

Advocaat-belastingkundige Dick Barmiento:

# Ik heb niet zo'n behoefte aan vrienden'

Belastingadviseurs plegen het conflict met de belastinginspecteur te vermijden en geven daardoor soms meer informatie dan goed is voor de cliënt en henzelf, zegt advocaat-belastingkundige Dick Barmiento. Tot eind vorig jaar was hij voorzitter van het Professional Affairs Committee van de Confédération Fiscale Européenne (CFE).

Door Lex van Almelo en Sylvester Schenk | foto's Raphaël Drent

*In 2015 verliet u de adviespraktijk van KPMG Meijburg & Co voor Jaegers & Soons Advocaten, een klein nichekantoor in de fiscale advocatuur. Dat is zeker wel even iets anders? 'Volstrekt anders, ja. Ik heb nagenoeg mijn gehele professionele leven gewerkt bij grote kantoren. Eerst bij EY en toen bij Meijburg. Ik ben bezig op de scheidslijn tussen het materiële en het formele belastingrecht en kan nu het echte advocatenwerk doen, waarbij ik de rechtsbescherming van de belastingplichtige veel meer geldend kan maken. Dat was voor mij eigenlijk de grootste drijfveer om over te stappen.'*

*Bij fiscale procedures draait het om het bewijs, een formeel punt waarvoor de gemiddelde fiscalist weinig oog heeft. 'De gemiddelde fiscalist gaat inderdaad meteen naar de inhoud en denkt helemaal niet na over wat nou eigenlijk zijn positie is als belangenbehartiger.'*

*Kunt u een voorbeeld geven? 'Een belangrijke vraag is bijvoorbeeld of de belastingplichtige, dan wel de fiscus iets moet bewijzen. Als het gaat om belastingverminderende omstandigheden, zoals aftrekposten en vrijstellingen, ligt de bewijslast bij de belastingplichtige. Dat weten de meeste adviseurs wel. Maar wat voor consequenties dat heeft, weten ze vaak niet. De bewijslast heeft een enorme betekenis voor de manier waarop je positie kiest en je strategie bepaalt. Bij belastingvermeerderende omstandigheden ligt de bewijslast bij de inspecteur. Dan moet je als belastingplichtige in een stuk alleen maar zeggen dat de inspecteur ongelijk heeft en daaraan hooguit toevoegen: zo zien de feiten eruit.'*

*Dus een typisch advocatenbezwaarschrift houdt in: 'U heeft ongelijk en daar laat ik het bij'?*

*'Ja, daar gaat het in wezen om. Aan het einde van het jaar loopt de Belastingdienst vaak tegen termijnen aan en legt daarom maar alvast een aanslag op, waarbij bijvoorbeeld wordt getwijfeld aan de omvang van een aangegeven verlies. Dan schrijf ik terug: "U heeft uw correctie niet gemotiveerd; dat is in strijd met uw stelplicht en daarom weet ik niet waartegen ik mij moet verweren." Na twaalf weken verloopt dan de beslistermijn voor de inspecteur en heb ik de mogelijkheid hem in gebreke te stellen. Of ik dat middel ga gebruiken, laat ik nog in het midden, maar ik wil het in ieder geval beschikbaar houden. De inspecteur kan in de resterende tijd allerlei moeilijke vragen stellen, waarop ik namens de cliënt moet antwoorden omdat het een verliespost is en dus belastingverminderend. De vraag is of er wel antwoord moet worden gegeven of dat ik na twaalf weken liever naar de rechter stap.'*

**'De bewijslast heeft een enorme betekenis voor de manier waarop je positie kiest en je strategie bepaalt'**

## 'De gemiddelde adviseur houdt niet van conflicten en dat is begrijpelijk'

### Geen vrienden

*Vertroebelt zo'n strategie de persoonlijke verhoudingen niet?*

'Haha, ik roep altijd dat ik niet zo veel vrienden heb, maar daar heb ik in dit verband ook niet zo'n behoefte aan. Ik vind overigens niet dat daardoor de persoonlijke verhoudingen worden vertroebeld. Ik speel het spel soms hard, maar altijd fair.'

*De gemiddelde belastingadviseur zal in zo'n geval aangeven waarom hij vindt dat er wél sprake is van omvangrijke verliezen. Is daar iets mis mee?*

'Het is niet bij voorbaat onjuist. De advocatuur hanteert alleen een volstrekt andere strategische benadering dan de gemiddelde adviseur, die conflictmijdend is. Als je formeelrechtelijk je hakken in het zand zet, wordt die houding vaak gezien als niet meewerken of zand in de machine strooien. Soms klaagt de Belastingdienst dan dat hij onvoldoende middelen heeft om de belastingplichtige onder druk te zetten. Dat is volstrekt onjuist, laat ik daar heel helder over zijn, maar dat wordt wel ge-roepen.'

*Heeft u bij een kleiner kantoor meer vrijheid om op de formeelrechtelijke strepen te gaan staan dan bij EY of Meijburg?*

'Je bent onafhankelijker en kunt wat scherper zijn, ja. De gemiddelde adviseur houdt niet van conflicten en dat is begrijpelijk. Vaak is een compromis een hele goede oplossing, maar soms niet.'

'Als het echt nodig is om het verschoningsrecht toe te passen, wordt het een advocatendossier en kan de adviseur niet meer optreden'

*Als die adviseur een advocaat inschakelt, zoekt hij toch ook het conflict?*

'Dat hangt ervan af. Soms positioneer ik mij meteen als advocaat in een dossier. Maar als dat niet nodig is – om strategische redenen – kan ik de adviseur op de achtergrond souffleren. Bijvoorbeeld over hoe het nu eigenlijk werkt met een navorderingsaanslag of een nieuw feit. Of als de cliënt kwade trouw wordt verweten. Dan heb je als adviseur eigenlijk iets verkeerd gedaan. De gemiddelde adviseur weet niet goed om te gaan met zo'n zwaar verwijt. Dat is ook begrijpelijk, want het gaat ook over jezelf.'

### Verschoningsrecht

*Spelen de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht bij dit soort zaken?*

'Ja, heel regelmatig. De meeste adviseurs hebben de neiging om heel transparant te zijn. Dat is niet verkeerd, maar je moet wel weten waar je antwoord op geeft en of je wel antwoord moet geven. Als het echt nodig is om het verschoningsrecht toe te passen, wordt het een advocatendossier en kan de adviseur niet meer optreden. Het is bijvoorbeeld nodig als de zaak echt geëscaleerd is en het fiscaal strafrecht in stelling wordt gebracht.'

*En als je met normale fiscale zaken bezig bent?*

'Dan speelt dat in beginsel niet.'

*Maar u bent vierentwintig uur per dag advocaat – zou u bij gewone zaken toch een beroep kunnen doen op het verschoningsrecht?*

'Jazeker. Alles wat ik in mijn formele hoedanigheid van advocaat voor mijn cliënt doe, valt onder het verschoningsrecht. Het is overigens een groot misverstand dat het verschoningsrecht een privilege van de advocaat zou zijn; het is een recht van een cliënt.'

*Zegt men niet steeds vaker: 'Dit heeft u niet gedaan als advocaat maar als belastingadviseur, dus kom maar op met die spullen'?*

'Dat is onzin. Maar inderdaad, het verschoningsrecht staat sterk onder druk, omdat het lastig is voor het Openbaar Ministerie en de Belastingdienst. Sommigen denken dat het verschoningsrecht als *safe harbour* kan worden gebruikt met het idee: "Geef de *smoking gun* maar aan de advocaat dan komt het wel goed." Maar het verschoningsrecht strekt zich niet uit tot zogenoemde *instrumenti delicti*.'

*Kan een administratie zo'n instrument zijn?*

'Als die valselijk is opgemaakt wel. Dan helpt het niet om die bij een advocaat te parkeren. Hooguit als muur. Maar die muur kan worden geslecht. Het Openbaar Ministerie en de Belastingdienst vinden het ook lastig dat anderen kunnen werken onder afgeleid verschoningsrecht, omdat ze dan niet de antwoorden krijgen die ze nodig hebben. Maar het is stevig verankerd in de wet en in de rechtspraak. Ik vind het ook een grondrecht: de

## 'Ik vind afgeleid verschoningsrecht een grondrecht: de burger moet zich in vrijheid tot een rechtshulpverlener kunnen wenden'

burger moet zich in vrijheid tot een rechtshulpverlener kunnen wenden.'

*Maar een fiscaal adviseur heeft wel allerlei meldingsplichten.*

'Dat klopt, maar bij advocaten spelen die niet. Ten eerste houd ik me niet bezig met belastingadvies. Ten tweede hangt alles wat wij doen, samen met het bepalen van de rechtspositie en het optreden in rechte, zodat het valt onder de vrijstelling van de Wwft. Voor de gemiddelde adviseur spelen de meldingsplichten wel, al realiseert die zich dat niet altijd. Laatst was er een administrateur die allerlei contante geldstromen wel zag, maar niet onderzocht. Die kreeg een boete van 8000 euro, waarvan 4000 voorwaardelijk. Dat is misschien niet zo veel, maar naast de pijn van het strafproces heb je dan ook nog een strafblad.'

*U had het al even over het afgeleide verschoningsrecht – kunt u daar iets meer over vertellen?*

'Het betekent dat het verschoningsrecht ook geldt wanneer ik als advocaat iemand inhuur omdat ik onvoldoende kennis heb. De opdracht moet dan niet van de klant komen, maar van de advocaat. En de opdracht, alle verstrekte informatie en de vertrouwelijke advocaten-cliëntcorrespondentie moeten worden vastgelegd in een apart dossier. Wanneer je de informatie door elkaar heen laat lopen, wordt geheimhouding heel moeilijk als de fiscus of de autoriteiten om informatie komen vragen. Overigens heeft de Hoge Raad gezegd dat e-mailcorrespondentie niet vertrouwelijk wordt door een advocaat of notaris in de cc te zetten. De verschoningsgerechtigde moet de informatie in zijn hoedanigheid van advocaat of notaris hebben verkregen.'

### Verharding

'De afgelopen tien jaar zijn er steeds meer wettelijke verplichtingen opgelegd die worden versterkt met boetebedreigingen. Dat vind ik niet voor de hand liggen. Je past dan boeterecht – dat volgens de Hoge Raad strafrecht is in de zin van art. 6 EVRM – toe op het materieel belastingrecht en je geeft de bevoegdheid aan iemand die daarvoor niet, althans onvoldoende, is opgeleid. De medeplegersboete wordt niet vaak opgelegd aan adviseurs en dat is ook heel begrijpelijk. Maar je kunt als



#### Mr. D.G. (Dick) Barmentlo

1961	geboren te Huizen
1985	doctoraal fiscaal recht en strafrecht Universiteit van Amsterdam
1985 - 1989	gerechtsauditeur Hof Amsterdam
1989 - 2012	belastingadviseur Ernst & Young, KPMG Meijburg & Co
2003 - 2016	raadsheer-plaatsvervanger Hof Den Bosch
2006 - heden	voorzitter/lid sectie formeel belastingrecht NOB
2007 - heden	lid commissie beroepszaken NOB
2012 - 2015	advocaat KPMG Meijburg & Co
2013 - 2016	voorzitter Professional Affairs Committee CFE
2015 - heden	advocaat/partner bij Jaegers & Soons Advocaten Amsterdam/Nijmegen

## 'Schandpaal is slecht idee'

Kort na dit interview kwam staatssecretaris Wiebes van Financiën met voorstellen om belastingontwijking aan te pakken. Zo wil hij de namen bekendmaken van adviseurs aan wie een vergrijpboete is opgelegd, de inkeerregeling afschaffen en het verschoningsrecht van advocaten en notarissen in fiscale zaken beperken. Op de valreep konden we Barmantlo nog om commentaar vragen.

*Wat vindt u van het publiceren van de namen van boetelingen?*

'Ik vind het een slecht idee. Het voorstel lijkt onderdeel van een politiek van *naming and shaming*, de moderne schandpaal dus. In het strafrecht is de anonimiteit van de verdachte gewaarborgd. Soms wordt diens identiteit toch bekend, omdat een individuele verslaggever of een medium daarvoor kiest. Maar de naam bekendmaken is geen overheidsbeleid. Die regel hoort ook te gelden voor fiscale boetes, want ook daarop zijn strafrechtelijke beginselen uit art. 6 EVRM van toepassing.'

*Kan de inkeerregeling niet zo langzamerhand worden afgeschaft?*

'Dat zal in de praktijk moeilijk uitvoerbaar zijn. Nu zijn de eerste twee jaren nog boetevrij. Als je de boete in alle gevallen verhoogt naar 120 procent, is dat een aanpassing met materieel terugwerkende kracht. Dat is niet toegestaan. Een inkeerder heeft er recht op dat

de regels worden toegepast die golden toen hij de onjuiste aangifte deed. Bovendien zullen inkeerzaken door de afschaffing sneller in het strafrecht worden getrokken. Dat lijkt me onwenselijk.'

*Wiebes overweegt het verschoningsrecht in te perken tot de werkzaamheden die advocaten en notarissen uitvoeren om de rechtspositie van een cliënt te bepalen, de cliënt in een gerechtelijke procedure te vertegenwoordigen en/of te verdedigen, het adviseren voor, tijdens en na een rechtsgeding of het geven van advies over het instellen of vermijden van een rechtsgeding. Daarmee sluit hij aan bij de Wet ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme. Is dat een goed idee?*

'Ik vind zo'n beperking een zeer slecht idee. Voor procesadvocaten verandert er waarschijnlijk niet veel als aansluiting zou worden gezocht bij de Wwft. Voor advocaten die adviserend opereren, zal het verschoningsrecht dan niet meer gelden. Het verschoningsrecht vloeit voort uit het algemene rechtsbeginsel dat iedereen zich voor rechtskundige bijstand in vrijheid tot een advocaat moet kunnen wenden. Dat heeft de Hoge Raad al in 1925 uitgesproken en dat geldt nog steeds op alle gebieden, ook in fiscale zaken. Bovendien: als je het verschoningsrecht in fiscale zaken zou beperken, breng je daarmee de Belastingdienst in een bevoordeelde positie en dat is strijdig met het beginsel van equality of arms.'

## 'In de repressieve sfeer heeft de vierdetrancheboete nauwelijks gewerkt, maar in de preventieve sfeer heeft die een enorme betekenis gehad'

medeplichtige ook een boete krijgen. Die is weliswaar een derde lager dan de medeplegersboete, maar nog altijd een percentage van de boete voor de belastingplichtige. Terwijl de adviseur geen enkele reden heeft om bewust mee te werken aan een onjuiste aangifte. Dat vind ik raar en dan druk ik me echt genuanceerd uit.'

*Een adviseur is bijvoorbeeld de pineut als die nog net op tijd ob-aangifte doet op basis van een faxje dat de klant heeft gestuurd, terwijl de gefaxte informatie niet blijkt te kloppen?*  
'Als je de juistheid van die gegevens niet hebt onderzocht, stel je je potentieel bloot aan de boeteregeling. In de repressieve sfeer heeft de vierdetrancheboete nauwelijks gewerkt, maar in de preventieve sfeer heeft die een

enorme betekenis gehad. Veel mensen zijn zich sinds 2009 gaan afvragen of het eigenlijk wel kan wat ze doen. Dat is terecht en ik vind het begrijpelijk dat er dus ook meer wordt gekeken naar zogenoemde *facilitators*.'

*Komt u de strafbeschikking vaak tegen?*

'Die komt met name voor bij de douanerechten. Wat belangrijker wordt, is de ontzetting uit het beroep als bijkomende straf. Onlangs zette de Hoge Raad alleen maar een streep door deze bijkomende straf, omdat de feiten waren gepleegd voordat de sanctie was ingevoerd. Ik voorspel dat het beroepsverbod vaker wordt opgelegd, wat natuurlijk wel een beetje vreemd is bij een beroep dat niet wettelijk is geregeld.'

## Rechtsbescherming

*Bij de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs houdt u zich als lid van de Sectie Formeel Belastingrecht bezig met rechtsbescherming. Wat doet die sectie precies?*

'De Europese koepel van beroepsorganisaties CFE heeft wereldwijd geïnventariseerd wat de rechten en verplichtingen van belastingplichtigen zijn en heeft daaruit een

## 'Dat wij het fiscaal polderen tot hogere kunst hebben verheven, vind ik zo gek nog niet'

fiscaal polderen tot hogere kunst hebben verheven, vind ik zo gek nog niet. Dat je hier ook allerlei *sweetheart deals* zou kunnen sluiten... ik heb de indruk dat daar maar weinig van zijn en er reusachtig ingewikkeld en opgewonden over wordt gedaan.'

### Beroepsregulering

*Bij het CFE was u voorzitter van het Professional Affairs Committee. Wat doet dat comité zoal?*

'De CFE wordt gezien als de spreekbuis van de belastingadviseur in Europa. Wij hebben een goede ingang bij de Europese Commissie en de OECD. Het PAC houdt zich bezig met de ontwikkelingen rond het vak en het recht van overmorgen. Zo hebben wij gekeken naar de basisnoties voor het beroep in diverse landen. Wij zien dat die in gereguleerde en ongereguleerde landen helemaal niet zo veel verschillen.'

*Als de regulering van het beroep er via de achterdeur toch komt, kun je dan niet beter vóór regulering pleiten?*

'Als die onvermijdelijk is, kun je je inderdaad afvragen of je dan niet de weg naar voren moet kiezen. Ik denk dat regulering vaak niet helpt, maar ik zou ook niet zo heel erg tegen een milde vorm van regulering zijn. In de praktijk zal het niet betekenen dat er een verschoningsrecht voor belastingadviseurs komt, maar hooguit een vorm van toezicht. Of toezicht gaat helpen, vraag ik mij af. Zo zijn de accountants sinds jaar en dag gereguleerd en zie je dat allerlei dingen toch niet helemaal lekker zijn gegaan.'

*Zie je dat juist niet omdat het toezichtsmechanisme zo goed werkt?*

'Dat zou je inderdaad kunnen betogen. Maar ondanks het toezicht blijft natuurlijk heel veel onzichtbaar. Ik denk dat het huidige toezichtstelsel, dat zich ook richt op belastingadviseurs, voldoende waarborgen biedt.'

*Maar een echte zolderkamer crimineel houdt je er niet mee tegen...*

'Die zal zich inderdaad niets aantrekken van toezicht, dus daarvoor moet je grijpen naar repressie.'

*Wij horen: repressie, regulering, polderen. Bent u niet eigenlijk adviseur gebleven?*

'Ik ben met hart en ziel advocaat. Het is misschien niet de meest logische stap om zo laat in je carrière je praktijk overboord te zetten en je volledig toe te leggen op rechtsbescherming. Maar het heeft voor mij persoonlijk echt een verandering in denken betekend. Je hebt, zoals ik al zei, veel meer mogelijkheden om de rechtsbescherming geldend te maken. Ik merk ook dat daar grote behoefte aan bestaat.' <<<



set principes gedestilleerd. Met de sectie kijken wij onder meer hoe die principes uitwerken in de Nederlandse belastingwetgeving.'

*Wat voegen die principes toe?*

'Je hebt recht op integriteit, gelijkheid en rechtszekerheid en je zult eerlijk en transparant zijn. De vraag is nu in hoeverre het Nederlandse systeem daaraan beantwoordt.'

*Hoe vindt u het Nederlandse belastingsysteem in vergelijking met andere Europese landen?*

'Over de verhouding tot de Belastingdienst oordeel ik heel positief: je kunt vrij eenvoudig toegang tot de Belastingdienst krijgen en vaak ook zekerheid over jouw rechtspositie. In het Verenigd Koninkrijk en Duitsland staan de verhoudingen meer onder druk en wordt er meer geprocedeerd. Wij zijn in staat om problemen op te lossen buiten toepassing van het recht. Dat is een typisch Nederlandse verworvenheid die we moeten koesteren.'

*Gewoon polderen?*

'Een beetje polderen, ja. Het is misschien vreemd om dat uit de mond van een advocaat te horen, maar dat wij het

