

8 Mediation en arbitrage in belastingzaken

Mediation in belastingzaken is relatief nieuw. Naar aanleiding van een ‘pilot’ met mediation in 2003 heeft de Belastingdienst mediation in de ‘gereedchapskist’ opgenomen voor het oplossen van geschillen tussen de Belastingdienst en de belastingplichtige. Mediation is ook in fiscale procedures mogelijk. Sinds april 2007 bieden alle gerechten (rechtbanken en gerechtshoven) mediation naast rechtspraak aan partijen aan als mogelijkheid om het fiscale conflict op te lossen.

Bij mediation onderhandelen en beslissen partijen zelf over een oplossing, waarbij zij worden begeleid door een mediator. Mediation kan zowel goedkoper als minder tijdrovend dan een fiscale procedure zijn. Voordeel is ook dat een oplossing wordt bereikt waar beide partijen in principe echt achter staan. Dat is meestal goed voor de relatie tussen partijen en toekomstgericht.

Mediation biedt geen oplossing voor elk mogelijk fiscaal geschil. Als partijen een beslissing wensen over een puur juridisch geschil, ligt een beslissing door een fiscale rechter meer voor de hand. Het is doorgaans wel de moeite waard om te bekijken of het echte geschil wel zo juridisch van aard is. Mediation kan daarbij ook helpen. En lukt mediation niet, dan kan men altijd nog naar de rechter.

Net als mediation is arbitrage en bindend advies vrijwillig. Maar bij arbitrage/bindend advies geven partijen, net als bij een fiscale procedure, de zaak uit handen en is het de arbiter/bindend adviseur die beslist.

8.1 Mediation in belastingzaken

8.1.1 *Mediation bij de Belastingdienst*

Bij een fiscaal geschil kunnen de belastingplichtige en de Belastingdienst kiezen voor mediation. Hierbij proberen zij onder begeleiding van een onafhankelijke en professionele conflictbemiddelaar – de mediator – een voor beide partijen aanvaardbare oplossing te vinden.

Geschillen worden vaak veroorzaakt door misverstanden, miscommunicatie, gedrag of bejegening. Zodra deze zijn opgehelderd en opgelost, is er meestal ruimte om tot een oplossing te komen.

Volgens de Belastingdienst kan mediation onder andere worden toegepast:

- bij geschillen tijdens een controle;
- bij een bejegeningklacht;
- nadat beroep bij de fiscale rechter is ingesteld;
- tijdens de bezwaarfase;
- tijdens een klachtenprocedure;
- in alle andere situaties waarin een geschil escaleert.

Uit dit overzicht blijkt dat mediation ook kan worden ingezet voor conflicten die niet direct kunnen worden voorgelegd aan de fiscale rechter, bijvoorbeeld tijdens een boekenonderzoek en/of over de informatieplicht van de belastingplichtige (wat betreft informatieverzoeken, zie ook het wetsvoorstel Rechtsbescherming bij controlehandelingen van de fiscus begin dat begin april 2011 is aangenomen door de Eerste Kamer).

Niet alle geschillen zijn geschikt voor mediation. Strafrechtelijke conflicten komen bijvoorbeeld niet voor mediation in aanmerking. Ook als partijen een principiële uitspraak willen over een zuivere rechtsvraag is mediation niet geschikt.

Via de checklist op www.belastingdienst.nl kan worden nagaan in welke gevallen de Belastingdienst mediation geschikt acht.

Checklist	Ja	Nee
Ik heb het gevoel dat het geschil steeds verder escaleert en dat we er dan in onderling overleg niet meer uitkomen.		
Ik heb geen behoefte aan een (principiële) uitspraak van de rechter.		
Het geschil speelt al geruime tijd.		

Ik heb behoefte aan een snelle en efficiënte oplossing van het geschil.		
Ik zie wel mogelijkheden voor een redelijke oplossing.		
Ik heb het idee dat niet alle kanten van het verhaal voldoende aan bod zijn gekomen.		
Ik wil graag een oplossing op maat waar ik zelf invloed op heb.		
Mediation kan in mijn geval wellicht aanzienlijke (proces)kosten besparen.		
Ik kan niet meer goed communiceren met de andere partij.		
Ik wil graag een oplossing bereiken die ook voor toekomstige situaties bruikbaar is.		
Ik denk dat met mediation ook andere geschillen die ik heb met de wederpartij kunnen worden opgelost.		
Ook in de toekomst zal er regelmatig contact zijn tussen mij en de andere partij en is een goede relatie van belang.		
Er is nog geen eerdere bemiddelingspoging ondernomen.		

Als veel van de voorgaande vragen met ‘ja’ kunnen worden beantwoord, is mediation naar het oordeel van de Belastingdienst het overwegen waard.

Verder is belangrijk of zowel belastingplichtige als de Belastingdienst bereid is om mee te werken aan een oplossing. De Belastingdienst lijkt soms in mediation te beschikken over meer ‘fiscale bewegingsruimte’.

Een belastingplichtige of medewerker van de Belastingdienst die gebruik wil maken van mediation, kan daarvoor contact opnemen met de zogeheten mediationcoördinator. De mediationcoördinator verschaft informatie over mediation en heeft een coördinerende rol bij het benaderen van partijen. Voor mediation kunnen beide partijen dus het initiatief nemen. Als het geschil geschikt is voor mediation, benadert de mediationcoördinator de partijen en verstrekt waar nodig aanvullende informatie. Zodra beide partijen dan met de mediation akkoord gaan, organiseert de mediationcoördinator een eerste bijeenkomst. Vanaf dat moment wordt een mediator aan de zaak gekoppeld. De Belastingdienst werkt in principe met interne mediators die werken volgens de gedragsregels van het Nederlands Mediation Instituut. In uitzonderingsgevallen wordt een externe mediator ingeschakeld. De mediator kent geen van de betrokkenen zakelijk of persoonlijk en is altijd afkomstig uit een andere regio dan die van de partijen.

De mediator ontvangt van de mediationcoördinator de adresgegevens van de partijen en een zeer korte omschrijving van het geschil. De mediator begint zonder voorkennis aan de mediation en kent de achterliggende juridische stukken niet. Zo gaat hij onbevooroordeeld de mediation in. De mediator ontmoet beide partijen tijdens de eerste bijeenkomst. De mediator bespreekt de werkwijze en de aard van het geschil met beide partijen. Vervolgens ondertekenen alle partijen een mediationovereenkomst, waarin hun rechten en verplichtingen zijn vastgelegd.

Deelname aan mediation is vrijwillig en de Belastingdienst en de belastingplichtige kunnen er op elk moment mee stoppen. Aan de andere kant betekent deelname aan mediation wel dat beide partijen zich daadwerkelijk moeten inspannen om tot een oplossing te komen. Geheel vrijblijvend is een mediation dus niet.

Het zoeken van een oplossing via mediation is voor beide partijen vaak aantrekkelijker dan een oplossing via een andere weg, zoals de rechter. Mediation kan sneller leiden tot een uitkomst dan een fiscale procedure en daarmee ook relatief goedkoop zijn. Dit komt onder meer doordat aan een mediation met de Belastingdienst geen kosten van de (interne) mediator voor de belastingplichtige zijn verbonden, behalve de kosten die de belastingplichtige zelf maakt, zoals de kosten van een belastingadviseur of advocaat.

Volgens informatie van de Belastingdienst kent circa 80% van de mediations bij de Belastingdienst een goede afloop. Meestal is één gesprek voldoende om het geschil op te lossen. En de totale duur van een mediation is gemiddeld 4,5 uur.

Vertrouwelijkheid staat bij mediation centraal. Wat tijdens de mediation naar voren komt, speelt alleen tijdens de mediation een rol. Op deze manier kunnen zaken in een zo groot mogelijke openheid worden besproken. De vertrouwelijkheid is uiteraard wel beperkt. Als tijdens de mediation blijkt dat de belastingplichtige strafbare feiten heeft gepleegd, wordt deze niet gedekt door de mediation.

Ook is enige voorzichtigheid op zijn plaats als het gaat om inlichtingen die na afloop van een mislukte mediation alsnog kunnen worden opgevraagd bij de belastingplichtige in het kader van de informatieverplichtingen van artikel 47 AWR. Het is wel de vraag hoe die inlichtingenplicht zich verhoudt tot de geheimhouding van al hetgeen in een mediation is besproken.

De uitkomst van een mediation wordt niet opgelegd door de mediator: partijen bepalen zelf hoe de oplossing er uitziet. Soms ligt die in de sfeer van de onderlinge communicatie, soms is het een puur zakelijke oplossing. Tijdens de mediation kan de belastingplichtige zich laten bijstaan door bijvoorbeeld een belastingadviseur of advocaat.

Als de mediation geheel of gedeeltelijk slaagt, worden de gemaakte afspraken schriftelijk vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst. Beide partijen ondertekenen deze overeenkomst.

Tijdens de mediation liggen de eventuele lopende reguliere procedures, zoals invorderingsmaatregelen en bezwaar- of klachtbehandeling, tijdelijk stil. De reguliere procedure wordt pas weer voortgezet, als partijen er in een mediation niet uitkomen.

8.1.2 *Mediation naast rechtspraak*

In januari 2005 heeft de Tweede Kamer ingestemd met mediation als onderdeel van (fiscale) procedures. Sinds april 2007 verwijzen alle gerechten standaard naar mediation. Deelname aan mediation is vrijwillig; beide partijen – de belastingplichtige en de Belastingdienst – moeten er dus mee akkoord gaan. De vraag is wel of men er goed aan doet om een dergelijk aanbod van de rechter naast zich neer te leggen.

Partijen kunnen niet alleen in de voorfase (tijdens een boekenonderzoek of in de bezwaarfase) een mediator inschakelen. Het is ook mogelijk dat tijdens de beroepsfase de rechter voorstelt om te proberen het geschil door middel van mediation op te lossen. Heeft men mediation al geprobeerd in de voorfase, dan lijkt een mediation in tweede

instantie doorgaans niet zo zinvol. Bij aanvang van de fiscale procedure wordt bekeken of een zaak zich leent voor mediation.

De eerste tweeënhalf uur van de mediation bij doorverwijzing door de rechter waren tot 1 januari 2011 kosteloos. Dit was mogelijk vanwege een tijdelijke stimuleringsbijdrage van het ministerie van Justitie. Sinds 1 januari 2011 delen partijen in principe de kosten van de mediation, tenzij in onderling overleg daarvan wordt afgeweken. Partijen die in aanmerking komen voor de Wet op de rechtsbijstand kunnen een tegemoetkoming in de kosten krijgen.

Voor het optreden als mediator stelt de rechterlijke macht als eis dat de mediator NMI gecertificeerd mediator is. Voor NMI (geregistreerde) mediators bestaat de mogelijkheid om als co-mediator op te treden. Voor registratie als NMI mediator geldt als voorwaarde dat de mediator een opleiding heeft gevolgd die door het NMI is erkend en de NMI kennistoets heeft gehaald. Voor certificering is daarnaast vereist dat de mediator het assessment van het NMI succesvol heeft afgerond.

8.2 Arbitrage

Bij arbitrage leggen partijen, net als bij de reguliere rechtspraak, hun geschil voor aan een (met formeel gezag beklede) derde. Het verschil met mediation is dat bij mediation partijen zelf – met behulp van een onafhankelijke derde – het geschil oplossen en het resultaat vastleggen in een vaststellingsovereenkomst. Arbitrage leidt net als bij reguliere rechtspraak tot een vonnis. Een vonnis van een arbiter levert rechtstreeks een executoriale titel op (artikel 1062 Rv). Wil men bij mediation hetzelfde bereiken, dan zal de vaststellingsovereenkomst in een notariële akte moeten worden opgenomen. Wat betreft vrijwilligheid is er enige overeenkomst tussen arbitrage en mediation. Wie zijn geschil met een ander buiten de rechter om wil proberen op te lossen zal dat zowel bij arbitrage als mediation alleen kunnen doen met instemming van de ander. Zowel voor arbitrage als mediation geldt dat partijen vrij zijn in de keuze van de arbiter(s) en mediator(s). Wel is arbitrage gebonden aan bepaalde wettelijke voorwaarden en heeft daardoor een wat formeler karakter. Mediation is veel informeler van aard en kent in Nederland op dit moment nog geen wettelijke regeling. Dit wordt anders als de zogeheten Mediationrichtlijn in Nederland wordt geïmplementeerd. Begin november 2010 is een wetsvoorstel (32555) bij de Tweede Kamer ingediend, waarmee deze Europese mediationrichtlijn wordt omgezet in Nederlands recht.

Een ander verschil met mediation is dat bij arbitrage partijen zich niet eenzijdig aan een arbitrageprocedure kunnen onttrekken. Hoewel mediation niet vrijblijvend is en tijdens de mediation een inspanningsverplichting geldt om het geschil door middel van mediation op te lossen, kunnen partijen de mediation op elk gewenst moment eenzijdig beëindigen.

Voor zowel mediation als arbitrage geldt dat deze niet openbaar is en een vertrouwelijk karakter heeft. Partijen 'tekenen' voor deze geheimhouding voorafgaand aan de mediation/arbitrage.

Arbitrage is voor de fiscaliteit op een aantal terreinen een gebruikelijk middel om geschillen op te lossen. Daarbij kan worden gedacht aan geschillen over verrekenprijzen ('transferpricing'), zoals geregeld in het zogeheten Arbitrageverdrag (Verdrag 90/436/EEG betreffende de afschaffing van dubbele belasting bij winstcorrecties tussen verbonden ondernemingen) en aan conflicten in het douanerecht bij de invoer van goederen tussen expediteur en importeur met toepassing van de zogeheten FENEX-conditions (Nederlandse expeditievoorwaarden, opgesteld door de FENEX, de Nederlandse Organisatie voor Expeditie en Logistiek).

8.3 Bindend advies

Bij een bindend advies wordt, net als bij de reguliere rechterlijke procedure en bij arbitrage, een uitspraak gedaan door een derde over een geschil tussen twee partijen. Het verschil is dat bij een bindend advies geen vonnis wordt uitgesproken maar dat het voor partijen bindende advies wordt vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst.