



WFR 2016/95

MAGISTRATELIJK, MAAR WEL ALLES UIT DE KAST

ERIC POELMANN¹

Sinds de Panama Papers staat ook buiten de fiscale praktijk vast dat belasting- en inhoudingsplichtigen in groten getale met behulp van internationale structuren het onmogelijk maken dat hun woonland hun daadwerkelijke fiscale verplichtingen kan vaststellen. Voor zover dat na de circa 20.000 bankrekeningen van circa 10.200 Nederlandse rekeninghouders bij KB-Lux nog niet duidelijk was. Ik deel volmondig de analyse van Barack Obama dat het daarbij een probleem is dat veel van de desbetreffende structuren legaal zijn en dat de wetgeving tekortschiet; mijns inziens in dit geval opvallend tekortschiet. Hoe één en ander ook zij, het is de taak van de Belastingdienst met behulp van de door de wetgever gegeven bevoegdheden de fiscale verplichtingen van burgers en bedrijven vast te stellen en te innen. Het behoeft geen betoog dat er een samenhang bestaat tussen de mate van versluiering door belanghebbenden en de nadrukkelijker inzet van machtsmiddelen door de inspecteur.

De versluierende niet-transparante belanghebbende, die met behulp van verschillende jurisdicties wel de vruchten van onze democratische welvarende rechtsstaat plukt, maar meent de daaraan verbonden democratisch vastgestelde bijdrage niet verschuldigd te zijn, behoeft mijns inziens, binnen de kaders van onze rechtsstaat, niet te rekenen op veel fiscaal begrip. In dat kader moet mij van het hart dat het mij verbaast dat er in fiscalibus naar mijn smaak nog te weinig debat heeft plaatsgevonden over de Panama Papers en in het bijzonder dat een voormalig raadsheer van de Hoge Raad in de Panama Papers en de berichtgeving naar aanleiding daarvan en detail is genoemd.

Wie of wat is er tegen dat een inspecteur in het geval van het verhangen van inkomen en/of vermogen naar het buitenland alles uit de kast haalt, teneinde een belanghebbende aan zijn fiscale verplichtingen te houden? Is het niet de taak van de inspecteur om kritische vragen te stellen als er toch nog activiteiten blijken plaats te vinden in Nederland (vgl. HR 18 december 2015, nr. 15/00040, *BNB* 2016/48)? En vervolgens ook dóór te vragen? Sommige belastingplichtigen zullen de vraag opwerpen in hoeverre de inspecteur zijn bevoegdheden proportioneel inzet. Ik kan mij daar nog iets bij voorstellen als het nationale kwesties betreft, waarbij de beschikbaarheid van gegevens geen issue is (zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 19 augustus 2014, *V-N* 2014/43.6 (SMSparking) en Hof 's-Gravenhage 13 november 2015, *V-N* 2016/3.2.1 (gebruik beelden ANPR-camera)). Maar als het gaat om het buitengaats brengen van inkomen en vermogen, zelfs buiten de EU, zelfs in of door Panama, een land dat zich expliciet (nog) niet bij de Common Reporting Standard heeft aangesloten, dan kan de inspecteur weinig anders doen dan op een advocaat-achtige wijze doorvragen op elk relevant detail. Overigens acht ik het tekenend dat belanghebbenden die zelf tot het uiterste informatie versluieren en pogen te voorkomen dat hun materiële belasting-schuld wordt geformaliseerd, van de overheid ultieme transparantie eisen. Maar laat duidelijk zijn, rechtsbescherming geldt voor eenieder.

In de jaren negentig stelde Theo Groeneveld tijdens een presentatie in de Brakke Grond dat de inspecteur in geschilbeslechting een magistratelijke rol heeft. Zwemmer meent dat een niet magistratelijk handelende overheid "het recht verspeelt een beroep te doen op het ethisch besef van haar belastingplichtigen" (discussiebijdrage prof. dr. J.W. Zwemmer aan de bespreking van het preadvies *Belastingheffing en Ethiek*, Vereniging voor Belastingwetenschap 10 december 2010). Beide opvattingen onderschrijf ik volmondig. Maar de inspecteur, die de belastingplichtige die inkomen of vermogen en de informatie daarover versluiert, het spreekwoordelijke vuur aan de schenen legt, handelt mijns inziens in beginsel binnen deze kaders.

¹ Werkzaam bij de Belastingdienst en bij de UvA/ACTL, bijdrage op persoonlijke titel.



WFR 2016/96

MAGISTRATELIJK? DE WOLF IN SCHAAPSKLEREN

LUDWIJN JAEGER¹

We kunnen het alleen maar eens zijn met Groeneveld en Zwemmer dat de inspecteur een magistratelijke rol heeft. Zo ook Poelmann. Hij suggereert echter ten onrechte dat *“alles uit de kast halen”* synoniem zou zijn aan *“op een advocaat-achtige wijze doorvragen op elk relevant detail”*. Poelmann sluit wel terecht af met de opvatting dat geboefte dat versluiert, het vuur aan de schenen mag worden gelegd.

Maar het (fiscale) leven is complexer. En dan heb ik het niet eens over het te pas en te onpas automatisch “uitdelen” van verzuimboetes voor net te laat betalen, of net te laat voldoen aan een aangifteverplichting. Wel ondergraaft dit boetebeleid, gecombineerd met een gebrek aan verticaal toezicht anders dan in de gevallen waar informatie de fiscus in de schoot wordt geworpen (buitenlandse bankrekeningen en nu de Panama Papers), de bereidwilligheid van de meesten om belastingfraude te veroordelen en netjes bij te dragen. Nee, ik heb het erover dat de praktijk leert dat inspecteurs het met regelmaat niet zo nauw nemen met de voor hen geldende regels (der magistratelijkheid). Niet voor niets was de Belastingdienst in 2014 (laatste jaarverslag) de organisatie waarover het vaakst bij de Nationale Ombudsman werd geklaagd. De Belastingdienst wordt bijvoorbeeld gebrek aan professionaliteit verweten (13 oktober 2014, nr. 2014/135) en aan transparantie (4 maart 2015, nr. 2015/038).

In de vele terugwijzingen, bijvoorbeeld, wegens schending van art. 8:42 Awb, is een bevestiging te zien van “versluiting” door de inspecteur. Ondanks het beleid alles te verstrekken en het uitgangspunt dat conform wordt geopereerd (Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 18 april 2005, nr. DGB2005/01053U). Hoe vaak kan je onvoldoende stukken inbrengen om nog te spreken van een incidenteel foutje, wordt de ommissie in de regel wel als zodanig afgedaan. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam op 2 oktober 2012 (ECLI:NL:GHAMS:2012:BY2886, 2.5): *“Ik heb een fout gemaakt (...) in eerste aanleg [heb ik] verzuimd (...) alle stukken van het geding in te brengen, waardoor de rechtbank onvoldoende kon toetsen (...) De voorzitter houdt mij voor dat in hoger beroep nog steeds stukken ontbreken. Daarop zeg ik het Hof dat ik niets te verbergen heb. Ik meende dat ik alle stukken had ingezonden.”*

Ook Van der Voort Maarschalk beklagde zich afgelopen najaar over het niet, of veel te laat, in het geding brengen van het verweerschrift (‘Een verweerschrift is geen tiendagenstuk’, TFB 2015/06). Al dit soort voorbeelden kunnen echter worden weggezet als een foutje, onhandig, onbedoeld. Veel van dit soort “foutjes” zijn echter minder onschuldig en een uiting van een bewust handelen omdat het doel de middelen heiligt. Een vrij pregnant en recent voorbeeld was de poging om gemaakte afspraken met andere toezichthouders over terugtrek van de fiscus niet na te leven (Hof Amsterdam ECLI:NL:GHAMS:2016:134). Ik heb al bedenkingen bij afspraken tussen toezichthouders die kennelijk tot doel hebben “de zaakjes van [bestuurder] geheel te ontmantelen” (r.o. 2.3). De poging om, als kennelijk de afgesproken weg onvoldoende tot ontmanteling heeft geleid, in strijd met afspraken toch te heffen, is gênant. Het uit de uitspraak blijvende selectief geheugen van inspecteurs is ronduit ergerlijk.

Bij onfatsoen aan de oppervlakte, pakt het voor de inspecteur (vaak) contraproductief uit. Dat is mooi. Maar in hoeveel gevallen komt de inspecteur ermee weg? We moeten dus af van de veronderstelling dat de inspecteur vast wel een magistraat is. En alleen bij echte boeven terecht stevig doorvraagt. We moeten af van de veronderstelling dat de inspecteur geen reden heeft te liegen (Hof ‘s-Hertogenbosch ECLI:NL:GHSHE:2011:BT6830, r.o. 4.8).

Een aan het papier toevertrouwde stelling van de inspecteur behoeft evenzeer onderbouwing als stellingen die namens een belanghebbende worden aangevoerd. Een controlerapport zonder onderliggende stukken bestaat net zo min uit feiten, als de bestrijding die in een beroepschrift wordt geschetst. Rechtbanken behoren de stellingen uit een controlerapport niet op te nemen onder de feiten (behoudens voor zover de rechter deze ‘feiten’ heeft kunnen verifiëren). Inspecteurs mogen veel, doen nog meer, en daar past een gedegen (wantrouwende) toets bij. Dat er belasting wordt ontdoken mag geen reden voor een inspecteur zijn het met de regels minder nauw te nemen. Het zou de aanzet moeten zijn juist het goede voorbeeld te geven!

¹ Werkzaam als fiscaal advocaat bij Jaeger Advocaten-belastingkundigen te Amsterdam.