

BEBOETING EN NAVORDERING BIJ RENSEIGNERING: ENKELE (ON)MOGELIJKHEDEN

MR. I. R. J. THIJSEN *

1 Inleiding

Sinds 2001 zijn banken en verzekeraars verplicht¹ om uit eigen beweging fiscaal relevante informatie (spaarsaldi, waarde van effectendepots en kapitaalverzekering, rente, dividend, enz.) over hun klanten aan de Belastingdienst te verstrekken. Deze informatie moet voorzien zijn van het burgerservicenummer (voorheen: sociaal-fiscaal nummer) van degene op wie de informatie betrekking heeft. Zo is het voor de Belastingdienst mogelijk om de veelheid aan binnenkomende gegevens op eenvoudige (geautomatiseerde) wijze te koppelen aan de juiste belastingplichtige.² Deze zogenaemde 'renseigneringplicht' achtte de Staatssecretaris van Financiën wenselijk om in de toekomst (met de voortschrijdende digitalisering van de samenleving) de rolverdeling tussen belastingplichtigen en Belastingdienst te kunnen wijzigen.³ Immers, met de door werkgevers en financiële instellingen aangeleverde gegevens kan – zoals al het geval is in Denemarken – de Belastingdienst de aangifte zelf invullen: de zogenaemde 'vooringevulde aangifte' (VIA). In dat geval controleert de belastingplichtige de Belastingdienst, in plaats van andersom. De voorbereidingen voor invoering van de VIA zijn reeds in 2006 begonnen en vanaf dit jaar, althans als de huidige automatiseringsproblemen geen roet in het eten gooien, wil de Belastingdienst de vooringevulde aangifte gefaseerd invoeren. De vraag die – gezien de uitgebreide renseigneringplicht – aandacht verdient, is of het mogelijk is om een belastingplichtige die geen opgave heeft gedaan van reeds bij de Belastingdienst bekende gegevens, daarvoor nog te beboeten. Uit (recente) jurisprudentie komt een wisselend beeld naar voren, zonder dat direct ingegaan wordt op voornoemde vraag.⁴ Ik zal in dit artikel de nadruk leggen op de beboeting bij navordering, maar dezelfde vraag speelt eveneens bij beboeting bij primitieve aanslag⁵ alsmede bij het fiscaal strafrecht. Aan het slot van dit artikel behandel ik nog kort de vraag of thans navor-

dering überhaupt wel mogelijk is met betrekking tot genseigneurde gegevens.

2 Beboeting bij navordering

Art. 67e, eerste lid, AWR luidt:

'Indien het met betrekking tot een belasting welke bij wege van aanslag wordt geheven aan opzet of grove schuld van de belastingplichtige is te wijten dat de aanslag tot een te laag bedrag is vastgesteld of anderszins te weinig belasting is geheven, vormt dit een vergrijp ter zake waarvan de inspecteur hem, gelijktijdig met de navorderingsaanslag, een boete kan opleggen van ten hoogste 100 percent van de in het tweede lid omschreven grondslag voor de boete.'

Bij navordering is beboeting slechts mogelijk indien het aan opzet of grove schuld van de belastingplichtige te wijten is dat te weinig belasting is geheven. Het gaat derhalve om een door het *gevolg* bepaalde gedraging.⁶ Welke handelingen de belastingplichtige heeft verricht of nagelaten om dat gevolg te bewerkstelligen doet niet ter zake,

* *Advocaat bij Jaeger advocaten-belastingkundigen te Amsterdam.*

¹ Art. 53 AWR.

² NNV, Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 17, blz. 238.

³ MvT, Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, blz. 66.

⁴ Rb. Haarlem 1 november 2007, nr. AWB 07/242, Rb. 's-Gravenhage 24 januari 2008, nr. AWB 07/1994, enz.

⁵ Art. 67d AWR.

⁶ Art. 67e AWR omschrijft een zogenaemd 'materieel delict' waarbij de gedraging is omschreven als het veroorzaken van een gevolg dat moet worden onderscheiden van een zogenaamd 'formeel delict' waarbij voor strafbaarheid een bepaalde handeling voldoende is (zie *onder andere* J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, blz. 72, Deventer: Kluwer 2006, derde druk).

maar veelal zal sprake zijn van een onjuist gedane belastingaangifte. Voor alle duidelijkheid: in tegenstelling tot het fiscale strafrecht⁷ hoeft bij beboeting het opzet (subjectieve delictsbestanddeel) dus niet gericht te zijn op de onjuiste aangifte (handeling), maar enkel op de te weinig geheven belasting (gevolg).

3 (Voorwaardelijk) opzet

Van opzet is sprake wanneer iemand bewust – dat wil zeggen: willens en wetens – een fout maakt. Daarvan is in ieder geval sprake als iemand de intentie heeft om onjuist te handelen (boos opzet). Maar ook wanneer een belastingplichtige zich bewust is van het feit dat een bepaalde handeling onmogelijk juist kan zijn (noodzakelijkheidsbewustzijn) of zeer waarschijnlijk onjuist zal zijn (waarschijnlijkheidsbewustzijn) is er sprake van (onvoorwaardelijk) opzet. Het is in de praktijk – met de toenemende complexiteit en omvang van fiscale regelgeving – voor een inspecteur erg moeilijk te bewijzen wat een belastingplichtige precies weet over het belastingrecht. Mede daardoor is het voor een inspecteur veelal moeilijk aanneemelijk te maken dat het aan opzet (bewust) van de belastingplichtige is te wijten dat te weinig belasting werd geheven. Soms wil een rechter er nog wel eens van uitgaan dat bepaalde basale fiscale regels van algemene bekendheid zijn,⁸ maar indien daarvan geen sprake is, wordt veelal door de inspecteur gesteld dat sprake is van voorwaardelijke opzet.⁹ Het betreft dan de lichtste opzetvariant, ook wel kansopzet of opzet met mogelijkhedenbewustzijn genoemd. Bij voorwaardelijke opzet is de belastingplichtige zich ervan bewust dat er een reële kans bestaat dat bijvoorbeeld door indiening van een onjuiste aangifte te weinig belasting wordt geheven, maar heeft hij zich desondanks niet laten weerhouden de aangifte te doen zoals hij heeft gedaan.¹⁰¹¹

4 Aanmerkelijke kans

In verband met de eerdergenoemde toename van complexiteit en omvang van de fiscale regelgeving, kan weliswaar van bijna iedere belastingplichtige die aangifte doet gezegd worden dat hij een kans neemt dat zijn aangifte onjuist of onvolledig is, maar voor beboeting is slechts van belang of de kans op het gevolg (de te weinig geheven belasting) aanmerkelijk¹² te noemen is. Voor de invulling van het begrip aanmerkelijke kans zijn volgens de Hoge Raad 'algemene ervaringsregelen' van belang.¹³ Bij het subjectieve bestanddeel voorwaardelijke opzet wordt – met de introductie van de 'algemene ervaringsregelen' ter inkleuring van het begrip aanmerkelijke kans – een objectief element geïntroduceerd. Met betrekking tot reeds bij de Belastingdienst – vanuit de renseigneringsplicht voortkomende – bekende gegevens, kan mijns inziens niet meer gesteld worden dat bijvoorbeeld een onjuiste aangifte de (objectieve) aanmerkelijke kans tot gevolg heeft dat er te weinig belasting wordt geheven.¹⁴

De gerenseioneerde gegevens zijn bij de Belastingdienst

bekend en de heffing van te weinig belasting daarover lijkt alleen nog maar mogelijk als gevolg van een (ambtelijk) verzuim van de inspecteur. Ik ga ervan uit dat van alle inspecteurs niet een aanmerkelijk deel verzuimt om gerenseioneerde inkomsten te belasten, waardoor ook de kans op de heffing van te weinig belasting niet aanmerkelijk is en bijgevolg een vergrijpboete niet op zijn plaats zou zijn. Overigens heeft de staatssecretaris¹⁵ recentelijk aangegeven dat: 'De belastingplichtige die vermogen belegt bij een in Nederland gevestigde bank wordt geconfronteerd met de bestaande renseigneringsverplichting die op banken rust. Ontduiking van belastingheffing is feitelijk niet mogelijk en mocht de belastingplichtige ervoor kiezen om de renteopbrengsten niet op te geven, dan weet hij nagenoeg zeker dat hij binnen de vijfjaarstermijn tegen de lamp loopt'. Duidelijk is dat volgens de staatssecretaris de kans op het hypothetische gevolg (de te lage belastingheffing) niet aanmerkelijk is, sterker nog, deze kans is in de ogen van de staatssecretaris 'feitelijk niet mogelijk' of 'nagenoeg' niet aanwezig.¹⁶

⁷ Art. 69 AWR.

⁸ O.a. Hof 's-Hertogenbosch 2 juni 1995, V-N 1996, blz. 1817 en HR 30 oktober 1984, NJ 1985, 320.

⁹ Deze gangbare formulering is in hoofdlijnen geïntroduceerd in het Cicero-arrest uit 1954, HR 9 november 1954, NJ 1955, 55 (m.nt. Pompe).

¹⁰ O.a. HR 2 oktober 1991, BNB 1991/323.

¹¹ Zie nader over dit alles G.J.M.E. de Bont, 'Opzet in fiscaal boete- en strafrecht (II)', Tijdschrift voor formeel belastingrecht 2005/04.

¹² 'Aanmerkelijk' wordt fiscaal veelal uitgelegd als 30% of meer. In strafrechtelijke zin is de beantwoording van de vraag of een gedraging de aanmerkelijke kans op een bepaald gevolg in het leven roept afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij betekenis toekomt aan de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder deze is verricht.

¹³ HR 25 maart 2003 (HIV-I-arrest), NJ 2003, 552.

¹⁴ Weliswaar heeft de Hoge Raad in HR 4 oktober 2002, BNB 2003/84, overwogen dat 'De opzet van belanghebbende wordt immers niet weggenomen doordat hij kon aannemen dat de inspecteur langs een andere weg de juiste informatie zou verkrijgen', maar deze uitspraak betrof niet een voorwaardelijke opzettelijk handelende belanghebbende, maar over een onvoorwaardelijke opzettelijk handelende belanghebbende.

¹⁵ Reactie van staatssecretaris op concl. A-G Wattel 1 juni 2007, nr. 43 050.

¹⁶ Indien het voor een belastingplichtige (absoluut) niet mogelijk is om ten aanzien van gerenseioneerde gegevens te weinig belasting te laten heffen, is elke poging om desondanks toch dat gevolg proberen te bewerkstelligen ondeugdelijk (en te vergelijken met het strafrechtelijke leerstuk 'ondeugdelijke middel'; zie onder andere het Centen- of sassafrasarrest, HR 7 mei 1906, W 8372, betreffende een ondeugdelijke vergiftigingspoging).

5 Aanvaarding vs. grove schuld

Naast het bestaan van de aanmerkelijke kans op te weinig belastingheffing bij reeds gerenseigneerde gegevens, is voor beboeting vanwege voorwaardelijke opzet tevens vereist dat de belastingplichtige het gevolg (de te lage belastingheffing) op de koop toeneemt. Het gevolg op de koop toenemen, of anders gezegd, het gevolg bewust aanvaarden,¹⁷ is van cruciaal belang en vormt het vaak moeilijk vast te stellen verschil tussen voorwaardelijke opzet en grove schuld.¹⁸ Bij beboeting wegens grove schuld dient er eveneens een aanmerkelijke kans te bestaan dat bijvoorbeeld uit een onjuiste aangifte een te lage aanslag voortvloeit, maar bij grove schuld gaat de belastingplichtige ervan uit dat dit gevolg *niet* zal intreden. Bij grove schuld gaat de (naïeve/optimistische) belastingplichtige ervan uit dat – ondanks de aanmerkelijke kans erop – de aanslag toch niet te hoog wordt vastgesteld. Ik meen echter, dat met betrekking tot reeds bij de Belastingdienst – vanuit de renseigneringsplicht voortkomende – bekende gegevens, er geen aanmerkelijke kans is dat er te weinig belasting wordt geheven zodat eveneens geen vergrijpboete kan worden opgelegd vanwege het ontbreken van grove schuld.

Met betrekking tot de renseigneringsplicht van financiële instellingen dient bedacht te worden dat daarvan veelal door dezelfde financiële instellingen een mededeling van de rensignering wordt gedaan aan de belastingplichtige. Dat betekent dat een briefje aan de belastingplichtige wordt gestuurd met een aantal gegevens waarbij wordt aangegeven dat deze gegevens ook aan de Belastingdienst zijn verstrekt. De vraag is of deze mededeling van invloed is op de eventuele aanwezigheid van opzet. Een bij een navorderingsaanslag opgelegde boete wordt door de inspecteur vaak onderbouwd met de stelling dat de belastingplichtige door de rensignering wist dat belasting verschuldigd was over een bate, maar dat deze bate desondanks, dus opzettelijk, niet in zijn aangifte is opgenomen. Zou deze stelling in een strafrechtelijke procedure nog (zeer beperkt) hout kunnen snijden (daar hoeft het opzet enkel te zien op de onjuistheid van de aangifte en niet op het gevolg),¹⁹ in een boeteprocédure bewijst de aan de belastingplichtige gedane mededeling mijns inziens juist het tegendeel. Immers, bestaat er een redelijk denkende belastingplichtige waarvan de inspecteur zou kunnen stellen dat deze (voorwaardelijk) opzettelijk heeft gehandeld door in zijn aangifte geen feiten op te nemen waarvan hij weet dat deze feiten reeds zijn gerenseigneerd? Ik zou menen dat in dergelijke gevallen hoogstens gesproken kan worden van (grove) schuld, omdat de belastingplichtige door deze mededeling van de financiële instelling er vanuit zal (en ook mag) gaan dat de aanslag – ondanks de onjuiste aangifte – toch niet te laag zal worden vastgesteld. De kenbaarheid van de belastingplichtige met de rensignering duidt derhalve juist op de afwezigheid van de *aanvaarding* van het hypothetische gevolg (en bijgevolg afwezigheid van *voorwaardelijke opzet*). Deze kenbaarheid met de rensignering zal mijns inziens bij de

belastingplichtige eerder het vertrouwen bevorderen dat het gevolg (de te lage belastingheffing) uiteindelijk niet zal intreden.

6 Navordering

De spontane en digitale aanlevering van gegevens door financiële instellingen heeft ook gevolgen voor de mate waarin de inspecteur een te laag opgelegde aanslag alsnog kan herstellen. Herstel vindt plaats door het opleggen van een navorderingsaanslag en dat is – mede in verband met de eisen die de rechtszekerheid²⁰ stelt – alleen mogelijk indien sprake is van een ‘nieuw feit’ of van ‘kwade trouw’. Een feit dat de inspecteur bekend was of redelijkerwijs bekend had kunnen zijn, is geen nieuw feit en kan derhalve geen grond voor navordering opleveren. De belastingplichtige moet er immers op kunnen vertrouwen dat de inspecteur bij het opleggen van een aanslag op grond van alle beschikbare gegevens een weloverwogen beslissing heeft genomen, en zich niet naderhand op basis van diezelfde gegevens zal bedenken. Van een nieuw feit is echter geen sprake indien het een aan de Belastingdienst gerenseigneerd en belastbaar feit betreft dat door de inspecteur onbelast gelaten is.

Voor het opleggen van navorderingsaanslagen kan de inspecteur ook zijn toevlucht nemen tot de stelling dat een belastingplichtige te kwader trouw is. Volgens de Hoge Raad²¹ is pas sprake van kwade trouw als de belastingplichtige de inspecteur opzettelijk onjuiste gegevens heeft verstrekt of opzettelijk de juiste gegevens heeft onthouden. Indien van (onvoorwaardelijk) opzet geen sprake is, wordt kwade trouw ook aanwezig geacht in geval sprake is van *voorwaardelijke opzet*.²² Voor navordering op grond van kwade trouw is evenwel niet voldoende, dat de belastingplichtige ‘slechts’ heeft gehandeld met grove schuld. Ik meen echter dat van een *belastingplichtige bezwaarlijk* gesteld kan worden dat hij *voorwaardelijke opzettelijk* een aangifte onjuist heeft gedaan waar het gerenseigneerde inkomsten betreft waarvan de belastingplichtige op de hoogte is gesteld (zie onderdeel 2.3 en 2.4). Dit is anders

¹⁷ Het ‘bewust aanvaarden’ is benadrukt in het zogenoemde HIV-I-arrest uit 2003, HR 25 maart 2003, NJ 2003, 552, en nadien regelmatig herhaald.

¹⁸ Van grove schuld is sprake bij een onachtzaamheid die in laakbaarheid aan opzet grenst (zie *onder andere* HR 23 juni 1976, BNB 1967/199).

¹⁹ Sinds HR 26 juni 2001, LJN ZD2493, wordt het strekkingsvereiste in dit artikel zodanig ruim geïnterpreteerd (geobjektiveerd), dat aan deze eis weinig zelfstandige betekenis kan worden toegekend. Zie nader hierover *onder andere* W.E.C.A. Valkenburg, ‘Van de dubbele potentialis naar het strekkingsvereiste en het overgangsrecht’, WFR 2001/1556.

²⁰ De rechtszekerheid eist dat een belastingplichtige met een definitieve aanslag weet waar hij aan toe is.

²¹ HR 11 juni 1997, BNB 1997/384.

²² HR 12 mei 1999, BNB 1999/258.

indien een belastingplichtige welbewust (omvoorwaardelijke opzettelijk) een onjuiste aangifte doet.²³

Sinds 1973 is navordering evenwel mogelijk in het geval de inspecteur een schrijf- of tikfout²⁴ begaat. Deze schrijf- en tikfoutenleer heeft een stroom aan rechtspraak op gang gebracht waarbij het telkens de vraag was of een bepaalde fout bij de aanslagoplegging kwalificeert als een schrijf- of tikfout of een daarmee gelijk te stellen vergissing.²⁵ Zonder al te veel uit te weiden over deze schrijf- en tikfoutenleer, meen ik dat het onbelast laten van gere-seigeneerde gegevens, het gevolg is van de door de Belastingdienst gekozen werkwijze²⁶ en bijgevolg geen sprake kan zijn van een schrijf- of tikfout of een daarmee gelijk te stellen vergissing. Aangezien aangiftegegevens voorafgaande aan de aanslagoplegging op geautomatiseerde wijze worden vergeleken met gere-seigeneerde gegevens, is een — ondanks dit controlemechanisme — opgelegde te lage aanslag het gevolg van een onjuiste gegevensverwerking die voortvloeit uit een bepaalde werkwijze waarvoor binnen de Belastingdienst gekozen is. In dergelijke gevallen moet de inspecteur de gevolgen van die werkwijze voor zijn rekening nemen.²⁷ Alsdan is sprake van een ambtelijk verzuim en kan mijns inziens niet worden nagevorderd.

De navorderingsbevoegdheid van art. 16 AWR zal wellicht binnenkort worden verruimd.²⁸ Deze verruiming van de navorderingsbevoegdheden wordt kennelijk noodzakelijk geacht in verband met de invoering van de vooringevulde aangifte (VIA). Deze verruiming komt er — kort gezegd — op neer dat de eis van het nieuwe feit komt te vervallen en dat navordering mogelijk is in gevallen waarin de belastingplichtige wist (of behoorde te weten) dat er te weinig belasting is geheven. Met het vervallen van de eis van het nieuwe feit neemt de rechtszekerheid af en het risico van fouten bij de vaststelling van een aanslag komt daarmee — evenals bij de aangiftebelastingen — te

liggen bij de belastingplichtige.²⁹ Het laten vallen van de eis van het nieuwe feit dreigt bovendien de inspecteur gemakzuchtig te maken in het besef, dat in de rebound altijd nog gescoord kan worden.³⁰ Navordering lijkt door het conceptwetsvoorstel bijna onbeperkt mogelijk te zijn.³¹ dus ook met betrekking tot gere-seigeneerde, maar onbelast gelaten inkomsten. De beslissing of de navorderingsbevoegdheid moet worden verruimd, is weliswaar aan de wetgever, maar pas nadat een openbaar debat heeft plaatsgevonden over de daaraan verbonden aspecten.³² Het feit dat de tekst van het wetsvoorstel nog steeds niet openbaar is gemaakt, betekent hopelijk niet dat eenieder straks voor een voldongen feit wordt geplaatst.

²³ Zie wederom noot 15.

²⁴ HR 6 juni 1973, nr. 17 106, BNB 1973/161.

²⁵ Voor meer hierover J.W.C. Nuis en P.F. van der Muur, 'Update schrijf- en tikfoutenleer', WFR 2008/292.

²⁶ O.a. HR 9 juli 2004, BNB 2004/351.

²⁷ O.a. HR 14 april 2006, BNB 2006/315.

²⁸ Het conceptwetsvoorstel tot wijziging AWR en de Wet IB 2007 en enige andere wetten is nog niet openbaar, wel beschikbaar is het Advies Raad voor de rechtspraak van 16 mei 2007 (FIDA 20073208).

²⁹ Voor meer hierover A.M.A. de Beer en G. de Jong, 'Verruiming navorderingsbevoegdheid: symptoombestrijding met ernstige bijwerkingen', Tijdschrift voor formeel belastingrecht 2007/03.

³⁰ Zie E. Aardema, bijdrage in 'En wel daarom ... (stelling: 'Het nieuwe feit kan vervallen')', WFR 2004/1576.

³¹ De navorderingsbevoegdheid van een inspecteur wordt (vanzelfsprekend) wel begrensd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

³² Zie HR 7 december 2007, V-N 2007/58.13.