

Uitspraak over dwangsom MOT-melding onjuist(?)

Ludwijn Jaeger

De voorpagina van *Accountancy*nieuws van 4 april 2008 kopte dat de rechtbank Rotterdam aan een adviseur een dwangsom heeft opgelegd wegens het niet melden van (een) ongebruikelijke transactie(s).

Met de nodige slagen om de arm, omdat ik het dossier niet ken, meen ik dat de uitspraak onjuist is, op zijn minst op een essentieel punt ongemotiveerd en dat er niet alleen geen plicht voor de betreffende belastingadviseur ligt te melden, zijn geheimhouding verbiedt hem dat te doen.

ZOALS IN DE voorgaande *Accountancy*nieuws te lezen was, heeft de rechtbank Rotterdam op 18 maart jl.¹ het beroep van een belastingadviseur ter bestrijding van een aan hem opgelegde dwangsom strekkende tot het alsnog afdwingen van een melding in het kader van de Wet Melding Ongebruikelijke Transacties ongegrond verklaard. In de vaststellingen van de rechtbank dat (ook) belastingadvies onder de Wet MOT valt, onder toezicht staat van het Bft, en ongebruikelijke transacties binnen 14 dagen dienen te worden gemeld aan het meldpunt, kan ik mij (vanzelfsprekend) vinden.

Uitspraak niet rechtstreeks van toepassing op accountants

Eveneens stelt dat de rechtbank juist vast dat, anders dan advocaten, notarissen en accountants, de belastingadviseurs niet aan – wettelijk erkend – tuchtrecht zijn onderworpen. Indien er sprake is van erkend tuchtrecht, is de gang naar de tuchtrechter, met – kort door de bocht – een zorgvuldigheidstoetsing en niet een juistheidstoetsing, voorgeschreven. Slechts aan de niet onder tucht staanden kunnen boeten en lasten worden opgelegd. Afgezien van de hierna nog volgende twijfel, is het van belang nog even nadrukkelijk aan te

stippen dat deze uitspraak in ieder geval niet rechtstreeks van toepassing is op accountants. Eenzelfde casus bij accountants kan hoogstens leiden tot een klacht, maar dit ter zijde.

Buiten het zicht houden van de fiscus

De rechtbank Rotterdam overweegt over de feiten het navolgende (zie kader). Voorgaande gedachtegang wordt door de rechtbank Rotterdam gevolgd, onder meer onder verwijzing naar de uitspraak van het gerechtshof Amsterdam van 4 april 2003² waarin – kort gezegd –

‘Niet in geschil is dat eiser in zijn hoedanigheid van belastingadviseur ... een dienst heeft verleend die eruit bestaat dat eiser betrokken is geweest bij de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst met de Belastingdienst in 2005.

Die vaststellingsovereenkomst behelst een compromis over een te betalen bedrag aan belasting, boetes en heffingsrente over de jaren 1998 t/m 2003 ter grootte van ongeveer € 229.000. Naar het oordeel van verweerder (het Bft, toev. LJ) rust op eiser de plicht een melding

het uitgangspunt is gehanteerd dat, ongeacht de al dan niet legale herkomst van gelden, het buiten het zicht houden van de fiscus, redengevend is voor een meldplicht.

‘Op het uitgangspunt dat het niet voldoen aan fiscale verplichtingen kwalificeert als witwassen valt best veel af te dingen.’

Hoewel op de verwijzing naar de uitspraak van gerechtshof Amsterdam, oftewel op het uitgangspunt dat het niet voldoen aan fiscale verplichtingen kwalificeert als witwassen, best veel valt af te dingen³, en bijvoorbeeld gerechtshof Amsterdam in een clickfondszaak⁴ verzwijging voor de fiscus niet – zonder meer – als witwassen kwalificeert, gaat het mij daar nu (even) niet om. Het gaat mij thans om de procesvrijstelling.

Uitzondering meldplicht

Het tweede lid van artikel 1 van de Wet MOT bevat een uitzondering op de

te doen ter zake een (complex van) ongebruikelijke transactie(s). Die melding zou dan zien op het hebben ontvangen van gelden door bovengenoemde bedrijven welke niet aan de fiscus zijn opgegeven.

In dit verband is door verweerder aangegeven dat het ongebruikelijke van de transactie(s) ligt in de onduidelijke herkomst van de gelden, wat kan duiden op witwassen dan wel in het feit dat er nu eenmaal geen belasting over is afgedragen, waardoor de aanmerkelijke kans zou bestaan dat het om illegale gelden gaat.’

meldplicht, namelijk indien de dienstverlening ziet op het bepalen van de rechtspositie van een cliënt, diens vertegenwoordiging en verdediging in rechte en het geven van advies voor, tijdens en na een rechtsgeding of het geven van advies over het instellen of vermijden van een rechtsgeding. Hoewel de wet aangeeft dat de uitzondering slechts geldt voor werkzaamheden van een advocaat of een notaris⁵, volgt uit de parlementaire geschiedenis⁶ dat een ieder die belastingadvies geeft een gelijke waarborg ten dienst valt.

Het is de Belastingdienst slechts toegestaan een vaststellingsovereenkomst te sluiten indien die dient ter beslechting van een fiscaal geschil. Ook uit de omschrijving van het feitencomplex valt wel op te maken dat er kennelijk gesteggeld is naar aanleiding van een boekencontrole en aangekondigde of opgelegde aanslagen. Het vastgestelde feitencomplex kan dan ook nauwelijks anders dan vallen onder de genoemde procesvrijstelling: is het compromis niet gesloten tijdens (een) rechtsgeding(en), dan zal het toch minst genomen ter vermindering van een rechtsgeding zijn geweest.

Procesvrijstelling

De komende wetswijziging omschrijft de procesvrijstelling zelfs nog nadrukkelijker dan de huidige, door aan te geven dat de hele wet niet van toepassing is voor zover procesgerelateerde werkzaamheden worden verricht. Zowel nu, als na invoering van de naderende wetswijziging, is en blijft on-

omstreden dat het in strijd is met onze Europese waarborgen als (onder meer) vastgelegd in het EVRM om te melden bij (ook fiscale) geschillenbeslechting. Deze rechtswaorborg in samenhang met de voor dienstverleners geldende geheimhoudingsplicht zorgt er voor dat er voor melden niet alleen geen wettelijke noodzaak bestaat, nee, melden is domweg verboden (en strikt genomen strafbaar). Me dunkt, voldoende reden voor een principiële houding in de beschreven casus.

Eigenaardig genoeg wordt er in de uitspraak met geen woord over de procesvrijstelling gerept. Naar ik van de be-

'Zonder een wettelijke verplichting is het nauwelijks denkbaar dat de geheimhoudingsplicht kan en mag worden doorbroken.'

handelend advocaat van eiser vernam, is hierover ten tijde van de zitting wel nadrukkelijk van gedachten gewisseld. Afgezien van de – kennelijk – onjuiste afweging, verbaast het dan ook op zijn minst dat de rechtbank Rotterdam niet inzichtelijk maakt waarom hier, ondanks die vrijstelling, toch een dwangsom op zijn plaats is. De uitspraak is minst genomen onvoldoende gemotiveerd.

De behandelend advocaat kon mij nog geen uitsluitend geven over het instellen

van appèl⁷. Gelet op de uitwerking die deze uitspraak op dienstverleners, en wel zeer in het bijzonder op belastingadviseurs kan hebben, is het te hopen dat het huidige slachtoffer vasthoudt aan het principiële karakter van deze zaak en een hoger, hopelijk beter, oordeel zoekt. **An**



Ludwijn Jaeger is als fiscaal advocaat verbonden aan Jaeger Advocaten-belastingkundigen te Amsterdam.

- 1 LJN: BC7312, niet uitgesproken op de 20ste zoals aldaar vermeld, wel (pas) op die datum gepubliceerd.
- 2 LJN: AF6887, dan wel NJ 2004/106.
- 3 Zie bijvoorbeeld de uiteenzetting van mr. R. van der Hoeven, *Witwassen: leuker moeten we het niet maken*, Strafolblad 2008, p. 23 e.v.
- 4 Hof Amsterdam 14 maart 2006, LJN: AV4924.
- 5 Bij komende wetswijziging is voorzien in opname van belastingadviseurs in de wettekst van de vrijstelling.
- 6 Nota van toelichting bij het KB van 24 februari 2003, Stb. 2003, 94, p. 17.
- 7 De overweging van de rechtbank over het ontbreken van een appèlinstantie en het door de rechtbank invullen van deze – kennelijke – omissie van de wetgever, getuigt overigens wel weer van spitsvondigheid.

Als de zaak op waarde moet worden geschat

Sman Register Valuators is reeds 15 jaar gespecialiseerd in het waarderen van ondernemingen en aandelenpakketten, bij fusie en overname.

Jaarlijks treedt het bureau ook in vele zaken op als deskundige ter beslechting van geschillen over waarde en prijs: als verschafter van een reëel inzicht.

SMAN

Register Valuators
ondernemingswaardering

Lagedijk 104
Postbus 75
1540 AB Zaandijk

T 075 6218809
F 075 6218476

www.sman.nl
info@sman.nl