

# De ontwikkelingen op het gebied van fiscale mediation in Nederland

*Roelof Vos & Diede Molenaars*

Vorig jaar heeft dhr. Luc Vanheeswijck in het Nederlands-Vlaams Tijdschrift voor Mediation en Conflictmanagement een artikel geschreven over ‘Fiscale Bemiddeling in België’.<sup>1</sup> Deze bijdrage laat zien dat fiscale bemiddeling in België de laatste jaren snel aan populariteit gewonnen heeft. In 2014 is Roelof Vos in zijn artikel ‘Mediation van belastinggeschillen in Nederland’ al ingegaan op fiscale mediation in Nederland.<sup>2</sup> Nog steeds is van een wettelijke basis voor mediation in fiscale geschillen geen sprake, al is een wettelijke verankering van mediation in Nederland dichterbij dan ooit.

In dit artikel is er aandacht voor de huidige praktijk in Nederland en de ontwikkelingen die daarin zichtbaar zijn sinds 2014. Daarbij passeren de ontwikkelingen in het wetgevingsproces de revue en is er aandacht voor de mogelijkheden om de inzet van fiscale mediation uit te breiden naar fiscale strafzaken.

## Huidige praktijk fiscale mediation in Nederland

Sinds 2005 bestaat in Nederland de mogelijkheid om fiscale geschillen tussen belastingplichtigen en de Belastingdienst op te lossen via bemiddeling. De Tweede Kamer heeft er toen mee ingestemd om mediation in te zetten bij fiscale geschillen.<sup>3</sup> Sinds 2007 is deze mogelijkheid ook door alle rechtbanken en gerechtshoven geïmplementeerd, waarmee de gerechten aan partijen de mogelijkheid bieden om fiscale conflicten op te lossen via mediation. De mogelijkheid bestaat daar dus mee, maar is niet wettelijk verankerd. Lange tijd – en nog steeds – is de inzet van mediation in deze geschillen erg beperkt gebleven. Dat terwijl mediation in fiscale zaken op zich breed inzetbaar is. In Nederland kan fiscale mediation namelijk in alle fasen van de procedure worden voorgesteld door een van de partijen. Dat wil zeggen vanaf een boekenonderzoek tot zelfs na een uitspraak van de rechter. Zoals Vanheeswijck schrijft in zijn artikel wordt de mogelijkheid tot mediation in Nederland dus niet beperkt door een beroepsprocedure bij de rechtbank. In tegenstelling tot de fiscale bemiddeling in België, waar bemiddeling onverenigbaar is met een beroepsprocedure, aldus Vanheeswijck.<sup>4</sup>

1 L. Vanheeswijck, Fiscale bemiddeling in België, TMD 2020(24)1.

2 R. Vos, Mediation in belastinggeschillen in Nederland, TMD 2014(18)3.

3 Verslag algemeen overleg gehouden op 20 januari 2005 - Mediation en het rechtsbestel, Kamerstukken II 2004/05, 29528, nr. 3.

4 L. Vanheeswijck, Fiscale bemiddeling in België, TMD 2020(24)1.

Geschiloplossing – in welke fase dan ook – wordt door partijen onderling in Nederland dus erg gestimuleerd. Dat is goed, vinden wij. Een oplossing waar partijen zelf voor gekozen hebben, heeft doorgaans meer kans op acceptatie dan een beslissing die aan partijen wordt opgelegd door een rechter. En hoe vroeger in het conflict met mediation wordt gestart, des te meer kans van slagen mediation heeft. Het conflict is dan nog minder geëscaleerd.

Het is dan ook niet nodig – in tegenstelling tot bij een verzoek aan de Fiscale Bemiddelingsdienst (hierna: FBD) – dat al voorafgaand aan een mediation is geprobeerd om tot een oplossing met de Belastingdienst te komen. Op het moment dat mediation in een fiscale procedure wordt ingezet, wordt de lopende procedure zo veel mogelijk opgeschort. Let wel, zo veel mogelijk, want een mediation heeft geen invloed op wettelijke termijnen. Dit kan uiteraard gemakkelijk worden ondervangen door het indienen van een pro-formabezwaar of beroep om rechten te behouden, maar is zeker iets om goed in de gaten te houden.

Vanheeswijck haalt nog meer verschillen aan tussen de fiscale bemiddeling in België en Nederland, waaronder dat het doen van een verzoek om mediation in België enkel door de belastingplichtige kan worden gedaan, waar het in Nederland door alle partijen en zelfs door de rechtbank kan worden voorgesteld.<sup>5</sup> Overigens is dit verschil in de praktijk minder groot dan het lijkt. De afgelopen jaren zijn ons geen voorbeelden bekend waarin het verzoek, dan wel het voorstel voor mediation, vanuit de Belastingdienst komt. Wel stuurt de rechtbank steeds vaker partijen ‘de gang op’, nog niet altijd met een formeel voorstel voor mediation, maar er wordt aangestuurd op het onderling tot een oplossing komen. Een stap in de goede richting.

### *Vertrouwelijkheid*

Het voor ons meest in het oog springende verschil is de vertrouwelijkheid. Mediation kenmerkt zich door de situatie die wordt gecreëerd waarbinnen de partijen zich veilig voelen om vrijuit te spreken. Dat komt immers vaak ten goede aan een oplossing. De vertrouwelijkheid staat bij bemiddeling in Nederland dan ook voorop en is in beginsel absoluut, doordat partijen en de mediator hiervoor tekenen in de mediationovereenkomst. In beginsel, want daarbij moet wel een kanttekening worden gemaakt. Zo zijn gevallen bekend waarbij de waarheidsvinding prevaleert boven de geheimhoudingsplicht die in mediation is overeengekomen.<sup>6</sup> In dat geval ging het om het inbrengen van (gedeelten van) de mediationverslagen.

Ook kan een mediator verplicht worden te getuigen op grond van de wettelijke getuigplicht, nu aan mediators geen wettelijk verschoningsrecht is toegekend. In beginsel kunnen partijen ingevolge artikel 153 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bewijs, in dit geval een getuigenverklaring van de mediator, uitsluiten door dit op te nemen in een overeenkomst. Partijen komen dan een contractuele geheimhoudingsplicht overeen, een zogenoemde bewijsovereenkomst. Maar de uitsluiting van het bewijs geldt niet voor het bewijs van feiten waaraan het recht ge-

5 L. Vanheeswijck, Fiscale bemiddeling in België, TMD 2020(24)1.

6 Gerechtshof Amsterdam 22 februari 2011, zaaknummer 200.043.879/02; 200.062.694/01; Gerechtshof Den Haag 17 mei 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1718.

volgen verbindt die niet ter vrije bepaling van partijen staan. In dat geval prevaleert de waarheidsvinding dus boven de geheimhoudingsovereenkomst, zo heeft de Hoge Raad op 10 april 2009 geoordeeld.<sup>7</sup> De uitsluiting van de getuigenverklaring van de mediator is dus toelaatbaar, tenzij het verhoor feiten betreft waaraan het recht gevolgen verbindt die niet ter vrije bepaling van partijen staan.

Recent heeft het Gerechtshof Amsterdam mediators in dit kader in het gelijk gesteld. Het hof hecht veel waarde aan de vertrouwelijkheid en oordeelt dan ook dat wanneer een geheimhoudingsverklaring wordt gesloten, de partijen erop moeten kunnen vertrouwen dat wat tijdens de mediation wordt verklaard, op geen enkele manier naar buiten kan komen, ook niet tijdens een verhoor van de mediator als getuige. Als dat niet zo zou zijn, zou ernstige afbreuk worden gedaan aan de vertrouwelijkheid, aldus het hof. Wel blijkt ook hier dat het hof ruimte laat om van de geheimhouding af te wijken; dat zou het geval kunnen zijn wanneer sprake is van een urgente noodsituatie, zo blijkt uit het arrest. Daarvan was in dit geval geen sprake.<sup>8</sup>

Ondanks dat de vertrouwelijkheid bij mediation dus een van de kernbeginselen is en er veel waarde aan wordt gehecht, is net als in België de vertrouwelijkheid bij fiscale bemiddeling dus niet absoluut. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat in Nederland het overbrengen van informatie voortkomend uit de mediation aan andere fiscale of gerechtelijke diensten – in tegenstelling tot in België – formeel wel is uitgesloten door het tekenen van de mediationovereenkomst.

De vertrouwelijkheid is ook verankerd in de gedragsregels. In Nederland bestaat het MfN-register, een kwaliteitsregister van de Mediatorsfederatie Nederland (hierna: MfN), op basis waarvan geregistreerde mediators zijn onderworpen aan gedrags- en tuchtregels om zo de kwaliteit van mediators te waarborgen.

### *Wijze van aanpak*

Bij een fiscale mediation bestaat de mogelijkheid dat een externe mediator, door partijen overeengekomen, de mediation zal begeleiden. Overigens biedt de Belastingdienst de belastingplichtige ook de mogelijkheid om kosteloos gebruik te maken van een interne mediator van de Belastingdienst, die onpartijdig en onafhankelijk optreedt. Interne mediators van de Belastingdienst zijn onderworpen aan een statuut voor de interne mediator bij een bestuursorgaan, dat de verhouding met de Belastingdienst en de voorwaarden regelt waaronder de interne mediator kan functioneren overeenkomstig de reglementen en voorschriften van de MfN. In principe zijn de interne mediators van de Belastingdienst geregistreerd en werken zij volgens de gedrags- en tuchtregels van de MfN.

Waar in België de FBD zijn eigen gestructureerde aanpak van bemiddeling volgt, worden in Nederland vaak vijf fasen als uitgangspunt genomen: het eerste contact tussen partijen en de mediator, de startfase, de exploratiefase, de oplossingsfase

7 HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9470.

8 Gerechtshof Amsterdam 24 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:938.

en vervolgens de afrondingsfase.<sup>9</sup> Overigens staat het de partijen vrij om die fasen uit te breiden of anderszins te wijzigen. De vorm van mediation is volledig vrij.

Nadat tussen partijen is overeengekomen dat het geschil zich leent voor mediation en partijen daar beide voor open staan, zal een mediator gezocht worden. Zoals eerder in dit artikel genoemd, bestaat de mogelijkheid in een fiscale mediation om daar een interne mediator van de Belastingdienst voor te benaderen. Een regiocoördinator mediation van de Belastingdienst kan indien gewenst een interne mediator van de Belastingdienst zoeken, maar het staat de belastingplichtige ook vrij om een externe mediator bereid te vinden om de mediation te begeleiden.

In Nederland vangt iedere formele mediation aan met het ondertekenen van een mediationovereenkomst. Daarvoor zijn modellen beschikbaar van de MfN, maar een mediator kan daar ook zelf invulling aan geven. Doorgaans is in ieder geval in de mediationovereenkomst opgenomen dat de mediator neutraal en onpartijdig is, regelt de overeenkomst de geheimhouding, de vrijwilligheid van partijen, een inspanningsverplichting en daarmee samenhangend dat partijen zich onthouden van acties of gedragingen die de mediation in ernstige mate bemoeilijken of belemmeren en tot slot dat eventuele afspraken worden vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst. De mediationovereenkomst wordt getekend door alle deelnemers bij aanvang van de gesprekken. Vaak gebeurt het dat de mediator vooraf met beide partijen al kort kennismaat om zo een eerste beeld te krijgen van het geschil en de belangen. Na de ondertekening van de mediationovereenkomst krijgen de deelnemers gelegenheid om de voor hen belangrijke onderwerpen toe te lichten. De mediator probeert op die manier de bredere context van het geschil in beeld te krijgen.

Tijdens de mediationgesprekken zal de mediator zorgen voor een gestructureerd overleg waarin de belastingplichtige(n) en de Belastingdienst hun belangen kunnen toelichten en wordt er gezocht naar een oplossing die recht doet aan alle belangen. De achtergrondinformatie over het geschil die de mediator opdoet in deze gesprekken kan van belang zijn bij het sturen naar een oplossing.

Indien het partijen lukt om tot een oplossing te komen voor het geschil, dan worden deze afspraken vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst. Dit is een bindende overeenkomst. Beide partijen krijgen vervolgens de tijd op de vaststellingsovereenkomst te reageren, waarna de definitieve versie kan worden ondertekend.

Er bestaat dus een groot verschil in (formele) vastlegging met fiscale bemiddelingen in België waar volgens Vanheeswijck geen mediationovereenkomst wordt gesloten en bij een geslaagde mediation geen bindende vaststellingsovereenkomst maar een akkoord in de vorm van een verslag volgt.<sup>10</sup>

9 Deze vijf fasen zijn beschreven in het boek J.A. Booij, J. Kuiper & J. Verstege, *Mediation in Belastingzaken*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.

10 L. Vanheeswijck, *Fiscale bemiddeling in België*, TMD 2020(24)1.

### *Tussenconclusie*

Gezien de hiervoor geschetste verschillen durven wij te concluderen dat mediation bij fiscale geschillen in Nederland breder inzetbaar lijkt dan in België, waar menig verzoek niet in aanmerking komt voor mediation. Toch laten de cijfers het tegenovergestelde zien: sterk toenemende cijfers bij fiscale bemiddeling in België, zo blijkt uit het artikel van Vanheeswijck,<sup>11</sup> terwijl de inzet van mediation in fiscale geschillen in Nederland nog steeds beperkt is.

De zorgen over de werklast van de FBD door de grote toename van fiscale bemiddeling in België, zoals benoemd door Vanheeswijck, is in Nederland dan ook niet aan de orde.<sup>12</sup> In tegendeel, in Nederland wordt nog steeds naarstig gezocht naar manieren om mediation in fiscale zaken als vorm van geschilbeslechting te stimuleren.

Wel zien wij in Nederland veel voorbeelden waarin met de Belastingdienst 'om de tafel wordt gegaan' om fiscale geschillen onderling op te lossen. Ook deze overeenstemming wordt vaak geregeld met een vaststellingsovereenkomst. Weliswaar is daarbij geen sprake van een formele mediation, maar de insteek om met elkaar buitengerechtelijk tot een oplossing te komen, lijkt steeds meer te leven. Mediation is daarmee niet noodzakelijk om gezamenlijk tot een oplossing te komen. Dat zou een verklaring kunnen zijn voor de beperkte inzet van mediation in fiscale zaken. Al denken wij dat een mediator uiteraard een belangrijke – en mogelijk in bepaalde gevallen essentiële – rol kan spelen om te voorkomen dat het proces onnodig vastloopt of de emoties te hoog oplopen.

### *Project Escala*

Emoties doen zich veelvuldig voor in fiscale geschillen. Zowel bij de belastingplichtige die zich onrechtmatig behandeld kan voelen door de machtige overheid, als bij een vastbijtende inspecteur.

De emoties in fiscale geschillen kennen ze bij het project 'Escala' als geen ander. Dat is een initiatief van de Belastingdienst waarin het team 'Escala Conflictbestrijding' interventies ontwikkelt die bijdragen aan het oplossen van zwaar geëscaleerde en langlopende conflicten. Deze dossiers kenmerken zich door langdurig, extreem niet-constructief gedrag en irrationeel gedrag door de belastingplichtige, wat grote impact heeft op een adequate behandeling van het geschil.<sup>13</sup> Dit maakt dat een geschil dat in eerste instantie beperkt is tot feitelijke en juridische punten, uitmondt in een conflict waarbij emotie een grote rol speelt.

Het onderzoek van het team 'Escala Conflictbestrijding' was onderwerp van gesprek tijdens een door de Vereniging voor Fiscale Mediation (VFM) georganiseerde bijeenkomst over 'Fiscale lastposten' vorig jaar, waarin de heren Crijns en Dautzenberg de uitkomsten van hun onderzoek hebben gedeeld. Uit het onderzoek naar de interventies van project 'Escala' blijkt dat in te ver geëscaleerde dossiers mediation gericht op een snelle inhoudelijke oplossing geen blijvend effect had: slechts 3 van

11 L. Vanheeswijck, Fiscale bemiddeling in België, TMD 2020(24)1.

12 L. Vanheeswijck, Fiscale bemiddeling in België, TMD 2020(24)1.

13 Crijns en Dautzenberg, Extreem lastig gedrag – een alternatieve aanpak, Tijdschrift Conflictmanagement 2018/6.

de 41 interventies door middel van mediation waren succesvol. Procesgerichte interventies daarentegen bleken meer succes te hebben, waarbij het beheersbaar krijgen van het dossier het doel was in plaats van de oplossing van het geschil.<sup>14</sup>

Zoals Crijns en Dautzenberg ook concluderen, is de rol van een mediator bij geëscaleerde conflicten anders dan in een doorsnee geschil tussen de belastingplichtige en de Belastingdienst. Bij dergelijke conflicten zal de mediator, indien hij voldoende kansen ziet voor een succesvolle uitkomst, naast de inspanning voor een oplossing zich moeten richten op het beheersbaar houden van partijen.<sup>15</sup> In het geval van conflicten zal de rol van de mediator dus breder moeten zijn dan het zoeken naar een oplossing.

Mediation bij zwaar geëscaleerde conflicten tussen een belastingplichtige en de Belastingdienst is wellicht nog een brug te ver, maar wat de reden is van de beperkte inzet van mediation bij 'normale' fiscale geschillen blijft voor ons een raadsel. Lange procedures kunnen ermee worden voorkomen en er kan rekening worden gehouden met de belangen die spelen om op die manier tot een oplossing te komen waar partijen mee kunnen leven. Dat komt dan weer ten goede aan de relatie tussen een belastingplichtige en de Belastingdienst, die na een geschil voortduurt.

Mogelijk dat het ontbreken van wetgeving een rol speelt in de terughoudendheid van de Belastingdienst bij mediation voor fiscale geschillen. Gelukkig zien wij op dat punt positieve ontwikkelingen.

## Wetgeving

Een ontwikkeling die al jaren speelt in Nederland en nu eindelijk vorm lijkt te krijgen is het wettelijk inbedden en verankeren van mediation. De huidige minister van Rechtsbescherming, Sander Dekker, wil de lijn van fiscale bemiddeling verder doorzetten en meer stimuleren. Op 20 januari 2020 heeft de minister middels een brief aan de Tweede Kamer bekendgemaakt dat hij voornemens is een nieuw wetsvoorstel in consultatie te brengen dat als doel heeft om te bevorderen dat geschillen op een bestendige, passende en efficiënte wijze worden opgelost.<sup>16</sup>

De minister onderschrijft op basis van onderzoek dat de kans op een duurzame oplossing het grootst is indien partijen gezamenlijk tot een oplossing komen. Een belangrijke reden om het kabinetsbeleid te richten op onder meer een vorm van geschiloplossing als mediation. Interessant is dat ook hier de mogelijkheid om mediation in alle fasen van een proces in te kunnen zetten een belangrijk uitgangspunt blijft. De minister geeft als een van de speerpunten een betere aansluiting tussen gerechtelijke en buitengerechtelijke geschiloplossing, zodat het voor rechtzoekenden makkelijk is om te schakelen tussen beide trajecten. Een gerechtelijke procedure hoeft de inzet van mediation dus niet uit te sluiten.

14 Crijns en Dautzenberg, Extreem lastig gedrag – een alternatieve aanpak, Tijdschrift Conflicthantering 2018/6.

15 Crijns en Dautzenberg, Extreem lastig gedrag – een alternatieve aanpak, Tijdschrift Conflicthantering 2018/6.

16 Brief van 20 januari 2020 van de Minister voor rechtsbescherming Dekker aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nr. 2803186.

Een ander belangrijk speerpunt is ook dat meer vertrouwen gaat ontstaan in het instrument mediation. Het stellen van wettelijke kwaliteitseisen ziet de minister als middel daarvoor. Dat houdt in dat er een wettelijk register komt, waarin mediators die voldoen aan die kwaliteitseisen kunnen worden ingeschreven. Met inschrijving in het register zou dan de wettelijk beschermde titel van beëdigd mediator worden toegekend. Met een beëdiging als mediator hangt samen dat de mediators zich committeren aan bepaalde kernwaarden zoals het bewaken van de vrijwilligheid en de instemming met de uitkomst door partijen, het bewaken van partijautonomie, de onafhankelijkheid en onpartijdigheid en de vertrouwelijkheid van de informatie die in het kader van de mediation wordt gedeeld, aldus de minister.<sup>17</sup>

In het kader van die vertrouwelijkheid is de minister voornemens een verschoningsrecht voor beëdigd mediators op te nemen in het voorgenomen wetsvoorstel. Dat verschoningsrecht zal vergelijkbaar zijn met het verschoningsrecht dat mediators in grensoverschrijdende geschillen nu al toekomt. Dat houdt in dat de mediator niet verplicht kan worden om een getuigenverklaring af te leggen in grensoverschrijdende burgerlijke en handelsgeschillen, zolang de vertrouwelijkheid overeen is gekomen.<sup>18</sup>

Voor mediators die optreden in fiscale zaken kan de vraag worden gesteld hoe dit zich verhoudt tot het op 23 juli 2020 gepubliceerde conceptwetsvoorstel tot aanpassing van het fiscaal verschoningsrecht dat is opengesteld voor consultatie, waarbij juist het wettelijk verschoningsrecht in fiscale zaken wordt ingeperkt.<sup>19</sup> Dit wetsvoorstel – dat overigens al veel kritiek heeft gekregen – is opgesteld vanuit de gedachte van fiscale transparantie. Dat houdt in dat de Belastingdienst in staat moet zijn om over de feiten te beschikken die redelijkerwijs voor de belastingheffing en invordering van belang kunnen zijn en dat dat niet beperkt wordt doordat informatie onder het verschoningsrecht is komen te vallen. Met het wetsvoorstel worden belastingplichtigen verplicht informatie die redelijkerwijs van belang kan zijn voor de belastingheffing en -invordering aan de Belastingdienst te verstrekken, ongeacht of dat informatie betreft die hij heeft toevertrouwd aan zijn advocaat of notaris. Dit raakt onzes inziens niet het doel van het verschoningsrecht voor mediators, waarbij het doel is gelegen in het waarborgen van de vertrouwelijkheid en bevorderen dat partijen vrijuit durven te spreken in de mediation. Daarvoor is noodzakelijk dat niet de vrees bestaat dat deze informatie door de wettelijke getuigplicht in een gerechtelijke procedure, die onverhoopt toch kan volgen, boven water komt.

Specifiek voor mediation in fiscale zaken geldt dat ook aandacht wordt besteed aan het bevorderen van mediation in de verhouding tussen overheid en burger. Daarin zal met name gekeken worden hoe kan worden bewerkstelligd dat geschillen in een vroeg stadium worden opgelost. De minister merkt op dat de Algemene wet be-

17 Brief van 20 januari 2020 van de Minister voor rechtsbescherming Dekker aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nr. 2803186, p. 7.

18 Art. 5 Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelzaken.

19 Ministerie van Financiën, Concept wettekst aanpassing wettelijk fiscaal verschoningsrecht t.b.v. internetconsultatie, 23 juli 2020.

stuursrecht daar het wettelijk kader voor zal moeten vormen, door mediation daarin beter te implementeren of nader in te vullen. Het uitgangspunt van de minister dat de overheid het goede voorbeeld moet geven als het gaat om geschiloplossing in onderling overleg, juichen wij in ieder geval toe.

Maar we moeten niet te vroeg juichen. Het is immers niet de eerste keer dat een poging wordt gedaan om mediation een plek te geven in de wet. Begin 2013 werd door toenmalig Kamerlid Van der Steur het 'Voorstel van de wet van Van der Steur' ingediend. Dat is een combinatie van drie wetsvoorstellen die tot doel hadden mediation verder te professionaliseren en te bevorderen. Concreet waren dat initiatiefvoorstellen voor een Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht, een Wet registermediator en een Wet bevordering van mediation in het bestuursrecht. Dit wetsvoorstel is bij brief van 10 juni 2015 ingetrokken toen hij minister van Veiligheid en Justitie werd. In 2016 is nogmaals een conceptwetsvoorstel in consultatie gebracht in een poging mediation wettelijk te verankeren. Die consultatie heeft sterk uiteenlopende reacties opgeleverd en is op niets uitgelopen.

De beroepsgroep is wel met het ministerie in contact gebleven over de wettelijke verankering van mediation. Zo heeft op 23 mei 2019 een rondetafelbespreking plaatsgevonden op initiatief van het ministerie van Justitie over het nieuwe voorstel, dat nu dus verder is uitgewerkt. Diverse organisaties waren hierin vertegenwoordigd. Roelof Vos nam namens de VFM deel aan dit gesprek.

Een groot verschil tussen het voorstel dat er nu ligt met eerdere voorstellen, is dat de beroepsgroep nu de waarde inziet van een verankering van mediation in de wet en alle organisaties zich achter de wettelijke verankering van mediation hebben geschaard. Zo ook de MfN, die in tegenstelling tot bij eerdere voorstellen, deze keer een positieve grondhouding heeft tegenover de wet. Op 28 februari 2019 heeft de MfN op eigen initiatief met een aanbiedingsbrief aanbevelingen gedaan voor een volgende versie van het wetsontwerp Mediation, waarin ook het doel van een Mediationwet is beschreven. Die zou tweeledig moeten zijn, aldus de MfN: enerzijds de stimulering van mediation en anderzijds het bewerkstelligen van een evenwichtige samenhang tussen mediation en behandeling in rechte. Dat is door de minister zeker opgepikt. De huidige stand van zaken is dat het ministerie verschillende beroepsorganisaties consulteert over het voorgenomen wetsvoorstel. De verwachting is dat het aan de nieuwe regering zal worden overgelaten om verdere stappen te zetten.

De verwachting is dat door de wettelijke basis het instrument mediation meer gewicht en statuur krijgt. Ons vermoeden is dat de Belastingdienst en de belastingplichtige er meer mee aan de slag gaan zodra het in de wet verankerd is. Het voornaamste doel van de wetgeving is dan ook niet voor niets het stimuleren van de inzet van mediation. Een stimulans die mediation in fiscale zaken maar al te goed kan gebruiken.



## Mediation in fiscale strafzaken

Waar in 2014 fiscale strafzaken nog niet voor mediation in aanmerking leken te komen – zoals destijds ook door Roelof Vos in dit tijdschrift is opgemerkt<sup>20</sup> – zien wij daar nu steeds meer ruimte ontstaan. In het Wetboek van Strafvordering is bemiddeling in het kader van het herstelrecht opgenomen als een manier van geschilbeslechting. Het eerst lid van artikel 51h Wetboek van Strafvordering luidt:

‘Het openbaar ministerie bevordert dat de politie in een zo vroeg mogelijk stadium het slachtoffer en de verdachte mededeling doet van de mogelijkheden tot bemiddeling.’

Nu mediation bij uitstek een manier van bemiddeling is, is dit vooralsnog de enige vorm van mediation die wettelijk is verankerd. Dit is ook terug te zien in de inzet van mediation in strafzaken. Volgens het Jaarverslag van de Rechtspraak is in 2019 mediation in 1472 strafzaken ingezet, waarvan er 833 zijn afgerond.<sup>21</sup> Het gaat daarbij tot op heden vooral om commune delicten, waarvoor mediation als vorm van herstelrecht wordt toegepast. Gezien de inzet van mediation in fiscale zaken en de inzet van mediation in strafzaken, hebben wij in het artikel ‘Mediation in fiscale strafzaken’ in het tijdschrift *Bijzonder Strafrecht & Handhaving*<sup>22</sup> de vraag gesteld of deze ontwikkeling, in combinatie met de mogelijkheden van mediation van fiscale geschillen, ruimte biedt voor de inzet van mediation in fiscale strafzaken.

Die vraag hebben wij bevestigend beantwoord; artikel 51h Wetboek van Strafvordering sluit immers fiscale delicten niet uit. Daarbij zal wel rekening moeten worden gehouden met verschillende aspecten die voor mediation bij dit specifieke rechtsgebied een rol spelen. Artikel 51h Wetboek van Strafvordering is bijvoorbeeld gericht op de verdachte en het slachtoffer. Interessant op dat punt is wie dan de partijen worden in de mediation. Gedacht kan worden aan de maatschappij als het slachtoffer van de belastingfraude, waarvoor de Belastingdienst, als verantwoordelijke organisatie voor de heffing en inning van belasting, optreedt. Op die manier kan de schade die de schatkist heeft geleden, worden hersteld.

Let wel dat een overeenkomst in een mediation in strafzaken geen bindende uitkomst voor partijen is. Met de uitkomst die wordt vastgelegd in een eindovereenkomst dient – afhankelijk van de fase waarin het strafrechtelijk onderzoek verkeert – het Openbaar Ministerie (hierna: OM) dan wel de rechter rekening te houden. In het geval waarin het OM de uitkomst van de mediation meeneemt in zijn vervolgingsbeslissing kunnen wij ons voorstellen dat het wenselijk is dat het OM partij is bij de mediation. Zo kunnen afspraken worden gemaakt dat eventuele schade wordt hersteld, onder de voorwaarde dat de strafzaak dan wordt geseponeerd.

20 R. Vos, Mediation in belastinggeschillen in Nederland, TMD 2014(18)3.

21 De Rechtspraak, Jaarverslag 2019, p. 28.

22 R. Vos & D.C. Molenaars, Mediation in fiscale strafzaken, TBS&H 2020, nr. 2.

Ook de vertrouwelijkheid geeft in dit kader stof tot nadenken. Het open en vrijblijvend spreken in een mediation staat haaks op de voorzichtigheid en het zwijgrecht van een verdachte in een strafzaak. Eveneens staat het doel van een mediation – de relatie tussen de verdachte en het slachtoffer herstellen – haaks op de opsporing en vervolging in het strafrechtelijk onderzoek. Als het OM geen partij is bij de mediation, is het ook op geen enkele manier gebonden aan geheimhouding. Afspraken over dat hetgeen tijdens de mediation ter tafel komt niet mag worden gebruikt in het strafrechtelijk onderzoek, zijn dan noodzakelijk om mediation naar behoren te kunnen inzetten.

Het wettelijk verschoningsrecht kan ook hier een stimulerende rol vervullen door in ieder geval de risico's in het kader van de vertrouwelijkheid van de mediator te beperken. Ondanks dat geen gevallen bekend zijn waarin bij een strafzaak de waarheidsvinding prevaleert boven de geheimhouding van de mediator, is dit in theorie mogelijk zonder een wettelijk verschoningsrecht van de mediator. Een mediator kan in dat geval worden verplicht een getuigenverklaring af te leggen over hetgeen in de mediation is besproken.

Als laatste aspect noemen we dat mediation in fiscale zaken en mediation in strafzaken gemakkelijk gecombineerd kunnen worden. Zo kan gedacht worden aan de inzet van twee mediators, waarvan één gespecialiseerd in strafrechtelijke mediation en één interne mediator van de Belastingdienst, zodat beide rechtsgebieden vertegenwoordigd zijn onder de mediators. Ook is het net als in fiscale zaken wenselijk dat het mediationtraject niet wordt verstoord door opsporingshandelingen, een schorsing van het onderzoek gedurende het mediationtraject zou daar een logische oplossing voor zijn.

Hoewel mediation in fiscale strafzaken nog in de verkenningsfase verkeert, is onze verwachting dat er op korte termijn wel mogelijkheden zijn. Het zou een mooie ontwikkeling zijn als ook in complexe fiscale fraudezaken tot een passende en efficiënte oplossing kan worden gekomen door de inzet van mediation.

## Tot slot

In dit artikel hebben wij aandacht besteed aan de huidige praktijk van mediation bij fiscale geschilbeslechting in Nederland. Hoewel mediation in Nederland goed geregeld is, mediators zijn onderworpen aan gedrags- en tuchtregels en de gang van zaken wordt vastgelegd in bindende overeenkomsten waar partijen op kunnen vertrouwen, is de inzet van mediation in fiscale zaken nog steeds beperkt tot enkele tientallen gevallen per jaar, vooral omdat de Belastingdienst mediation vaak afwijst.<sup>23</sup> Wel merken wij dat het verzoek om mediation alleen al zinvol kan zijn om in het conflict een kentering te bewerkstelligen. Hetzij omdat er een informele mediation kan plaatsvinden, hetzij omdat de zaak daarmee in beweging komt.

23 In 2017, 2018 en 2019 vonden er, volgens opgave van het interne contactpunt landelijke mediation aan het ministerie van Financiën, resp. 17, 13 en 21 mediations plaats. Over 2017 en 2018 werden er 11 succesvol afgerond. Zie het overzicht van S. Vrijburg op [www.accountancyvanmorgen.nl/2020/02/24](http://www.accountancyvanmorgen.nl/2020/02/24).

In zijn artikel in dit tijdschrift in 2014 heeft Roelof Vos al de hoop uitgesproken dat het initiatiefwetsvoorstel mediation in Nederland van Ard van der Steur het zou gaan redden.<sup>24</sup> Tot op heden is het nog niet gelukt om mediation wettelijk te verankeren, maar een nieuwe ronde, nieuwe kansen, want een wettelijke basis kan de inzet van mediation stimuleren tussen belastingplichtigen en de Belastingdienst en mogelijk de uitbreiding van mediation naar fiscale strafzaken bevorderen. Tot dat moment is de grootste ontwikkeling voor dit moment de verschuiving naar – zoals bij alles – online mediation!

24 R. Vos, Mediation in belastinggeschillen in Nederland, TMD 2014(18)3.