

FISCAAL MOREEL KOMPAS VOLSTREKT OMGESLAGEN

Een nieuw ethisch besef en strenger toezicht zorgen samen voor veranderingen in de fiscaliteit, vertellen Monique van Herksen (Simmons & Simmons) en Kim Helwegen (Jaeger Advocaten–belastingkundigen), die beiden zowel advocaat als fiscalist zijn.

DOOR HENRIETTE VAN WERMESKERKEN FOTO'S GEERT SNOEIJER

“Vanaf het begin heb ik het in de advocatuur erg naar mijn zin gehad”, zegt Monique van Herksen, “maar ik vind het nu tien keer zo interessant als twintig jaar geleden. Vroeger ging het vooral over trucs om zo min mogelijk belasting te betalen. Je werd voor gek verklaard als je het volle pond betaalde. Advocaten gniffelden als ze weer een nieuwe hybride constructie hadden bedacht: binnen de regels van de wet en erg voordelig voor de cliënt. Nu gaat het veel meer om de gevolgen van hoe een bedrijf de fiscaliteit inricht, en de keuzes die het maakt. Het morele kompas is volstrekt omgeslagen.”

COMBINATIE

Van Herksen is geboren en getogen op Curaçao, vroeger een bekend belastingparadijs, waar destijds ruimschoots werk voor fiscalisten was. Fiscalist was een logische beroepskeuze. Eerst studeerde ze aan de Universiteit van Amsterdam en vervolgens in de Verenigde Staten. Na haar studie bleef ze in de VS, waar ze voor de IRS (belastingdienst) ging werken. “Ik richtte mij op een specifiek gebied: *transfer pricing*. Dat gaat over interne verrekenprij-

zen binnen multinationals. Gelieerde vennootschappen moeten voor transacties die ze onderling verrichten, zoals het verlenen van licenties, diensten of de verkoop van halffabricaten, bepalen wat daar een zakelijke vergoeding voor is. Een interessante praktijk die in die tijd, rond 1990, helemaal nieuw was.”

Na zes jaar kwam Van Herksen naar Nederland, waar ze advocaat werd. “Dat betekende niet alleen dat ik de beroepsopleiding moest volgen, maar ook de vakken straf- en strafprocesrecht en burgerlijk recht. Daarvoor ging ik terug naar de UvA. Omdat ik met werkervaring op kantoor binnenkwam, deed ik vanaf het begin grote zaken. Die combinatie viel niet mee.” Van Herksen zette een global transfer pricing praktijk op, leidde veel mensen op en verzamelde een Europees team om zich heen. Ze werkte op verschillende grote kantoren. Na een uitstapje naar een big-four accountantskantoor en de Verenigde Naties, werd Van Herksen een jaar geleden partner bij Simmons & Simmons.

STRAFRECHT

Kim Helwegen werd in 2016 advocaat, ruim twintig jaar later dan Van Herksen. Ook Helwegen werkte eerst een paar jaar als fiscalist. Ze studeerde fiscaal recht en strafrecht in Tilburg. “Ik ben bewust naar een nichekantoor gegaan, omdat ik de combinatie fiscaal en strafrecht wilde doen en dat kon bij Jaeger Advocaten”, aldus Helwegen. “Dat je behalve fiscalist ook strafrechtadvocaat bent, biedt toegevoegde waarde in FIOD-zaken. In strafzaken

SENIOR/JUNIOR

In deze serie praten een senior en een junior advocaat met elkaar over hun studie, de advocatuur en het vakgebied dat zij delen.



ben je als advocaat meer dominus litis dan in de fiscale advisering. Een advies kan de cliënt opvolgen of naast zich neerleggen. Is de cliënt verdachte, dan draait alles om een eerlijk proces en de allerbeste verdediging.”

OMSLAG

De tijd dat fiscaliteit bij het grote publiek als saai onderwerp gold, is voorbij. De kranten schrijven er veelvuldig over. Van Herksen: “Belastingontwijking is een hot issue geworden. Mensen maken zich kwaad over berichten dat de effectieve belastingdruk bij multinationals niet meer dan twee of drie procent is. Er is een omslag in het denken. Die ontwikkeling begon eigenlijk al rond 2008, tijdens de recessie. In 2015 kwam de OESO met een programma om *base erosion and profit shifting* (BEPS) tegen te gaan. Met BEPS wordt belastingplanning bedoeld die in feite belastingontwijking is door uitholling van de belastinggrondslag en winstverschuiving. Een bedrijf verschuift de winst naar een land waar de belasting laag is door daar een kantoor te openen met de juridische eigendom van waardevolle octrooien en knowhow, waar niet veel gebeurt: *three men and a blender* noemen wij dat. Zo’n constructie kon volkomen legaal zijn, maar kan eigenlijk niet meer.” Helwegen: “Dat anders tegen fiscale constructies wordt aangekeken is prima, want sommige planningconstructies voelden echt niet goed. Maar we moeten niet doorslaan. Dat kan gevaarlijk zijn. De perceptie in de maatschappij speelt hierbij een belangrijke rol. Mede door social media gebeurt *naming and shaming* bij belastingontwijking vaker. Ondernemingen worden snel als schuldig gezien, zonder dat een rechter over een fiscale constructie heeft geoordeeld. Ook de automatische uitwisseling van fiscale gegevens tussen landen vergt aandacht, waarbij de rechtsbescherming van de belastingplichtigen een onderbelichte rol krijgt. In Nederland hechten wij gelukkig nog waarde aan onze rechtstaat. Dit kan echter een probleem zijn bij overheden die het hier minder nauw mee nemen.”

DUURZAME ONTWIKKELING

Sinds 2000 stellen de Verenigde Naties zogenoemde duurzame ontwikkelingsdoelen, *sustainable development goals* (SDG’s), vast. Die doelen hebben betrekking op zaken als bestrijding van armoede en honger, scholing voor kinderen, gezondheidszorg, en gelijke rechten. Een van de doelen is dat landen zelf voldoende belasting binnenhalen om de overige zestien SDG’s te halen, vertelt Van Herksen. Daarvoor heeft een land minimaal twintig procent van zijn bruto nationaal product aan belastingopbrengst nodig. Veel landen halen dat niet. “In Afrikaanse landen was het



in 2015 maar 19,1 procent”, zegt Van Herksen. “Als ondernemingen meer zouden bijdragen, zouden die landen beter aan de SDG’s kunnen voldoen. Wie weet zou mede daardoor de immigratie naar Westerse landen vermindern. Belasting kan heel veel impact hebben.”

MELDING

Een hot item in de fiscale praktijk is de zogenoemde DAC 6, een Europese richtlijn die voorziet in een meldingsverplichting voor intermediairs van agressieve grensoverschrijdende transacties. DAC staat voor *Directive on Administrative Cooperation*. Van Herksen: “Die richtlijn geldt met ingang van juli 2020, maar transacties moeten met terugwerkende kracht gemeld worden vanaf juni 2018. Iedereen is dus druk aan het inventariseren. De meldingsplicht rust in eerste instantie op de intermediairs, dus de advocaten en fiscalisten. Die hebben een poortwachtersfunctie. Maar ook een notaris die een klein onderdeel van de transactie voor zijn rekening neemt,

“DOOR SOCIAL MEDIA
KOMT NAMING
AND SHAMING BIJ
BELASTING-
ONTWIJING
VAKER VOOR”

moet nagaan of het om een DAC-transactie gaat en wie de transactie rapporteert. Dat kan ook de cliënt zijn. Iedereen moet weten wie de melding doet.”

“De gevolgen van DAC 6 kunnen aanzienlijk zijn”, zegt Helwegen. “Niet-nakoming van verplichtingen kan worden afgedaan via een bestuurlijke boete, tot maximaal 830.000 euro, of zelfs via de strafrechtelijke weg.”

HYBRIDE

De DAC-meldingsplicht ziet onder andere op transacties die een hybride karakter hebben. “Bijvoorbeeld een transactie die er aan de ene kant uitziet als een lening en aan de andere kant als een kapitaalstorting in plaats van als betaalde rente”, verduidelijkt Van Herksen. “Fiscalisten en juristen zijn gewend om te schaven om transacties hybride te krijgen, maar dat wordt moeilijker of heeft consequenties.” Helwegen vult aan: “Er zijn nu multinationals die zeggen: ik geef alles op, ik betaal, ik doe het volledig transparant.” De tolerantie voor belastingontwijking neemt af. Tegelijkertijd wordt het toezicht strikter. “Je moet de balans vinden”, zegt Helwegen. Van Herksen signaleert dat cliënten nu veel meer geïnteresseerd zijn in de gevolgen van fiscale keuzes. “De methode die je kiest heeft gevolgen voor het bedrijf, de werknemers, het land waarin het bedrijf opereert en de klanten. Een bedrijf kan ervoor kiezen zo min mogelijk belasting te betalen. Aan de andere kant van het spectrum kan een bedrijf ervoor kiezen belasting te betalen over een bredere belastinggrondslag, om op die manier bij te dragen aan de lokale economie en zich als *good corporate citizen* te kunnen profileren.” De gevolgen van de mogelijke keuzes zou je in een adden-



Sr.

Monique van Herksen (1962) studeerde aan de Universiteit van Amsterdam en in de Verenigde Staten. Zij startte als fiscalist en werd in

1995 advocaat in Amsterdam. Sinds 2018 is ze partner bij Simmons & Simmons. Ze is gespecialiseerd in transfer pricing en andere internationale fiscale zaken. Van Herksen adviseert de Verenigde Naties en doceert al meer dan twintig jaar aan universiteiten.

Jr.

Kim Helwegen (1987) studeerde fiscaal recht en strafrecht aan de Universiteit van Tilburg. Zij begon in 2013 als fiscalist bij Baker McKenzie

en werkt sinds 2016 bij Jaeger Advocaten-belastingkundigen in Amsterdam als fiscalist en strafrechtadvocaat. Zij is gespecialiseerd in fiscale procedures en fraudezaken.

dum bij het fiscale advies kunnen voegen, zeggen de advocaten, zodat de verantwoordelijkheid voor deze keuzes wordt verlegd naar een hogere laag in het bedrijf. Want die hoort bij de (supervisory) board, niet bij de legal of financial counsel.

ADVIES

Van Herksen herinnert zich dat zij in haar begintijd als advocaat eens heeft geweigerd mee te werken aan een bepaalde fiscale constructie. “Dat werd van mij gepikt, omdat ik bij de IRS had gewerkt. Achteraf had die constructie strafrechtelijke gevolgen.” Haar advies aan Helwegen en andere jonge advocaten: “Neem geen zaak aan die niet goed voelt of waar je je totaal niet mee kunt verenigen, hoe hoog de druk ook is van je meerdere of patroon om dat wel te doen. Als advocaat ben je een objectieve waarnemer van de feiten en de regels die je daarna partijdig toepast. Het gaat in de eerste plaats om de belangen van jouw cliënt. Maar dat betekent absoluut niet dat je over je eigen professionaliteit en gevoel van juistheid en rechtvaardigheid heen hoeft te stappen.” ■