



Advies 691

DAC6 – beroepsgeheim - beroepsaansprakelijkheidsverzekering

De aansprakelijkheid van de advocaat die voortvloeit uit een gebrekkig advies over het meldingsplichtige karakter van een fiscale grensoverschrijdende constructie is gedekt door zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekering. De activiteiten die de advocaat ontplooit als intermediair in de zin van de DAC6-regelgeving, zijn immers eigen aan het beroep en kunnen als wezenlijke activiteit worden aanzien.

Vraag:

Advocaten zijn sinds 2021 verplicht om onder bepaalde voorwaarden meerdere gegevens over fiscale grensoverschrijdende constructies te melden aan de fiscus. Die verplichting vloeit voort uit de federale en regionale omzettingen van 'Richtlijn (EU) 2018/822 van de Raad van 25 mei 2018 tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU wat betreft verplichte automatische uitwisseling van inlichtingen op belastingsgebied met betrekking tot meldingsplichtige grensoverschrijdende constructies'.

Omdat de rapporteringsverplichting op gespannen voet staat met het beroepsgeheim van de advocaat, heeft de Orde van Vlaamse Balies eind 2020 deontologische gedragslijnen opgesteld. Die werden naar aanleiding van het schorsingsarrest van het Grondwettelijk Hof over het Vlaamse omzettingsdecreet op 18 december 2020 aangescherpt (GwH 17 december 2020, nr. 167/2020). Het Hof bevestigde nadien zijn rechtspraak met betrekking tot de Waalse en de Brusselse omzettingenormen (GwH 11 maart 2021, nrs. 45 en 46/2021). Verdere aanpassingen aan de deontologische gedragslijnen waren dus niet nodig.

Een confrater meldde u dat wanneer een advocaat zijn cliënt – weze het een andere intermediair, dan wel de relevante belastingplichtige – onjuist adviseert over het meldingsplichtige karakter van een fiscale grensoverschrijdende constructie, en de cliënt op basis van dat advies niet, laattijdig, onvolledig of zelfs onterecht overgaat tot melding van de constructie, dit zijn aansprakelijkheid in het gedrang kan brengen.

De vraag rijst of deze gedekt wordt door de beroepsaansprakelijkheidsverzekering van de advocatuur, omdat schade die voortvloeit uit activiteiten die vreemd zijn aan het beroep van dekking zijn uitgesloten.

De beroepsaansprakelijkheidsverzekering bepaalt dat "wanneer er discussie bestaat over het feit of een bepaalde activiteit vreemd is aan het beroep van advocaat, het dossier wordt voorgelegd aan een commissie binnen de OVB die, na het horen van de visie van zowel de verzekeraar als de verzekerde, in samenspraak met de verzekeraar zal beslissen of het schadegeval zich voorgedaan heeft ingevolge activiteiten vreemd aan het beroep of niet." De makelaar heeft de advocaat opgedragen zich te wenden tot de stafhouder en/of de OVB, omdat hij zelf niet kan beoordelen of bepaalde activiteiten vreemd of eigen zijn aan het beroep van advocaat.

Advies:

1.

Volgens artikel 11 van de Codex Deontologie voor Advocaten behoren het vertegenwoordigen, bijstaan en verdedigen in rechte van de cliënt en het verlenen van juridisch advies (zelfs buiten elk rechtsgeding) tot de kerntaken van de advocaat. Ook het Grondwettelijk Hof heeft deze activiteiten reeds herhaaldelijk beschouwd als de “wezenlijke” activiteiten van zijn beroep, zoals in de hierboven aangehaalde arresten.

2.

Het Hof heeft bij zijn beoordeling van de grondwettigheid van de meldingsverplichting voor advocaten onder de witwaspreventiewet een ruime lezing gegeven aan “het verlenen van juridisch advies”. Volgens het Hof strekt dat ertoe “*de cliënt te informeren over de staat van de wetgeving die van toepassing is op zijn persoonlijke situatie of op de verrichting die hij overweegt, of hem te adviseren over de wijze waarop die verrichting binnen het wettelijke kader kan worden uitgevoerd. Zij heeft altijd tot doel het de cliënt mogelijk te maken een rechtsgeding met betrekking tot die verrichting te vermijden.*” (GwH 23 januari 2008, nr. 10/2008, B.9.5.; nadien bevestigd door GwH 24 september 2020, nr. 114/2020, B.12. en de al eerder aangehaalde arresten).

3.

Deze ruime lezing heeft tot gevolg dat de activiteiten die de advocaat ontplooit als intermediair in de zin van de DAC6-regelgeving, eigen zijn aan het beroep en als wezenlijke activiteit kunnen aanzien worden. Een intermediair is immers een persoon die een meldingsplichtige grensoverschrijdende constructie bedenkt, aanbiedt, opzet, beschikbaar maakt voor implementatie of de implementatie ervan beheert, of een persoon die weet of redelijkerwijs kon weten dat hij heeft toegezegd hulp, bijstand of advies te verstrekken met betrekking tot een van die activiteiten.

Een meldingsplichtige grensoverschrijdende constructie is dan weer een constructie die een eigenschap of een kenmerk vertoont die gelden als een indicatie van een mogelijk risico op belastingontwijking. De intermediair staat dus andere intermediairs of belastingplichtigen bij om op een wettelijke manier zo min mogelijk belastingen te betalen. Zodoende adviseert hij hen over de wijze waarop een verrichting binnen het wettelijke kader kan worden uitgevoerd. De rapporteringsplicht onder de DAC6-regelgeving maakt daar onlosmakelijk deel van uit. Bijgevolg is de aansprakelijkheid van de advocaat die voortvloeit uit een gebrekkig advies over deze rapporteringsplicht gedekt door zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekering.

Jan Meerts
Bestuurder deontologie, tucht en regulering

19 april 2021