<sup>11</sup> HR 27 april 2012, LJN BV3426, r.o. 3.5.1 e.v. (Tradman Netherlands/Staat der Nederlanden c.s.).

### 3.2 Ultimum remedium

Het wetsvoorstel benoemt dat de voorgestelde wijziging enkel als ultimum remedium geldt. Het wetsvoorstel benoemt echter geen waarborgen. Het zou de wetgever sieren dergelijke waarborgen op te nemen in een eventueel wetsvoorstel, mocht dat er ondanks de vele bezwaren toch komen.

## 4. **Verschoningsgerechtigden die optreden als belastingadviseur**

In de concept toelichting merkt de indiener op dat verschoningsgerechtigden zich onder het huidige systeem niet zouden kunnen beroepen op het verschoningsrecht “*voor zover notarissen of advocaten optreden als belastingadviseur*”.<sup>12</sup> Deze opmerking is niet juist. Verschoningsgerechtigden die juridische diensten verlenen kunnen zich ook op het verschoningsrecht beroepen, hier vallen tevens fiscaal-juridische diensten onder.<sup>13</sup> Enkel wanneer een verschoningsgerechtigde niet-juridische diensten verleent kunnen zij geen beroep doen op het verschoningsrecht. Daarmee suggereert de toelichting op het wetsvoorstel slechts een codificatie te zijn van een reeds bestaande uitleg van het verschoningsrecht, terwijl die uitleg van het huidige verschoningsrecht onjuist is, zoals hierboven beschreven.

## 5. **Concluderend**

Er bestaan terechte zorgen over deze voorgestelde wijziging. Er wordt een oplossing gezocht voor een probleem dat niet bestaat. De vermeende oplossing maakt een grote inbreuk op een essentieel onderdeel van onze rechtstaat zonder deugdelijke waarborgen. De Belastingdienst beschikt momenteel al over vele mogelijkheden om verstrekking van informatie af te dwingen. Wij verzoeken het wetsvoorstel in het geheel te laten vallen.

\*\*\*

---

<sup>12</sup> Paragraaf 4.3 van de concept toelichting.

<sup>13</sup> Zie ook N. van den Hoek en M.B. Weijers, 'Van dergelijke consultatievoorstellen wil men verschoond blijven', *WFR* 2020/189: "De Hoge Raad bevestigt veeleer dat de werkzaamheden van een belastingadviseur in beginsel wél als rechtshulp kunnen kwalificeren".