

## Het prille bestaan van het Draaiboek Project Bank Zonder Naam

Mr. A.M.E. Nuyens en mr. dr. G.J.M.E. de Bont , actueel tot 01-01-2007

Actueel tot	01-01-2007
Auteur	Mr. A.M.E. Nuyens en mr. dr. G.J.M.E. de Bont <a href="#">[1]</a>
Vakgebied(en)	Belastingrecht algemeen / Organisatie Belastingdienst Onbekend (V)
Wetgang	WOB 1978 AWR 47 AWR 671 EVRM 6

Draaiboeken zijn in zwang bij de Belastingdienst. Recent is in de (vak)pers melding gemaakt van een nieuw Draaiboek, het zogenoemde "Draaiboek Project Bank Zonder Naam". In deze bijdrage gaan de auteurs in op een aantal in het oog springende thema's uit dit Draaiboek en plaatsen daarbij kritische kanttekeningen. Voorts wordt een koppeling gemaakt met vergelijkbare passages uit de eerdere Draaiboeken, waaronder het Draaiboek Rekeningenproject.

### 1. Inleiding

Draaiboeken zijn in zwang bij de Belastingdienst; dat is de afgelopen jaren wel duidelijk geworden. Na onder andere het "Draaiboek Rekeningenproject" (ter zake van de gestolen gegevens bij de Kredietbank Luxemburg (hierna: KBL)) en het minder bekende "Draaiboek Project Buitenlands Vermogen" is recent in de (vak)pers melding gemaakt van wederom een nieuw Draaiboek, het zogenoemde "Draaiboek Project Bank Zonder Naam" (hierna: Draaiboek BZN). [\[2\]](#) Op de website van de Belastingdienst [\[3\]](#) is dit Draaiboek beschikbaar. De inhoud van het Draaiboek BZN kan als beleid worden aangemerkt waaraan een belastingplichtige vertrouwen mag ontlenen en (zo nodig) een beroep kan doen.

Naast de melding in de media dat de Belastingdienst een nieuw project is gestart betreffende buitenlands vermogen en dat in het kader van dit project een draaiboek is opgesteld, is de afgelopen maanden de naam "Van Lanschot" veelvuldig gevallen. [\[4\]](#) Uit deze berichtgeving maken wij op dat gegevens van rekeninghouders van Van Lanschot Bankiers in Luxemburg in handen zouden zijn gekomen van de Nederlandse Belastingdienst. De gegevens zouden te maken hebben met een afpersingszaak, waarbij iemand in 1998 en in 2006 heeft gedreigd de Luxemburgse bankgegevens openbaar te maken. Of Van Lanschot op de eisen van de afperser is ingegaan, is onduidelijk. Wel zou de bank aangifte hebben gedaan. Mogelijk heeft de afperser de gegevens doorgespeeld aan de belastingautoriteiten.

In deze bijdrage zal een aantal in het oog springende thema's uit dit Draaiboek [\[5\]](#) onder de loep worden genomen. Daarbij zal voor zover van belang een koppeling worden gemaakt met vergelijkbare passages uit de eerdere Draaiboeken. Hieraan voorafgaand zal eerst aandacht worden besteed aan een aantal achtergronden.

## 2. Openbaarmaking Draaiboek BZN

Op blz. 3 van het Draaiboek BZN is aangegeven dat het Draaiboek " *direct* " bij de aanvang van de actie openbaar wordt gemaakt op basis van de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: WOB). Een dergelijke overweging is in de eerdere Draaiboeken niet opgenomen. De commotie omtrent de openbaarmaking door de fiscus van het Draaiboek Rekeningenproject (KBL) is daarvoor wellicht de aanleiding geweest. In de zogenoemde " *eerste WOB versie* " van het Draaiboek BZN wordt echter niet het gehele Draaiboek openbaar gemaakt, doch worden vanwege controlestrategische redenen een aantal gegevens niet prijs gegeven, te weten:

- "- de herkomst van de gegevens;
- de beschrijving van de beschikbaar gekomen gegevens;
- informatie over duur en omvang van het project;
- namen van derden;
- namen van kantoorgegevens van ambtenaren."

Openbaarmaking van inhoudelijke gegevens in een vroeg stadium van de actie kan volgens de schrijvers tot ongewenst anticiperend gedrag leiden bij belastingplichtigen die in de actie betrokken zijn of nog in de actie betrokken zullen worden. Hierin is ook de reden te vinden waarom de Belastingdienst (nog) niet naar buiten heeft gebracht om welke bank het zou gaan.

Overigens is deze reden voor beperkte openbaarmaking ook in het eerder Rekeningenproject (KBL) gebruikt, doch niet (alleen) ten aanzien van de herkomst en de beschrijving van de gegevens. Op deze geheimhoudingsgronden valt het nodige af te dingen. Diverse gerechtelijke instanties hebben in fiscale procedures geoordeeld dat het Draaiboek Rekeningenproject (KBL) volledig openbaar dient te worden gemaakt door de inspecteur. [\[6\]](#)

Zeer recent heeft A-G Wattel zich in zijn conclusie van 3 april 2007 [\[7\]](#) op het standpunt gesteld dat het Draaiboek Rekeningenproject (KBL) wel degelijk een "op de zaak betrekking hebbende stuk" ex art. 8:42 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) is. Naar het oordeel van de advocaat-generaal heeft Hof 's-Gravenhage in de uitspraak van 23 juni 2006 [\[8\]](#) "een onjuiste maatstaf aangelegd door onder "op de zaak betrekking hebbende stukken" alleen te verstaan "stukken op basis waarvan de navorderingsaanslagen zijn opgelegd", door de inspecteur niet gehouden te achten "alle achterliggende stukken in het geding te brengen" en door voldoende te achten dat de belanghebbende "in staat is de juistheid van de wel in het geding gebrachte stukken te betwisten", aldus de kwestie ten onrechte plaatsende in de sfeer van de "stelplicht en bewijslast en bewijsrisico".

De advocaat-generaal concludeert dat de inspecteur verplicht is het Draaiboek in de procedure in te brengen. Daarbij kan hij wel een beroep doen op de geheimhoudingsbepaling van art. 8:29 Awb. Op grond van deze bepaling kan de rechter oordelen dat bepaalde passages uit het betreffende stuk voor de belanghebbende geheim mogen worden gehouden. In voornoemde zaak dient nog te worden onderzocht of de inspecteur een beroep op deze beperkte kennisgeving toekomt.

Aan het einde van de paragraaf in het Draaiboek BZN omtrent de WOB wordt opgemerkt dat in de loop van de actie een moment aanbreekt waarop het Draaiboek - met uitzondering van de namen van derden en namen en kantoorgegevens van ambtenaren - openbaar wordt. Deze mededeling is opmerkelijk aangezien hiervan in het Rekeningenproject (KBL) nog immer geen sprake is.

## 3. Waarover beschikt de Belastingdienst

Uit het Draaiboek BZN blijkt dat de Belastingdienst de beschikking zou hebben over "gegevens welke betrekking hebben op buitenlandse bankrekeningen en hieraan gekoppelde effectenportefeuilles". [9] In het Rekeningenproject (KBL) wordt door de fiscus aangenomen dat doorgaans sprake zou zijn van een zogenoemde "zichtrekening" met daaraan gekoppeld bijvoorbeeld termijndeposito's en/of effectenportefeuilles. De vermeende KBL-microfiches zouden echter niet alle "subrekeningen" bevatten. Of de fiscus in het onderhavige project over de volledige rekeninggegevens beschikt, waaronder alle saldi en nummers van de rekeningen blijkt niet uit het Draaiboek. Wel doet inmiddels het gerucht de ronde dat de fiscus beschikt over zeer gedetailleerde informatie, waaronder de mutaties op de rekeningen.

In par. 2.4.6 omtrent de selectie van zaken uit het project voor fiscaal- danwel strafrechtelijke afdoening wordt als één van de criteria genoemd: "omvang van het rekeningsaldo is ten minste f 1 000 000".

Hieruit maken wij op dat de gegevens waarover de fiscus stelt te beschikken in elk geval van voor het eurotijdperk stammen. Gelet op het tijdstip van de eerste afpersingszaak in 1998 wordt vermoed dat de gegevens van (kort) voordien zijn.

Voorts nemen wij aan dat de gegevens die zijn ontvangen ook namen bevatten. De afgelopen maanden zijn immers gericht vragenbrieven aan bepaalde personen gezonden. [10] Dit brengt dan met zich mee dat geen sprake is van een "fishing expedition" van de zijde van Belastingdienst, zoals wel in de pers is betoogd. [11]

De mate van concreetheid van de informatie die ter beschikking van de Belastingdienst staat, kan met zich brengen dat reeds bij de aanvang van het onderzoek naar een belastingplichtige sprake was van een verdenking van het onjuist doen van aangifte. Alsdan zouden de aan een (verdachte) belastingplichtige toekomende rechtswaARBorgen te worden geëffectueerd. Hierop zal in één van de volgende onderdelen nog afzonderlijk worden ingegaan.

## 4. Mogelijke strafrechtelijke vervolging

Zoals in het Draaiboek Rekeningenproject (KBL) en het Draaiboek Project Buitenlands vermogen, blijkt uit het Draaiboek BZN dat ook in dit project nauw overleg is gevoerd met het Openbaar Ministerie over de mate waarin verdachte belastingplichtigen kunnen worden voorgedragen voor strafrechtelijke vervolging.

In het kader van de selectie voor strafrechtelijke afdoening zijn in het Draaiboek van de Aanmelding-, Transactie- en Vervolgingsrichtlijnen afwijkende criteria vastgelegd. Deze criteria luiden blijkens par. 2.4.6 als volgt:

"De criteria waaraan een post moet voldoen om binnen het project Bank Zonder Naam voor strafrechtelijke aanpak in aanmerking te komen zijn:

- Omvang van rekeningsaldo is ten minste f 1 000 000
- Status verdachte/voorbeeldfunctie
- Recidive
- Betrokkenheid adviseur
- Bankieren via een coderekening.
- Rechtszekerheid"

Uit de beschikbare Draaiboeken blijkt dat in ieder project andere criteria gelden. Indien de hoogte van het saldo ad f 1 000 000 dat wordt gehanteerd in het onderhavige project wordt bezien, rijst de vraag waarom dit is verdubbeld ten aanzien van het Rekeningenproject ter zake van de Kredietbank

Luxemburg. Het verdubbelen van het vervolgingssaldo lijkt dan op willekeur van de vervolgende instanties. Ook opmerkelijk is dat rekeninghouders bij de KBL met een leeftijd boven de 70 jaar niet strafrechtelijk worden vervolgd, terwijl een dergelijke leeftijdsbegrenzing in het laatste Draaiboek niet kan worden teruggevonden. Naar de achtergrond hiervan kan slechts worden gegist.

überhaupt doet zich nog de vraag voor waarom vanuit het gezichtspunt van de overheid nog zaken worden geselecteerd voor strafrechtelijk afdoening. In het Rekeningenproject (KBL) is immers gebleken dat ontkennende verdachte belastingplichtigen waarbij geen sprake was van aanvullend bewijs naast het vermeende microfiche zijn vrijgesproken. Het fiscale boeterecht biedt voldoende mogelijkheden gepaste straffen uit te delen.

Drie criteria voor strafrechtelijke vervolging in het nieuwe project, te weten de status verdachte/voorbeeldfunctie, recidive en de betrokkenheid van een adviseur zijn eveneens te vinden in de nieuwe versie van de ATV-richtlijnen uit 2006. [\[12\]](#) De betrokkenheid van een adviseur wordt niet genoemd in het Draaiboek Rekeningenproject (KBL).

Blijkens het Draaiboek BZN worden overigens onder recidive óók expliciet de twee volgende situaties verstaan: [\[13\]](#)

. "1. Reeds eerder ingekeerde zonder opgave van de rekening bij de in dit project betrokken bank.  
2. In rekeningenproject of project buitenlands vermogen geïdentificeerde persoon zonder opgave van de bij dit project betrokken bank."

Rechtszekerheid is het laatste relevante criterium om voor een strafrechtelijke aanpak in aanmerking te komen. Dit criterium wordt nader besproken in par. 2.4.7 en lijkt eerder een criterium om niet voor strafrechtelijke vervolging in aanmerking te komen. De rechtszekerheid die in dit onderdeel wordt bedoeld, ziet op de situatie waarin aan een belastingplichtige door de inspecteur vragen zijn gesteld. In dergelijke gevallen brengt de rechtszekerheid met zich dat deze persoon niet meer in het strafrecht zal worden betrokken vanwege fiscaal onjuiste verwerking in de aangifte van 1. de vorming van, 2. het aanhouden van, 3. de inkomsten uit en 4. de uitgaven uit dat vermogen.

Dit lijkt uitzondering in die gevallen waarin het bestuursrechtelijk feitenonderzoek het vermoeden oplevert dat sprake is van additionele misdrijven (niet zijnde valsheid in geschrift bestaande uit de fiscaal onjuiste aangifte). Voorbeelden van deze additionele bijzondere omstandigheden zijn blijkens het Draaiboek BZN drugshandel, vrouwenhandel en kort gezegd witwassen.

In de loop van het Rekeningenproject (KBL) is een aantal belastingplichtigen die aan het begin van het onderzoek in de "fiscaal-administratieve hoek" zijn ingedeeld, op enig moment toch gesommeerd om bij de FIOD te verschijnen. Deze belastingplichtigen werden door FIOD-ambtenaren als verdachte verhoord wegens de verdenking van schending van de informatieverplichting ex art. 47 Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: AWR), hetgeen is strafbaar gesteld in art. 68, tweede lid, onderdeel a, en art. 69, eerste lid, AWR. Naar het oordeel van de Belastingdienst lag de schending in het niet-meewerken aan het onderzoek door bijvoorbeeld het bestaan van de vermoede KBL-rekening te ontkennen. Door middel van deze ontkenning zou niet zijn voldaan aan de verplichting tot informatieverstrekking.

De (Civiele Kamer van de) Hoge Raad heeft dienaangaande op 13 oktober 2006 geoordeeld dat het una-viabeginsel er in beginsel niet aan in de weg staat dat naast het opleggen van navorderingsaanslagen met boeten wegens het onjuist doen van aangifte een strafrechtelijk onderzoek wordt gestart wegens het niet-voldoen aan de informatieverplichting ter zake van dezelfde bankrekening. [\[14\]](#)

In het Draaiboek BZN wordt deze jurisprudentie aangehaald in die zin dat de gestelde rechtszekerheid omtrent de gekozen weg alleen geldt voor de onjuiste aangiften en dus niet voor de schending van art.

47 AWR. Dienaangaande wordt wel overwogen dat indien daadwerkelijk wordt overgegaan tot een strafrechtelijk optreden wegens het niet danwel onjuist verstrekken van informatie de betreffende belastingplichtige hierover "expliciet schriftelijk geïnformeerd" wordt. Daarbij wordt de belastingplichtige dan een laatste gelegenheid geboden om ter voorkoming van strafrechtelijk optreden de informatie alsnog te verstrekken.

## 5. Ontkennen

In het vorige onderdeel is reeds ingegaan op de mogelijke consequenties van het - naar het oordeel van de Belastingdienst - niet danwel onjuist verstrekken van de gevraagde informatie. Wat nu indien de betreffende persoon de gegevens niet kan verstrekken omdat hij niet over de veronderstelde bankrekening (heeft) beschikt?

In het Rekeningenproject (KBL) is gebleken dat de Kredietbank Luxemburg het bankgeheim aldus uitlegt dat aan personen die geen rekening aanhouden of hebben aangehouden, geen mededelingen worden gedaan. Dat de Belastingdienst hiervan op de hoogte is, blijkt uit een van de Nieuwsbrieven die in het kader van het Rekeningenproject (KBL) zijn geschreven. [\[15\]](#)

"7. De bank geeft geen verklaring af waaruit zou moeten blijken dat een persoon *geen* rekeninghouder is of is geweest bij de KB Lux. Door het afgeven van een dergelijke verklaring zou het bankgeheim in Luxemburg worden geschaad."

Niet bekend is hoe de thans betrokken bank zal omgaan met een vraag van een persoon te bevestigen dat hij/zij aldaar geen rekening aanhoudt.

De schrijvers van het Draaiboek BZN stappen echter gemakkelijk over deze kwestie heen. In par. 4.2.1.2 wordt aangegeven hoe dient te worden aangekeken tegen personen die ontkennen. Indien een geïdentificeerde belastingplichtige ontkent gerechtigd te zijn (geweest) tot de buitenlandse bankrekening is in eerste aanleg "wél" voldaan aan de informatieverplichting. Volgens het Draaiboek is dan de volgende stap dat de Belastingdienst aannemelijk moet maken dat de afgelegde verklaring onjuist is. De onjuistheid zou in beginsel reeds voortvloeien uit het renseignement in relatie tot de identiteit van de belastingplichtige. Het bewijs van de onjuistheid van de ontkenning zou nog versterkt kunnen worden door feitenonderzoek. Dit feitenonderzoek kan ons inziens in elk geval geen onderzoek bij de betreffende Luxemburgse bankinstelling zijn, aangezien het bankgeheim nog immer geldt. Overigens is ons in het Rekeningenproject niet gebleken van een dergelijk feitenonderzoek door de inspecteur, behoudens een tevergeefs verzoek aan de KBL.

## 6. Hoogte boete

In par. 4.2.4 van het Draaiboek BZN wordt de boeteoplegging behandeld. Uit deze paragraaf blijkt dat - evenals in het Rekeningenproject (KBL)- naar het oordeel van de Belastingdienst de straftoemeting een eenvoudig rekenkundige exercitie is.

Kort gezegd, wordt als uitgangspunt bij opzet 50% van het veronderstelde belastingnadeel genomen. Daar komt 50% bij vanwege het feit dat sprake zou zijn van het aanhouden doch niet verantwoorden van een buitenlandse bankrekening. Vervolgens gaat er weer 50% vanaf als er ten minste openheid van zaken wordt gegeven. Indien echter bij het opleggen van de (navorderings)aanslag reeds een boete van 100% is opgelegd en de belanghebbende eerst tijdens de bezwaarfase de informatie waar de

inspecteur om vraagt volledig en tijdig verstrekt, wordt de boete verminderd naar 75%.

Blijkens het Draaiboek wordt het de aangeschreven belastingplichtigen bijzonder kwalijk genomen dat zij de controlemogelijkheden van de fiscus hebben gefrustreerd door het onderbrengen van gelden in het buitenland. Echter, bij nagenoeg iedere belastingontduiking of -fraude worden feiten en omstandigheden aan de fiscus onthouden. Bovendien, ook als gelden worden begraven of in de oude sok worden aangehouden, is sprake van het frustreren van controlemogelijkheden van de fiscus. Desondanks is de hoofdregel van de staatssecretaris en het beleid dat de vergrijpboete (bij opzet) gesteld wordt op 50%. [\[16\]](#)

Voorts valt het nodige af te dingen op de regel uit het Draaiboek dat voor belastingplichtigen die aan de fiscus volledige openheid van zaken hebben verstrekt, de boete wordt verminderd tot 50%. Dit brengt immers met zich dat de belastingplichtige die gebruikmaakt van rechten die in wet en verdrag zijn gewaarborgd - waaronder het zwijgrecht - wordt gestraft met een hogere boete. Hierdoor wordt de "niet-meewerker" gedwongen tot meewerken. Blijkens HR 27 juni 2001 mag zelfs onterecht zwijgen niet meespelen bij de boete. [\[17\]](#) De dwang - door middel van een hogere boete - afstand te doen van het zwijgrecht is in strijd met de jurisprudentie van de Hoge Raad.

In het kader van deze cijfermatigheden wordt in het Draaiboek BZN nog wel opgemerkt dat conform het bestaande beleid de uiteindelijk op te leggen boete op individueel niveau wordt bepaald. Een vergelijkbare passage is ook in het Draaiboek Rekeningenproject (KBL) opgenomen. Van een voorgeschreven individuele afweging is in dit project echter niet gebleken. Dit is overigens ook niet vreemd indien wordt vastgesteld dat iedere afwijking door de inspecteur van het hiervoor uiteengezette beleid door de regiotrekker vooraf moet worden voorgelegd aan de Contactambtenaar AWR van het project. Deze adviseert de projectleiding waarna een beslissing wordt genomen. [\[18\]](#) Deze intensieve gang ontslaat de inspecteur echter niet van zijn verplichting de persoon van de boeteling in acht te nemen. Boeteoplegging is geen wiskundige, cijfermatige exercitie. Het evenredigheidsbeginsel dwingt de inspecteur tot een magistratelijke benadering, waarbij alle facetten in voldoende mate in acht worden genomen bij het vaststellen van een passende en geboden boete.

## 7. Sfeerovergang heffingboete

### 7.1. (Het achterhouden van) de "criminal charge"

Het fiscale onderzoek naar de belastingplichtigen in het onderhavige project begint (doorgaans) met een vragenbrief. Aan het begin van deze brief wordt de mededeling gedaan dat uit onderzoek naar voren is gekomen dat de betreffende persoon houder is (geweest) van (een) niet in Nederland aangehouden bankrekening(en), waarbij het vermoeden bestaat dat in de aangiften inkomstenbelasting en/of vermogensbelasting geen opgaaf is gedaan van saldi en opbrengsten daarvan.

Het is vaste jurisprudentie dat van een "charge" sprake is bij maatregelen die impliceren dat de betrokkene een straf- of beboetbaar feit zou hebben begaan en die de positie van de verdachte in belangrijke mate beïnvloeden. In de literatuur wordt een "charge" voor de Nederlandse bestuursrechtelijke situatie aangenomen:

"wanneer een overheidsfunctionaris in een eerder stadium aan de belastingplichtige laat weten dat deze (vermoedelijk) een overtreding heeft begaan waarvoor een bestuurlijke boete kan worden opgelegd,

terwijl de inhoud van die mededeling, geplaatst in de context van het geval, zodanig is dat redelijkerwijs verwacht kan worden dat het tot oplegging van zo'n boete zal komen, en de betrokkene zich daarvan ook bewust is geweest." [\[19\]](#)

Gesteld kan worden dat aan deze voorwaarden in de eerste brief aan de veronderstelde rekeninghouder wordt voldaan. Ingevolge de jurisprudentie van het EHRM mag aan de aanwezigheid van de "charge" voorts niet de eis worden gesteld dat met zekerheid vaststaat dat er een sanctie opgelegd zal worden. [\[20\]](#)

In het Draaiboek BZN wordt ervan uitgegaan dat de vragenbrief niet kan gelden als een "criminal charge" in de zin van art. 6 EVRM. In een afzonderlijke paragraaf is beschreven hoe de inspecteur dient te handelen bij de sfeerovergang van heffing naar beboeting. De inhoud van deze paragraaf is nagenoeg gelijk aan hetgeen in het Draaiboek Rekeningenproject (KBL) is opgenomen. Ondanks het feit dat in het Draaiboek BZN wat "boudes" stellingen zijn verwijderd, brengt de omschreven handelwijze in deze paragraaf met zich dat beleidsmatig wordt getracht aan de belastingplichtige toekomstige rechtswaarborgen te onthouden. Uit hetgeen in het Draaiboek is neergelegd, blijkt namelijk dat de cautie doelbewust wordt achtergehouden teneinde te voorkomen dat de belastingplichtige aanspraak kan maken op bepaalde rechtswaarborgen. Tijdens dit zogenoemde heffingsonderzoek dient een aantal richtlijnen door de inspecteur in acht te worden genomen (par. 4.2.5.1):

"In de onderzoeksfase (heffingsonderzoek) gelden de volgende richtlijnen:

- stel geen vragen welke uitsluitend gericht zijn op het onderzoeken van de mate van schuld bij belanghebbende. Dus niet vragen naar de redenen voor het openen van een bankrekening in het buitenland (de zogenoemde "waarom" vragen);
- ga tijdens het onderzoek niet in op eventuele boeteaspecten. Het eerste moment om daarover een standpunt in te nemen is de kennisgeving c.q. de vaststellingsovereenkomst.

Zorg dat (indien mogelijk) beschikt kan worden over onderliggende stukken met betrekking tot de buitenlandse vermogensbestanddelen en dat de berekening van de nog verschuldigde belasting in concept gereed is. Verstuur dan de kennisgeving/mededeling inzake de op te leggen correcties en maak daarin voor het eerst melding van de op te leggen boete."

In de daarop volgende paragraaf (4 2.5 2) wordt hieraan nog toegevoegd:

"De antwoorden op die vragen kunnen mogelijk later ook een rol spelen in een eventuele boeteprocedure (het betreft dus zogenoemde gemengde vragen)."

Dat het heffingsonderzoek dus gewoon ook een boeteonderzoek is, blijkt volledig uit het gebruik van de term "gemengde vragen". Van gemengde vragen is immers sprake indien de vragen zowel relevant zijn voor de heffing als voor de boete. Het gebruik van de term "gemengde vragen" is dus het bewijs dat de vragen met een tweeledig doel worden gesteld.

Dat beleidsmatig en dus willens en wetens wordt nagestreefd de waarborgen in de AWR en het EVRM te omzeilen, blijkt nog uit de volgende passages:

"De cautie van artikel 671 AWR hoeft niet te worden gegeven wanneer deze richtlijnen worden nageleefd. Dit geldt te meer zolang we nog geen handeling hebben verricht waaruit belanghebbende kan opmaken dat hem een boete zal worden opgelegd. Gebruik het woord "boete" dus niet gedurende de onderzoeksfase. Vraagt belanghebbende of hij kans loopt getroffen te worden door een boete, geef dan als antwoord dat die kans bestaat maar dat het onderzoek zich vooralsnog richt op de belastingheffing en niet op de boete.

De cautie van artikel 671 AWR zal slechts aan bod kunnen komen in een latere bespreking, wanneer de heffingsvragen zijn beantwoord en de inspecteur het nodig acht middels een gesprek bewijs te verzamelen omtrent de verwijtbaarheid. Gelet op de in dit project beschikbare feiten zal zo'n gesprek waarschijnlijk niet nodig zijn. De mate van verwijtbaarheid zal uit de feiten (bijv. het openen van een

bankrekening in het buitenland in combinatie met het niet opgeven van de inkomsten en saldi) voldoende naar voren komen om een kennisgeving te versturen."

In deze passages wordt gesuggereerd dat het geven van de cautie een recht is dat de inspecteur toekomt dat hij naar gelieve kan inzetten, in plaats van een aan de verdachte belastingplichtige toekomend recht. In zijn noot bij HR 29 oktober 1996 merkt Schalken dienaangaande het volgende op: <sup>[21]</sup>

"De formele opvatting van de Hoge Raad over het begrip "charge" leidt er toe dat de overheid het in haar exclusieve macht zou hebben te bepalen op welk moment de verdachte de hem toegekende verdragsrechten geldend kan maken. Die consequentie is in strijd met de filosofie van het EVRM." Onverbloemd wordt in het Draaiboek dus uit de doeken gedaan op welke wijze kan worden voorkomen dat wettelijk verankerde rechten van de belastingplichtige gaan gelden. Op een dergelijke wijze zou niet met de rechten van de belastingplichtige mogen worden omgesprongen. Aldus wordt gehandeld in strijd met doel en strekking van de waarborgen in art. 6 EVRM.

## 7.2. Nemo tenetur na de criminal charge

Nog immer actueel is de vraag of art. 6 EVRM relevantie heeft voor een fiscale procedure. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 27 februari 2004 aangegeven dat de informatieverplichting van art. 47 AWR niet wijkt ingeval tegen een belastingplichtige een strafvervolging is ingesteld. <sup>[22]</sup> Recent heeft het HvJ EG zich in de zaak-Shannon versus the United Kingdom <sup>[23]</sup> nogmaals gebogen over deze materie. Tegen de heer Shannon liep een strafzaak in verband met kort gezegd het plegen van fraude. Na de criminal charge ontving hij een oproep om te verschijnen voor een tweetal financiële onderzoekers in verband met het onderzoek naar ontneming van crimineel verkregen opbrengsten in verband met feiten waarvoor hij - in de strafzaak - een criminal charge had ontvangen. Shannon weigerde te verschijnen en werd voor deze weigering veroordeeld. Het EHRM zet daar echter een streep door en overweegt dat onder de omstandigheden van het geval, "attending the interview would have involved a very real likelihood of being required to give information on matters which could subsequently arise in the criminal proceedings for which the applicant had been charged".

Daaraan voegt het EHRM toe dat zelfs indien een afgelegde (en afgedwongen) verklaring van het bewijs zou worden uitgesloten in een boete- of strafzaak, dit niet kan worden gebruikt als rechtvaardiging van de spreekplicht.

Het EHRM besluit met de overweging:

"41. The Court concludes that the requirement for the applicant to attend an interview with financial investigators and to be compelled to answer questions in connection with events in respect of which he had already been charged with offences was not compatible with his right not to incriminate himself. There has therefore been a violation of Article 6 § 1 of the Convention."

Uit dit arrest volgt dat een zwijgende belastingplichtige niet mag worden bestraft, indien er in een aanverwante straf- of boetezaak een criminal charge is gegeven ter zake van feiten die ook aan de orde zijn in een fiscale procedure. In zijn conclusie bij het arrest in *BNB* 2006/21 stelde A-G Wattel reeds dat de verschuiving (en zeker de verzwarende) van de bewijslast op de belastingplichtige kan worden aangemerkt als een niet-geoorloofde bestraffing voor zover het een vergrijpboete ex art. 67d tot en met 67f AWR betreft. <sup>[24]</sup>

## 8. Inkeer



In tegenstelling tot het Draaiboek Rekeningenproject (KBL) wordt in het Draaiboek BZN geen afzonderlijke paragraaf gewijd aan de (on)mogelijkheid tot inkeren voor (onder andere) de rekening ter zake waarvan de Belastingdienst over gegevens zou beschikken.

In het Draaiboek Rekeningenproject (KBL) is ter zake van de inkeerregeling in par. 3.5.7 het volgende vermeld:

"Voor het onderzoek naar buitenlandse tegoeden stellen het Openbaar Ministerie en de Belastingdienst zich op het standpunt dat, bij een melding van buitenlandse tegoeden door belanghebbende, van inkeer in elk geval sprake is indien de melding de inspecteur bereikt vóórdat:

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

Een vergelijkbare paragraaf is eveneens opgenomen in het Draaiboek Project Buitenlands Vermogen.

In het Draaiboek BZN wordt slechts één zin gewijd aan de (on)mogelijkheid tot vrijwillige verbetering: [\[25\]](#)

"Omdat de eerste vragenbrief is meegezonden kan de belastingplichtige niet meer inkeren."

Deze zinsnede komt uit de paragraaf waarin de situatie wordt behandeld waarbij in het verleden geen aangiften zijn uitgereikt. Aangezien er geen concreet afwijkend beleid is geformuleerd, zou kunnen worden gesteld dat een beroep mag worden gedaan op de passages uit de eerdere Draaiboeken.

## 9. Slotbeschouwingen

Telde het Draaiboek Rekeningenproject (KBL) nog 53 bladzijden en 26 bijlagen, het meest recente Draaiboek is gereduceerd tot 30 bladzijden. Het projectteam is er bij het Draaiboek BZN van uitgegaan dat de inhoud daarvan in een vroeg stadium publiek bezit zou worden. De daarin opgenomen informatie is dientengevolge beperkter dan in de eerdere draaiboeken waarvan werd aangenomen dat deze slechts binnen de Belastingdienst bekend zouden zijn. Het voorgaande neemt overigens niet weg dat hetgeen nog wel in het Draaiboek BZN is opgenomen op onderdelen uiterst arbitrair is en soms naar onze mening zelfs in strijd met verdragsrechten. Denk bijvoorbeeld aan de van de ATV-richtlijnen afwijkende criteria en de paragraaf waarin expliciet uit de doeken wordt gedaan op welke wijze het beginsel van nemo tenetur kan worden geminimaliseerd. Desondanks kan het niet anders dan positief worden beschouwd dat het Draaiboek BZN in vergaande mate openbaar is gemaakt. Aldus wordt immers aan de personen, waarvan wordt gedacht dat zij in het buitenland aangehouden vermogens en daar opgekomen inkomsten niet hebben verantwoord, enige rechtszekerheid geboden.

Voetnoten

[\[1\]](#)

Beiden werkzaam als advocaat bij Hertoghs advocaten-belastingkundigen te Breda. Laatstgenoemde is tevens verbonden aan de Universiteit van Tilburg.

[\[2\]](#)

Zie onder andere: de elektronische nieuwsbrief van Vakstudie Nieuws, "Landelijke actie buitenlands vermogen gestart", van 1 mei 2007 en De Telegraaf, "Zwartsparenders" klagen Van Lanschot-bank aan, van 1 mei 2007.

[3]

Www.Belastingdienst.nl.

[4]

Onder andere: De Volkskrant, "Fiscus kent gegevens rekeningen Luxemburg", van 16 maart 2007, Brabants Dagblad, "Fiscus wil info van klanten Van Lanschot", van 17 maart 2007 en [www.rtl.nl](http://www.rtl.nl).

[5]

Versie 7 maart 2007; De redactie van *Fiscaal up to Date* heeft overigens op 21 maart 2007 een WOB-verzoek hebben gedaan aan het Ministerie van Financiën (FIDA 20071382).

[6]

Zie voor een overzicht, M. Hendriks, "Geheim bewijs in fiscale zaken", WFR 2006/955.

[7]

LJN BA3823, FIDA 20071285 en *NTFR* 2007/807.

[8]

Nr. 04/2466 en nr. 04/2486, *V-N* 2006/56.1.2.

[9]

Draaiboek BZN, blz. 4.

[10]

Na het schrijven van dit artikel doch voor het daadwerkelijke ter perse gaan van deze publicatie is een artikel in De Volkskrant d.d. 16 mei 2007 verschenen getiteld: "Blunder fiscus in zwartgeldossier; Door stomiteit fiscus lekten gevoelige onderzoeksgegevens Van Lanschot Bankiers uit" (zie ook: [www.volkskrant.nl/draaiboek](http://www.volkskrant.nl/draaiboek)). Hierin wordt onthuld hoe de geheimgehouden passages uit het Draaiboek BZN toch leesbaar kunnen worden gemaakt. Inhoudelijk komt het erop neer dat het inderdaad gaat om gegevens die zijn ontvreemd bij Van Lanschot Bankiers te Luxemburg. De informatie betreft - zoals wij reeds vermoedden - "rekeningnummers, de namen van de rekeninghouders en de saldi van de lopende rekeningen, de deposito's, de waarde van de obligaties, van de aandelen, beleggingsfondsen en de totalen uit 1994 en 1996". De gegevens zijn door de Belgische justitie in beslag genomen bij een huiszoeking van een verdachte. Vermoedelijk is dit de persoon die tot tweemaal de bank heeft gepoogd af te persen. Volgens De Volkskrant zouden er meer details zijn die niet in het Draaiboek BZN staan. "Het zou gaan om de gegevens van circa tweeduizend rekeninghouders. Omdat de fiscus niet beschikt over de huisadressen, heeft de dienst ervoor gekozen om in eerste instantie alleen de naar schatting achthonderd mensen met bijzondere, makkelijk te identificeren namen te benaderen. Zwartsparenders met doorsnee-achternamen als Jansen of De Vries zijn tot dusver de dans ontsprongen."

[11]

Zie bijvoorbeeld, S. Bharatsingh, "Zwijgen is goud voor spaarders Luxemburg", Het Financieele Dagblad van 17 maart 2007.

[12]

*Stcrt.* 2006, 247, blz. 28. Zie overigens voor een uitgebreide beschouwing van de ATV-richtlijnen 2006, P. de With, "De ATV 2006 onder het fileermes", WFR 2006/339 en G.J.M.E. de Bont, "ATV : wat moeten we ermee?!", MBB 2007/59, blz. 59.

[13]

Draaiboek BZN, blz. 11.

[14]

HR 13 oktober 2006, LJN AW2093, *NTFR* 2006/1513 (m.nt. Sitsen).

[15]

Nieuwsbrief 5 van 22 april 2002, blz. 10.

[16]

Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst 1998 (laatst gewijzigd *Stcrt.* 2007, 82, blz. 10) par. 25, derde lid.

[17]

*BNB* 2002/27.

[18]

Draaiboek BZN, blz. 21.

[19]

M.W.C. Feteris, Fiscale bestuurlijke boetes en het recht op een behoorlijk proces (FM nr. 66), blz. 136, Deventer: Kluwer (tweede druk).

[20]

Zie onder andere EHRM 15 juli 1982, zaak-Eckle, Series A, nr. 51, par. 73.

[21]

*NJ* 1997, 232.

[22]

*BNB* 2004/225.

[23]

EHRM 4 oktober 2005, application nr. 6563/03, NJCM-bulletin 2006, blz. 339-349.

[24]

HR 23 september 2005.

[25]

Draaiboek BZN, blz. 10.