

# HET PROTOCOL INZAKE HET REKENINGENPROJECT (DEEL 2)

MR. A.C. VAN AALST en MR. L.C.A. WIJSMAN\*

*Een analyse van rechtsvragen betreffende de vrijwillige verbetering*

## 1 Inleiding

In onze eerdere bijdrage in het Weekblad is een aantal rechtsvragen aan de orde gekomen die onderwerp zijn van de fiscale procedures die binnenkort zullen worden gevoerd op grond van het Protocol inzake het Rekeningenproject.<sup>1</sup> In deze bijdrage wordt een aantal rechtsvragen betreffende de vrijwillige verbetering ex art. 67n en 69, derde lid, AWR geanalyseerd.

Het Rekeningenproject is een grootschalig onderzoek van de Belastingdienst/Fiod-ECD naar verzwegen buitenlandse saldi van Nederlandse ingezetenen. Het onderzoek is gebaseerd op gegevens die zijn onvreemd van de Kredietbank S.A. Luxembourgeoise (hierna: de Bank) en heeft inmiddels geresulteerd in het opleggen van navorderingsaanslagen en vergrijpboetes aan enkele duizenden belastingplichtigen.

Een aantal Nederlandse ingezetenen dat in het Rekeningenproject is betrokken, heeft de door hen verzwegen buitenlandse saldi bij de Belastingdienst gemeld met een beroep op de regeling betreffende vrijwillige verbetering. Typologisch kan daarbij een onderscheid tussen drie situaties worden gemaakt.

De eerste groep betreft gevallen waarin de vrijwillige verbetering en een vragenbrief van de Belastingdienst/Fiod-ECD over de door de spijtoptant in het buitenland aangehouden saldi elkaar hebben gekruist. De tweede groep betreft de gevallen waarin ingezetenen saldi die zij aanhouden bij andere buitenlandse banken dan de Bank na ontvangst van de vragenbrief<sup>2</sup> met een beroep op de vrijwillige verbetering hebben opgegeven. De derde groep betreft de gevallen waarin ingezetenen de in het buitenland aangehouden gelden na publicatie van het persbericht van het Ministerie van Financiën over dergelijke saldi alsnog vrijwillig hebben aangemeld.

De rechtsvragen die in deze bijdrage worden geanalyseerd, betreffen hoofdzakelijk het moment van de vrijwillige verbetering (onderdeel 3) en de zogenoemde par-

tiële vrijwillige verbetering (onderdeel 4). Voorts wordt kort ingegaan op de mogelijkheid van vrijwillige verbetering voor saldi aangehouden bij de Bank nadat een vragenbrief is ontvangen (onderdeel 5) en het persbericht van het Ministerie van Financiën van 15 januari 2002 dat Nederlandse ingezetenen uitdrukkelijk wijst op de mogelijkheid om verzwegen buitenlandse saldi alsnog vrijwillig te melden bij de Belastingdienst (onderdeel 6). Afgesloten wordt met een conclusie.

Voorafgaand aan de analyse van de rechtsvragen wordt in onderstaande paragraaf de wettelijke grondslag van de vrijwillige verbetering geschetst.

## 2 Vrijwillige verbetering

### 2.1 Wettelijke grondslag

Het sanctioneren van het niet dan wel onjuist doen van een belastingaangifte en de vrijwillige verbetering door de belastingplichtige kennen een lange geschiedenis. Reeds in de Wet op de inkomstenbelasting 1914 was een bepaling opgenomen, op grond waarvan belastingplichtigen straffeloos onjuistheden in de aangifte vrijwillig konden verbeteren. Een ruimere regeling werd opgenomen in de Wet vervanging fiscaal noodrecht van 1952.<sup>3</sup> Spoedig erna, bij de invoering van de AWR in 1959, werd het fun-

\* De auteurs zijn verbonden aan de tax-litigationgroep van NautaDutilh NV te Rotterdam.

<sup>1</sup> Weekblad 2003/6530, blz. 832 e.v. De deelonderwerpen betroffen de rechtmatigheid van het gebruikte bewijs, de vereisten van art. 14, vijfde lid, IVBPR en art. 6 EVRM en de invloed van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

<sup>2</sup> In een aantal gevallen was sprake van een (schriftelijke) aankondiging van een boekenonderzoek.

<sup>3</sup> Art. 10 Wet vervanging van het fiscale noodrecht 1952.

dament gelegd voor de huidige regeling van art. 67n en 69, derde lid, AWR.

Op grond van art. 67n AWR wordt geen vergrijpboete opgelegd aan de belastingplichtige indien die alsnog een juiste en volledige aangifte doet, dan wel juiste en volledige inlichtingen, gegevens of aanwijzingen verstrekt vóórdat hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat de inspecteur met de onjuistheid of onvolledigheid bekend is of bekend zal worden. Art. 69, derde lid, AWR bepaalt dat het recht op strafvervolgning op de voet van dit artikel vervalt, indien de schuldlige alsnog een juiste en volledige aangifte doet, dan wel juiste en volledige inlichtingen, gegevens of aanwijzingen verstrekt vóórdat hij weet of redelijkerwijze moet vermoeden dat één of meer van de in art. 80, eerste lid, AWR bedoelde ambtenaren met de onjuistheid of onvolledigheid bekend is of bekend zal worden.

Vrijwillige verbetering zal, behoudens bijzondere omstandigheden,<sup>4</sup> resulteren in navorderings- of naheffingsaanslagen, waarbij op de voet van art. 67c AWR jo. par. 24, tweede lid, en par. 28, derde lid, Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst 1998 een verzuimboete kan worden opgelegd ten bedrage van 5% van de verschuldigde belasting met een maximum van € 4537.<sup>5</sup> Vrijwillige verbetering sluit strafrechtelijke vervolging wegens het vals opmaken van een geschrift op de voet van art. 225, eerste lid, Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr) niet uit, hetgeen in de praktijk aanleiding is voor vooroverleg met de Belastingdienst op *no name* basis.<sup>6</sup> Een aantal elementen van de wettelijke regeling van de vrijwillige verbetering komt hierna bij de analyse van de rechtsvragen aan de orde.

## 2.2 Motieven voor vrijwillige verbetering

Steeds meer belastingplichtigen met verzwegen buitenlandse saldi besluiten deze saldi alsnog vrijwillig te melden bij de Belastingdienst. De motieven hiervoor verschillen per geval. Vrijwillige verbetering draagt bij aan de gemoedsrust, ontlast erfgenamen na overlijden van de belastingplichtige en betekent een vergroting van de beschikbaarheid van vrij inzetbare middelen.

In breder verband kunnen worden genoemd de (inter)nationale ontwikkelingen op het gebied van de bestrijding van belastingfraude betreffende onder meer passieve inkomsten. Het Rekeningenproject heeft inmiddels honderden spijtoptanten ertoe aangezet om hun buitenlandse saldi alsnog (vrijwillig) te melden bij de Belastingdienst.<sup>7</sup> Op korte termijn wordt voorts de EU-spaarrichtlijn van kracht die uiteindelijk zal uitmonden in een automatische uitwisseling van informatie tussen EU-lidstaten over spaarsaldi. Mondiaal is na de aanslagen in september 2001 sprake van intensivering van het toezicht op geldstromen, terwijl voordien de OESO al fors had ingezet op de invoering van regelgeving die onder meer oneigenlijk gebruik van belastingparadijzen moet beperken.<sup>8</sup> Mogelijk draagt ook het per 1 januari 2001 ingevoerde milde regime voor passieve inkomsten van box 3<sup>9</sup> bij aan het toenemend aantal spijtoptanten.

## 2.3 Voorwaarden art. 67n en 69, derde lid, AWR

Op grond van art. 67n en 69, derde lid, AWR dient de belastingplichtige die wil inkeren alsnog een juiste en volledige aangifte te doen of juiste en volledige inlichtingen, gegevens of aanwijzingen te verschaffen voordat hij weet of redelijkerwijze moet vermoeden dat de inspecteur met de onjuistheid of onvolledigheid bekend is of zal worden. Het vereiste dat een belastingplichtige weet of redelijkerwijze moet vermoeden dat de inspecteur met de onjuistheid of onvolledigheid bekend is of zal worden, heeft nadere invulling gekregen in de rechtspraak.<sup>10</sup> Het moet gaan om een door de Belastingdienst geuit vermoeden dat voor de belastingplichtige (geobjectiveerd) waarneembaar is.<sup>11</sup>

De Belastingdienst neemt in het kader van het Rekeningenproject het standpunt in dat de volgende handelingen (uitingen) vrijwillige verbetering van verzwegen buitenlandse saldi beletten:

- de inspecteur heeft aan de belastingplichtige vragen gesteld over buitenlandse tegoeden;
- de inspecteur heeft een boekenonderzoek aangekondigd waarbij de buitenlandse tegoeden kunnen worden ontdekt;
- een Fiod-rechercheur maakt aan de belastingplichtige bekend dat tegen hem of haar een onderzoek loopt inzake buitenlandse tegoeden.

In het volgende onderdeel wordt mede op dit standpunt van de Belastingdienst ingegaan.

## 3 Vanaf welk moment is een vrijwillige verbetering voltooid?

### 3.1 Algemeen

Eén van de vragen die tijdens de procedures naar voren zal komen, is welke inlichtingen, gegevens of aanwijzingen

<sup>4</sup> Daarbij kan worden gedacht aan situaties waarin de navorderings- of naheffingstermijn is verlopen of sprake is van melding van belastbare inkomsten die op grond van een vrijstelling geheel zijn vrijgesteld.

<sup>5</sup> De mogelijkheid tot oplegging van een verzuimboete in geval van een vrijwillige verbetering is slechts van toepassing op aangiftebelastingen zoals de loon- en omzetbelasting.

<sup>6</sup> Zie in dit verband tevens onderdeel 3 hierna en G.J.M.E. de Bont, *Tijdschrift voor formeel belastingrecht* 2001, nr. 11.

<sup>7</sup> *Persbericht Ministerie van Financiën van 20 maart 2003, nr. 2003-061.*

<sup>8</sup> Zie het rapport 'Harmful tax competition, An emerging global issue', [www.oecd.org](http://www.oecd.org).

<sup>9</sup> Hoofdstukken 5 en 7.4 Wet IB 2001.

<sup>10</sup> HR 2 mei 2001, BNB 2001/319 en HR 29 september 1999, V-N 1999/47.8.

<sup>11</sup> Zie in dit kader ook onderdeel 3 van het artikel *De vrijwillige verbetering onder 'druk'*, J.H. Asbreuk en A.B. Schoonbeek, *Tijdschrift voor formeel belastingrecht* 2003, nr. 4.

volgende zijn om van een vrijwillige verbetering te kunnen spreken. Deze vraag laat zich in de praktijk niet altijd eenvoudig beantwoorden, mede omdat geen vormvereisten gelden ten aanzien van de vrijwillige verbetering<sup>12</sup> en voorzover ons bekend geen nadere inhoud is gegeven aan de termen inlichtingen, gegevens of aanwijzingen.

Een aantal belastingplichtigen dat is betrokken in het Rekeningenproject heeft een vragenbrief<sup>13</sup> van de Belastingdienst of schriftelijke aankondiging van een boekenonderzoek ontvangen in verband met verzwegen buitenlandse saldi terwijl hun gemachtigden op dat moment in overleg waren met de Belastingdienst over het alsnog vrijwillig melden van deze saldi.<sup>14</sup> De Belastingdienst is van oordeel dat door de vragenbrief of het aangekondigde boekenonderzoek géén sprake meer kan zijn van vrijwillige verbetering en heeft zodoende ook aan deze groep belastingplichtigen vergrijpboeten opgelegd. Dit standpunt is – kort gezegd – gebaseerd op de omstandigheid dat ondanks de verstrekking van bepaalde gegevens, inlichtingen of aanwijzingen, de identiteit van de spijtoptant tijdens het overleg nog niet was vrijgegeven door zijn gemachtigde.

Deze situatie vertoont verwantschap met HR 5 november 1997,<sup>15</sup> waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld over het moment waarop vrijwillige verbetering aanwezig moet worden geacht. Onderstaand zullen wij aan de hand van dit arrest trachten na te gaan of voor een succesvol beroep op art. 67n en 69, derde lid, AWR is vereist dat (ook) de identiteit van de spijtoptant is vrijgegeven.

### 3.2 HR 5 november 1997

Belanghebbende is ondernemer voor de omzetbelasting. De nieuwe accountant van belanghebbende wijst hem in een rapport op de mogelijke onjuistheid van de door belanghebbende eerder ingediende aangiften omzetbelasting. Teneinde over de kwestie fiscaal-technische zekerheid te krijgen, neemt de advocaat van belanghebbende contact op met de inspectie. Nadien vinden twee besprekingen op *no name* basis plaats ter inspectie. Nog voor de tweede bespreking plaatsvindt, heeft de inspecteur de identiteit van belanghebbende achterhaald. De inspecteur maakt hiervan geen melding tijdens het tweede gesprek en deelt de advocaat van belanghebbende mede dat indien nog diezelfde dag vóór 16.00 uur een suppletieaangifte wordt ingediend, deze aangifte zal worden aangemerkt als vrijwillige verbetering en alsdan een verhoging van 10% zal worden opgelegd.

Ondanks een schriftelijk rappel van de inspecteur de volgende ochtend blijft de suppletieaangifte uit, waarna de inspecteur aan belanghebbende een naheffingsaanslag omzetbelasting oplegt met een verhoging van 100% wegens het opzettelijk niet doen van juiste en volledige aangiften omzetbelasting.

In geschil tussen partijen was of sprake was van vrijwillige verbetering. Eerder had Hof 's-Gravenhage<sup>16</sup> omtrent dit geschilpunt beslist dat geen sprake was van vrijwillige verbetering. Het hof overwoog daarbij dat 'in het voordeel van belanghebbende pleit dat zij in verband met

bij haar gerezen twijfel omtrent de juistheid van de door haar gevoegde berekeningswijze (...) contact heeft gezocht met de Inspecteur vóórdat zij wist of redelijkerwijs moest vermoeden dat ambtenaren van de Belastingdienst reeds op het spoor waren gekomen of binnen afzienbare tijd zouden komen van de onjuistheid van de aangifte. Gelet evenwel op de wijze waarop belanghebbende dit blijktens de vaststaande feiten verder heeft ingekleed, kan niet worden volgehouden dat daarmee belanghebbende ook op eigen initiatief haar aangifte heeft verbeterd. Daarvoor heeft zij te veel in het ongewisse gelaten. Voorts acht het Hof belanghebbende niet erin geslaagd aannemelijk te maken dat bij haar op enig moment voorafgaand aan dat van de naheffingsaanslag de wil aanwezig was of de bedoeling voorlag om met betrekking tot de gevolgen voor de heffing van omzetbelasting van de door haar gevolgde handelwijze op het terrein van de ontvangen aanbetalingen open kaart te spelen dan wel een aanzet te geven om te voldoen aan haar verplichtingen voor de heffing van omzetbelasting of haar aangifte op dit punt te verbeteren.' De Hoge Raad sanctioneert de beslissing van het hof.

In de noot onder het arrest stelt Vetter dat enerzijds geen sprake is van een voltooide vrijwillige verbetering, omdat de belastingplichtige zijn naam niet heeft genoemd, doch de overige relevante gegevens wel heeft verstrekt.<sup>17</sup> Anderzijds vindt de annotator dat de ambtenaar van de Belastingdienst door het stellen van een dergelijke korte termijn voor het doen van suppletieaangifte de voltooiing van een lopende vrijwillige verbetering ten onrechte heeft geblokkeerd. Het oordeel van het hof dat geen sprake is geweest van een vrijwillige verbetering acht Vetter theoretisch juist, maar laat bij hem een ontevreden gevoel achter.

<sup>12</sup> Vergelijk M.W.C. Feteris, *Formeel belastingrecht*, blz. 261, Deventer: 1999.

<sup>13</sup> Dit betrof veelal een vragenbrief waarin de geadresseerde wordt geïnformeerd dat uit onderzoek naar voren is gekomen dat hij houder is (geweest) van één of meer in het buitenland aangehouden bankrekeningen. De geadresseerde wordt in deze brief verzocht de na(a)m(en) van de bank(en), het jaar van opening van de rekening(en) en rekeningnummer(s) te verstrekken door middel van een bij de brief gevoegde verklaring buitenlandse bankrekeningen.

<sup>14</sup> Het doel van het vooroverleg verschilt per belastingplichtige, doch ziet in de praktijk met name op het wegnemen van onduidelijkheden over de toepassing van de belastingwet (vergelijk het in onderdeel 3.2 te bespreken arrest van 5 november 1997). Voor administratieplichtigen geldt voorts dat vooroverleg ertoe strekt om duidelijkheid te verkrijgen over al dan niet vervolging door het OM op de voet van art. 225, eerste lid, Sr (het valselijk opmaken van een geschrift zoals een boekhouding).

<sup>15</sup> HR 5 november 1997, nr. 32 631, BNB 1997/405.

<sup>16</sup> Hof 's-Gravenhage 3 september 1996, nr. 95/0269, MK IV.

<sup>17</sup> FED 1997/899. Of belanghebbende daadwerkelijk alle overige relevante gegevens had verstrekt, blijkt ons inziens niet zonder meer uit de vastgestelde feiten.

Asbreuk en Schoonbeek menen dat onduidelijk blijft of het (nog) niet bekendmaken van de identiteit doorslaggevend was voor het oordeel van hof en Hoge Raad, doch achten het moeilijk voorstelbaar dat een inkeer voltooid is zonder bekendmaking van de identiteit.<sup>18</sup> Met hen menen wij dat het antwoord op de vraag of de identiteit van de belastingplichtige voorwaarde is voor vrijwillige verbetering na bovenvermeld arrest vooralsnog niet eenduidig is. Mede vanwege het ontbreken van vormvereisten voor vrijwillige verbetering en een concrete invulling van de termen inlichtingen, gegevens en aanwijzingen is voor het al dan niet vrijwillige karakter van de verbetering derhalve beslissend of bij de belastingplichtige de wil aanwezig is of de bedoeling voorligt om open kaart te spelen dan wel een aanzet te geven om de (aangifte)verplichtingen na te komen.<sup>19</sup> Gegeven de vrije bewijsleer in belastingzaken zou dit ons inziens evenzeer (achteraf) kunnen blijken uit de stukken in het cliëntendossier van de belastingplichtige namens wie de advocaat op *no name* basis heeft overlegd met de Belastingdienst.

## 4 Partiele verbetering

### 4.1 Inleiding

Een aantal Nederlandse ingezetenen betrokken in het Rekeningenproject, houdt naast een rekening bij de Bank één of meer rekeningen aan bij andere buitenlandse banken.<sup>20</sup> Een deel van deze groep ingezetenen heeft deze andere rekening(en) na ontvangst van de vragenbrief gemeld bij de Belastingdienst met een beroep op art. 67n en 69, derde lid, AWR.<sup>21</sup> In dit verband kan worden gesproken van partiële verbetering.

In het vorenstaande is ervan uitgegaan dat de ontvangst van de vragenbrief of de aankondiging van een boekenonderzoek de toepassing van art. 67n en 69, derde lid, AWR belet. De vraag kan worden gesteld of dit zonder meer het geval is. De Belastingdienst is – kort gezegd – van oordeel dat de vragenbrief een vrijwillige verbetering belet omdat de vragenbrief betrekking heeft op alle buitenlandse rekeningen van de geadresseerde, ongeacht of deze alleen werden aangehouden bij de Bank. In haar beleid maakt de Belastingdienst bovendien geen onderscheid tussen praktijksituaties waarbij al dan niet overschrijving(en) naar één of meer andere buitenlandse banken op de afschriften van de Bank zichtbaar zijn.

### 4.2 Saldi die niet worden aangehouden bij de Bank

Ofschoon wellicht verdedigbaar is dat het afwijzende standpunt van de Belastingdienst steun zou kunnen vinden in de tekst van art. 67n en 69, derde lid, AWR,<sup>22</sup> lijkt dit standpunt in strijd met doel en strekking van de wettelijke regeling van de vrijwillige verbetering en de rechtspraak dienaangaande.

In onderdeel 3 kwam aan de orde dat op grond van rechtspraak als belangrijkste voorwaarde voor een geslaagd

beroep op art. 67n en 69, derde lid, AWR heeft te gelden dat bij belanghebbende de wil aanwezig is of de bedoeling voorligt om open kaart te spelen dan wel een aanzet te geven om de (aangifte)verplichtingen na te komen, voordat de belastingplichtige weet of redelijkerwijze moet vermoeden dat de inspecteur de onjuistheid op het spoor is.

De rechtspraak heeft nadere invulling gegeven aan deze voorwaarde. Zo volgt uit HR 2 mei 2001<sup>23</sup> dat in geval van een (aangekondigd) boekenonderzoek, op grond van de feiten en omstandigheden van het individuele geval moet worden getoetst of de serieuze mogelijkheid bestaat dat de verzwegen buitenlandse saldi in het kader van een onderzoek (ten dele) zouden worden achterhaald. Bestaat die serieuze mogelijkheid niet, dan is vrijwillige verbetering ook na (aankondiging van) een boekenonderzoek nog mogelijk.

Uit het arrest volgt dat de Hoge Raad het al dan niet vrijwillige karakter van de verbetering toetst aan de feiten en omstandigheden van het individuele geval. De Belastingdienst verwijst voor de onderbouwing van haar standpunt naar de ruime strekking van haar vragenbrief ('alle bankrekeningen') met als gevolg dat vrijwillige verbetering van saldi die niet worden aangehouden bij de Bank na ontvangst van deze vragenbrief niet langer mogelijk is. In het licht van HR 2 mei 2001 lijkt deze motivering onvoldoende om haar afwijzend standpunt te dragen. De vragenbrief betreft immers een (niet-geïndividualiseerde) standaardbrief die juist vanwege haar ruime strekking het karakter van een *fishing expedition* heeft.

Daarbij komt dat de Belastingdienst vragen van belastingplichtigen over welke gegevens zij beschikt, onbeantwoord laat. Indien wordt aangenomen dat het Rekeningenproject (nagenoeg) uitsluitend is gebaseerd op gegevens die afkomstig zijn van de Bank<sup>24</sup> en de Belastingdienst niet beschikt of kan beschikken<sup>25</sup> over ge-

<sup>18</sup> J.H. Asbreuk en A.B. Schoonbeek, *Tijdschrift voor formeel belastingrecht* 2003, nr. 4.

<sup>19</sup> *Het is aan de belastingplichtige om dit aannemelijk te maken.*

<sup>20</sup> *Het navolgende geldt onverkort voor ingezetenen die in het verleden een of meer rekeningen hebben aangehouden.*

<sup>21</sup> *De bij de Bank aangehouden saldi zijn veelal niet met een expliciet beroep op art. 67n en 69, derde lid, AWR aangegeven.*

<sup>22</sup> *Afgezien van de aard en achtergronden van de vragenbrief (zie hierna) kan de brief worden aangemerkt als een uiting van het vermoeden van de Belastingdienst dat de geadresseerde verzwegen buitenlandse saldi aanhoudt of in het verleden heeft aangehouden.*

<sup>23</sup> BNB 2001/319.

<sup>24</sup> *Dit is niet duidelijk.*

<sup>25</sup> *Indien de rekening wordt aangehouden bij een bank die is gevestigd in een land waar een bankgeheim geldt, zal het behoudens bijzondere omstandigheden (bijvoorbeeld diefstal) voor de Belastingdienst praktisch niet mogelijk zijn om gegevens te verzamelen over deze rekening. Het bestaan van dergelijke rekeningen kan daarentegen wel blijken uit de rekeningoverzichten betreffende de KBL-rekening, bijvoorbeeld in geval van overmakingen van of naar deze rekening.*

vens van buitenlandse saldi die bij één of meer andere buitenlandse banken worden aangehouden, is op grond van HR 2 mei 2001 verdedigbaar dat de spijtoptant op het moment van melding van die saldi niet wist of redelijkerwijze moest vermoeden dat de inspecteur deze saldi op het spoor was.<sup>26</sup> Vaststaat dat indien de belastingrechter het standpunt van de Belastingdienst zou volgen, de toepassing van art. 67n en 69, derde lid, AWR, zeker voor wat betreft grootschalige onderzoeken zonder voldoende feitelijke (individualiseerbare) grondslag, aanzienlijk zal uitvallen.<sup>27</sup>

Overigens lijkt het standpunt van de Belastingdienst dat de vragenbrief in de weg staat aan partiële verbetering niet goed doordacht. Art. 67n en 69, derde lid, AWR staan ons inziens niet in de weg aan de mogelijkheid dat de belastingplichtige de vragenbrief bewust onjuist of onvolledig beantwoordt door de saldi die niet worden aangehouden bij de Bank (opnieuw) te verzwijgen teneinde nadien deze verzwegen saldi alsnog vrijwillig te melden. Aldus zou het afwijzende standpunt van de Belastingdienst tot opschorting van de vrijwillige verbetering door de belastingplichtige kunnen leiden, hetgeen ons inziens niet in het belang is van de Belastingdienst en de belastingplichtige zelf.

## 5 Saldi die worden aangehouden bij de Bank

### 5.1 Vrijwillige verbetering

De vraag of de ontvangst van de vragenbrief belet dat de reactie op de vragenbrief wordt aangemerkt als vrijwillige verbetering van een rekening bij de Bank laat zich evenmin eenvoudig beantwoorden. Asbreuk en Schoonbeek<sup>28</sup> zijn van mening dat dit niet zonder meer het geval is omdat de vragenbrief in feite een *fishing expedition* betreft. De Belastingdienst geeft in de brief namelijk niet aan over welke informatie zij beschikt en bovendien is door het koppelen van gegevens getracht de identiteit van belastingplichtigen na te gaan. Daarnaast achten de auteurs het mogelijk dat de inspecteur na ontvangst van de vragenbrief niet bekend zou worden met de onjuistheid van de aangiften, omdat de Belastingdienst op dat moment niet zou beschikken over ingediende aangiften over de jaren voor 1995<sup>29</sup> en dat het voor de inspecteur onmogelijk is om eigenhandig gegevens te vergaren vanwege het Luxemburgse bankgeheim.

Wij kunnen ons vinden in het betoog van de auteurs en daarin zelfs een nuancering aanbrengen. Inmiddels zou namelijk zijn gebleken dat de duizenden Nederlandse ingezetenen die een vragenbrief hebben ontvangen, op een enkele uitzondering na allemaal per 31 januari 1994 één of meer bankrekeningen aanhielden bij de Bank. Het heeft er dan ook alle schijn van dat de Belastingdienst ingezetenen een vragenbrief heeft gestuurd pas nadat vaststond dat de rekeninghouder daadwerkelijk was geïdentificeerd. Voor wat betreft de identificatie van de rekeninghouder en voorzover het betreft de rekeningen

die door deze rekeninghouder bij de Bank worden of werden aangehouden, zou dus geen sprake zijn van *fishing expedition*.

Voorts wordt niet geheel duidelijk welke gevolg(en) de auteurs verbinden aan de omstandigheid dat de Belastingdienst niet zou beschikken over ingediende aangiften over jaren vóór 1995. Mogelijk doelen de auteurs daarmee op de omstandigheid dat de Belastingdienst voor wat betreft de Bank uitsluitend zou beschikken over saldi van Nederlandse ingezetenen per 31 januari 1994. Daarmee zou de Belastingdienst uitsluitend voor het jaar 1994 kunnen aantonen dat sprake is van onjuiste of onvolledige aangiften, ware het niet dat de Belastingdienst niet beschikt over de aangifte over dat jaar. Immers, voor wat betreft de jaren na 1995 beschikt de Belastingdienst wel over ingediende aangiften, maar weer niet over gegevens van de Bank. Het eindresultaat zou aldus kunnen zijn dat de vragenbrief slechts vrijwillige verbetering over het jaar 1994 belet.<sup>30</sup> Zo de belastingrechter al zou oordelen dat de vragenbrief als zodanig vrijwillige verbetering voor wat betreft de rekening(en) bij de Bank niet belet, dan achten wij deze uitkomst het meest plausibel.

Voor wat betreft het Luxemburgse bankgeheim dat de inspecteur belet om zelf informatie te vergaren, verdient ten slotte opmerking dat de (landelijke) media vroegtijdig melding hebben gemaakt van de diefstal van gegevens van de Bank. Zodoende konden ingezetenen met een rekening bij de Bank op de hoogte raken van het feit dat de Belastingdienst beschikte over gegevens van Nederlandse rekeninghouders bij de Bank. Moesten Nederlandse ingezetenen op grond van deze berichtgeving redelijkerwijze vermoeden dat de Belastingdienst hun rekeningen bij de Bank op het spoor was? In onderdeel 6 wordt nader op deze vraag ingegaan.

### 5.2 Criminal charge en vrijwillige verbetering

Voor wat betreft de rekening(en) bij de Bank vertoont de vraag of de inhoud van de vragenbrief vrijwillige verbetering belet verwantschap met de in onze eerdere bijdrage behandelde vraag of de vragenbrief een *criminal charge* in

<sup>26</sup> Zie nader J.H. Asbreuk en A.B. Schoonbeek, t.a.p., blz. 14 en onze bijdrage eerder in het Weekblad.

<sup>27</sup> Daarbij zou kunnen worden gedacht aan brancheonderzoeken en de verscherpte aandacht voor bepaalde (aftrek)posten bij de aangiften inkomstenbelasting.

<sup>28</sup> J.H. Asbreuk en A.B. Schoonbeek, t.a.p., blz. 14.

<sup>29</sup> De microfiches bevatten saldi per 31 januari 1994.

<sup>30</sup> Vergelijk Hof Amsterdam 3 november 1992, V-N 1993/2464, waarin de inspecteur op grond van een renteseignering over 1989 over dat jaar een aangiftebiljet toezond. Het hof accepteerde de vrijwillige verbetering over de voorgaande drie jaren.

de zin van art. 6 EVRM inhoudt.<sup>31</sup> Het standpunt van de Belastingdienst dat de vragenbrief vrijwillige verbetering belet, lijkt moeilijk te rijmen met haar voordien ingenomen standpunt dat de brief geen *criminal charge* inhoudt, indien en voorzover de vragenbrief daadwerkelijk is verstuurd pas nadat vaststond dat de geadresseerde was geïdentificeerd als houder van één of meer rekeningen bij de Bank. In dat geval zou de vragenbrief namelijk kunnen worden opgevat als een *charge* ofwel beschuldiging aan het adres van de belastingplichtige. Wij vragen ons af of de Belastingdienst deze tegenstrijdigheid van standpunten heeft onderkend.

Indien overigens de rechter zou oordelen dat de gegevens van de Bank als onrechtmatig verkregen bewijs hebben te gelden en de reacties van belastingplichtigen op de vragenbrief als (besmette) vrucht daarvan, dan zouden de opgelegde vergrijpboeten – voor wat betreft de saldi bij de Bank – dienen te vervallen.<sup>32</sup> De vrijwillige verbetering staat daarentegen (het recht tot) strafvervolgning wegens bijvoorbeeld valsheid in geschrifte op de voet van art. 225, eerste lid, Sr, niet in de weg.

Mogelijk geldt hetzelfde indien de waarborgen van art. 6 EVRM volgens de belastingrechter de Belastingdienst zouden beletten gebruik te maken van de door belastingplichtigen na ontvangst van de vragenbrief verstrekte inlichtingen en gegevens over de door hen aangehouden rekening(en) bij de Bank. Die gegevens zijn dan onbruikbaar, zodat de Belastingdienst de opgelegde vergrijpboeten, mede vanwege het bankgeheim in Luxemburg, uitsluitend kan baseren op informatie die haar uit eigen onderzoek bekend is.

## 6 Persbericht Ministerie van Financiën

Het Ministerie van Financiën wijst in het persbericht van 15 januari 2002 Nederlandse ingezetenen op de mogelijkheid om de saldi van in het buitenland aangehouden rekeningen alsnog vrijwillig aan te melden op de voet van art. 67n en 69, derde lid, AWR. Daartoe zou gebruik kunnen worden gemaakt van de verklaring buitenlandse bankrekeningen die kan worden gedownload van de internetsite van Financiën.

Tegen de achtergrond van het persbericht en het daaraan ten grondslag liggende beleid komt de vraag op welke invloed publiciteit over versterkte controles op de mogelijkheid van vrijwillige verbetering heeft. Ondanks de aandacht over het Rekeningenproject in de (landelijke) media voorafgaand aan de publicatie van het persbericht, wijst het ministerie Nederlandse ingezetenen in het persbericht uitdrukkelijk op de mogelijkheid om hun verzwegen buitenlandse saldi alsnog vrijwillig aan te melden.<sup>33</sup> Blijkbaar staat de publiciteit over het Rekeningenproject volgens het ministerie niet in de weg aan het alsnog vrijwillig melden van verzwegen buitenlandse rekeningen.

Een dergelijk standpunt is met name opmerkelijk voor wat betreft Nederlandse ingezetenen die op 31 januari 1994 één of meerdere rekeningen aanhielden bij de Bank. Omdat deze datum meermaals in de pers is genoemd, zou

het denkbaar zijn geweest dat het ministerie deze groep ingezetenen had uitgesloten in het persbericht, omdat de betrokken rekeninghouders wisten of redelijkerwijze moesten vermoeden dat de Belastingdienst hen op het spoor was.<sup>34</sup> Dat is echter niet gebeurd. Een dergelijk standpunt zou uit doelmatigheidsoverwegingen overigens weinig aantrekkelijk zijn, ook al omdat het ministerie dan impliciet zou hebben erkend dat zij daadwerkelijk slechts beschikte over rekeninggegevens van de Bank per genoemde datum. Dit zou immers verder afbreuk doen aan het standpunt van de Belastingdienst dat de vragenbrief vrijwillige verbetering van alle buitenlandse saldi belet.

Of en zo ja, publiciteit over (aangekondigde) branche-onderzoeken of versterkte controles vrijwillige verbetering nadien belet, heeft in rechtspraak niet eerder tot een expliciet oordeel geleid. In een geschil dat heeft geleid tot HR 4 december 1986<sup>35</sup> heeft de inspecteur de stelling van belanghebbende dat sprake was van vrijwillige verbetering van een aangifte omzetbelasting, onder meer bestreden met een verwijzing naar de publiciteit toentertijd over versterkte controles in de sfeer van de omzetbelasting. Hof en Hoge Raad oordeelden dat sprake was van vrijwillige verbetering, maar zijn daarbij niet expliciet ingegaan op het verweer van de inspecteur. Wij menen dat dergelijke publiciteit onvoldoende individualiseerbaar is en daarmee niet aan spijtoptanten kan worden tegengeworpen.

## 7 Conclusie

In deze bijdrage zijn de belangrijkste rechtsvragen geanalyseerd over de vrijwillige verbetering ex art. 67n en 69, derde lid, AWR die zijn opgekomen naar aanleiding van het Rekeningenproject van de Belastingdienst/Fiod-ECD. Op korte termijn zal de belastingrechter een oordeel over deze – en andere – rechtsvragen worden gevraagd op grond van het Protocol inzake het Rekenin-

<sup>31</sup> Een *criminal charge* doet zich voor op het tijdstip waarop vanwege de belastingadministratie jegens de belastingplichtige een handeling is verricht waaraan hij in redelijkheid de verwachting kan ontleen dat de inspecteur een verhoging zal opleggen. Vrijwillige verbetering is mogelijk tot het moment waarop de belastingplichtige weet of redelijkerwijze moet vermoeden dat de inspecteur met de onjuistheid of onvolledigheid bekend is of zal worden.

<sup>32</sup> Alsdan zou op grond van het *ne bis in idem*-beginsel niet alsnog een verzuimboete kunnen worden opgelegd voor dezelfde feiten.

<sup>33</sup> Dat daarbij wordt vermeld dat belastingplichtigen voor nadere informatie contact kunnen opnemen met de bevoegde belastinginspecteur lijkt wat ongelukkig gekozen; tekst website, zie FutD 02-3.

<sup>34</sup> Een aantal belastingambtenaren zou een dergelijk standpunt wel hebben ingenomen. Overigens kunnen op dit punt de nodige nuanceringen worden gemaakt, bijvoorbeeld ingeval gebruik is gemaakt van coderekeningen.

<sup>35</sup> BNB 1986/159, nr. 22 855.

genproject dat tussen de Belastingdienst en Nauta Dutilh NV is gesloten.<sup>36</sup> Inzet van deze 'inkeerprocedures', naast de andere rechtsvragen uiteengezet in onze eerdere bijdrage in het Weekblad, is met name de houdbaarheid van de vergrijpboetes die zijn opgelegd aan belastingplichtigen die een beroep hebben gedaan op toepassing van de vrijwillige verbetering. Bij de analyse en bespreking van de in

deze bijdrage opgeworpen vragen is (opnieuw) gebleken dat deze zich mede vanwege de specifieke achtergronden van het Rekeningenproject niet eenvoudig laten antwoorden.

<sup>36</sup> V-N 2003/7.13.

# INHOUDING VAN LOONBELASTING

PROF. DR. J. E. A. M. VAN DIJCK

## 1 Inleiding

Inhouding is een kernbegrip van de Wet LB 1964. De loonbelasting wordt volgens art. 27.1 Wet LB 1964 door de inhoudingsplichtige [verder te noemen werkgever] geheven door inhouding op het loon. De werkgever is volgens art. 27.3 tot die inhouding verplicht op het tijdstip waarop het loon wordt verstrekt.

De wet zegt dit nu wel maar het is de vraag of het waar is. Een echte omlijning van het begrip inhouding treft men in de literatuur niet aan, omdat men meestal snel – zonder veel kritiek – zich aansluit bij wat de Hoge Raad hierover heeft gezegd.

## 2 Inhouding is geen belastingheffing

De Wet LB 1964 suggereert dat de werkgever de loonbelasting door inhouding heft. Met andere woorden: de werkgever is belastingheffer. Het is echter in strijd met alle definities die van het begrip belasting in omloop<sup>1</sup> zijn om de werkgever als belastingheffer te zien. Alleen de overheid kan belastingheffer zijn. Art. 27.8 Wet LB 1964 en art. 19.1 AWR kunnen dan wel spreken van de 'ingehouden belasting', maar de AWR is terecht niet van toepassing op de inhouding maar slechts op de afdracht. De AWR drukt het in art. 19 juist uit door te bepalen dat de belasting geheven wordt 'bij wege van voldoening of afdracht op aangifte'. Eerst dan vindt de heffing van loonbelasting plaats. De inhouding is een privaatrechtelijke ingreep in de verhouding werkgever – werknemer krachtens publiekrechtelijke titel, zoals terecht door Dutmer in zijn artikel 'Een korte beschouwing over inhouding' in de FED-Bundel 'Fantasie en durf', blz. 29 werd betoogd.

## 3 Geen inhouding maar verhaal

De wettelijke constructie gaat ervan uit dat van elke afzonderlijke looninkomst loonbelasting moet worden ingehouden. Inhouding [in de letterlijke zin van iets niet uitbetalen] is echter alleen mogelijk van geldloon. Loon in natura is niet vatbaar voor inhouding. Men kan niets inhouden van een aangeboden vakantiereis. De hierover verschuldigde belasting wordt niet ingehouden maar door de werkgever verhaald op het geldloon of anderszins.

Art. 27.6 regelt uitdrukkelijk het geval dat de totale loonbelasting het geldloon overtreft. De wet gebruikt dan de fictie dat het ontbrekende geacht wordt te zijn ingehouden. Een fictie is echter altijd een zwakgebod. Men moet aannemen dat de werkgever dan een normale geldvordering op de werknemer heeft<sup>2</sup> en die hij maar moet zien te innen – zonder enig privilege, zoals bij een belasting gebruikelijk is – op een of andere [onbeholpen] civielrechtelijke manier.

Ook indien het [maand]geldloon wel voldoende is om de totale loonbelasting te dekken, wordt de loonbelasting over de natura-inkomst echter alleen maar verhaald op het geldloon. Ook dan kan men immers van een niet-geldloon geen geld inhouden.

De conclusie moet zijn dat het niet gaat om inhouding

<sup>1</sup> Zie Hofstra-Niessen *Inleiding tot het Nederlands belastingrecht*, blz. 28 e.v.

<sup>2</sup> In art. 7.5 Wet DB 1965 is dit uitdrukkelijk geregeld. De daarin opgenomen mogelijkheid tot opschorting van de betaling totdat verhaal op de werknemer heeft plaatsgevonden, kent de Wet LB 1964 om onduidelijke redenen niet.