

Rol van de belastingadviseur

De vorige keer heb ik in mijn column aandacht besteed aan de zorgvuldigheid die moet worden betracht bij het vaststellen van de fiscale zetel van een vennootschap. Kort gezegd is de plaats van de feitelijke leiding daarvoor in de regel beslissend ofwel de plek waar de bestuursbesluiten worden genomen. Dat is lang niet altijd goed geregeld of wordt niet goed uitgevoerd. De fiscale risico's daarvan kunnen groot zijn. De vennootschap is belast in een ander land dan is beoogd en een belastingverdrag is mogelijk niet van toepassing of een ongunstiger verdrag is van toepassing. Voor een belastingplichtige is dat veelal niet goed zelf te bepalen: hij is niet bekend met de fiscale regels en welke feiten precies een rol spelen. In de regel zal daarbij dan ook een adviseur betrokken zijn, met name als het gaat om zetelverplaatsingen van waardevolle beleggingsvennootschappen. Op hem rust dan de taak dit juridisch in goede banen te leiden en – minstens zo belangrijk – de belanghebbende(n) goed te instrueren wie wat wel en wie wat niet mag doen. Het kan anders wel eens zo zijn dat, als dit verkeerd uitpakt, de adviseur aansprakelijk wordt gesteld. Daar zijn wel voorbeelden van te vinden in de civiele rechtspraak: een adviseur die een zetelverplaatsing had begeleid en dat juridisch correct had uitgevoerd maar tegen de oorspronkelijke bestuurder slechts had aangegeven dat hij zich niet langer met de feitelijke leiding van de vennootschap mocht bemoeien. Alleen had de adviseur deze voormalig bestuurder niet verteld wat 'feitelijke leiding' precies inhield. Vervolgens had deze bestuurder een paar beslissingen genomen die des bestuurders waren en dat leidde er uiteindelijk toe dat in een fiscale procedure is beslist dat de vennootschap fiscaal niet was verplaatst. De adviseur werd daarop aangesproken en uiteindelijk ook veroordeeld tot vergoeding van de fiscale schade die de belanghebbende had geleden. Niet omdat het advies als zodanig onjuist of fout was, maar omdat hij de voormalig bestuurder niet precies had aangegeven wat onder feitelijke leiding geven moet worden verstaan. Kortom: een adviseur moet zich er rekenschap van geven dat een belastingplichtige in de regel een fiscale leek is en hem dus heel precies moet worden uitgelegd wat een advies inhoudt en hoe het moet worden toegepast. De onderhavige problematiek heeft zich de afgelopen jaren regelmatig voorgedaan bij zetelverplaatsingen. In Nederland zijn er – zo blijkt uit de rechtspraak – nogal wat zetelverplaatsingen geweest naar Malta. Dat heeft met het Malteekse belastingstelsel te maken en in het bijzonder ook met de zogenoemde remittancebasebepaling die Malta hanteert. Inkomsten die buiten Malta opkomen en niet naar Malta worden overgeheveld maar in het buitenland blijven, kunnen in beginsel niet worden belast bij een in Malta wonende gerechtigde tot de inkomsten. Een dergelijke bepaling komt wel in meer landen voor, meestal Angelsaksische landen. Dit is in de regel aantrekkelijk, omdat het andere land dan ook niet altijd belast. Maar ja, dan moet de vennootschap die gerechtigd is tot die inkomsten daar zijn gevestigd, in dit geval dus in Malta. Daar lijkt het nogal eens fout te gaan. In het verlengde van het bovenstaande blijkt veelal niet goed te zijn geregeld en blijkt de vennootschap in fiscaal opzicht geheel niet in Malta te zijn gevestigd. Het advies tot zetelverplaatsing pakt dan verkeerd uit. Dat kan dus onder omstandigheden tot de hiervoor genoemde schade leiden waarvoor de adviseur aansprakelijk kan worden gesteld. Maar in een van de procedures over dergelijke Maltaproblematiek had de Nederlandse fiscus het standpunt ingenomen dat van de zetelverplaatsing weinig klopte en dat de belastingplichtige niet alleen de te weinig geheven belasting alsnog verschuldigd was maar ook een boete. Maar zelfs daarmee was de inspecteur er nog niet. Hij meende dat de adviseur medepleger was. In sommige landen, en dat is ook het geval in Nederland, kan aan medeplegers eveneens een boete worden opgelegd. Dat kan echter niet zomaar in alle gevallen. Er moet dan wel een behoorlijke fiscale fout zijn gemaakt die ook opzettelijk is begaan. De bewijslast daartoe rust op de inspecteur. In deze zaak slaagde de inspecteur daarin echter niet volgens de rechter: het standpunt dat de feitelijke leiding van de vennootschap

zich op Malta bevond, was weliswaar uiteindelijk niet juist maar wel pleitbaar. Alsdan kan geen sprake zijn van een strafbaar feit en kan dus ook geen boete worden opgelegd. Maar de marges kunnen smal zijn zoals in deze zaak wel bleek. Hoe dan ook is uit bovenstaand relaas duidelijk: een adviseur moet zeer zorgvuldig zijn met zijn advisering. Dat laatste werd deze week nog eens bevestigd in een persbericht van het Openbaar Ministerie in Nederland waarbij met een van de big four – PwC – een schikking is getroffen van € 300 000 in verband met het onjuist beantwoorden van vragen van de Belastingdienst waardoor de Nederlandse Staat een nadeel zou leiden van € 700 000. De belastingplichtige waar het om draaide is overigens niet vervolgd, omdat deze niet bekend was met de handelwijze van PwC en mocht afgaan op diens advisering. Het is vermoedelijk tot een schikking gekomen in de hoop dat de zaak niet bekend zou worden maar door het – vrij ongebruikelijke – persbericht is dit dus toch gebeurd. Ongetwijfeld is dat persbericht bedoeld als waarschuwing.

Peter Kavelaars is hoogleraar Fiscale Economie aan de Erasmus Universiteit en of counsel bij Deloitte.