

Fair play, weg ermee!

Het fair play beginsel verlangt dat bestuursorganen handelen zonder vooringenomenheid en zich daarbij open en eerlijk opstellen.

In het fiscale arrest uit 2005¹ dat bekend is komen te staan als 'het fair play arrest' overwoog de Hoge Raad dat het beginsel van fair play zich ertegen verzet 'dat een inspecteur van zijn bevoegdheid ex artikel 47 AWR gebruik maakt om kennis te krijgen van rapporten en andere geschriften van derden voor zover zij ten doel hebben de fiscale positie van de belastingplichtige te belichten of hem daaromtrent te adviseren'. Terwijl de Belastingdienst - goed uitgerust met boetebevoegdheden en steeds verder opgerekte informatieverplichtingen - ten strijde trok tegen 'facilitators' en 'donkerrode belastingadviseurs', hield het fair play beginsel tot op heden onverkort stand.

Maar waar een wil is, is een weg. En dus luidde de strijdkreet, of eigenlijk strijdvraag, die de Belastingdienst formuleerde in de bespreeknotities van het CAF in december 2013, als volgt²: "Hoe raak ik iemand in combi met zijn klanten het snelst en het hardst zodat hij stopt"

In de betreffende bespreeknotities wordt deze eliminatiemethode aangeduid als 'modelaanpak'. Inmiddels heeft zich in de praktijk een methode ontwikkeld die de gestelde vraag op efficiënte wijze beantwoordt en het fair play beginsel buiten werking stelt. De belastingadviseur die 'gestopt' moet worden, wordt in plaats van fiscaal, strafrechtelijk aangepakt. Een redelijke verdenking kan eenvoudig worden geformuleerd, bijvoorbeeld omdat er een vermoeden bestaat van onjuiste informatieverstrekking, het niet verstrekken van informatie of potentiële betrokkenheid bij een onjuiste belastingaangifte. Zodra die verdenking een feit is, kan de FIOD een doorzoeking initiëren bij de belastingadviseur of wordt een vordering gericht aan een serviceprovider die alle informatie uitlevert zonder dat de belastingadviseur daar überhaupt weet van heeft. Ingeval van een strafvorderlijk beslag gaat alles mee; het fair play beginsel werkt dan niet.

Strafrechtelijk beslag

Vervolgens wordt het integrale strafrechtelijke beslag ter beschikking gesteld aan de Belastingdienst. De Belastingdienst selecteert de stukken die relevant kunnen zijn voor de heffing en die stukken worden vervolgens op grond van de Wet politiegegevens en artikel 6 Besluit politiegegevens bijzondere opsporingsdiensten³ door het OM aan de Belastingdienst verstrekt. In een over deze werkwijze opgesteld memo staat expliciet het volgende vermeld: "Correspondentie tussen (belasting)adviseurs en hun klant zijn geen geheimhouderstuk. Het fair-play beginsel, zoals dat in het bestuursrecht geldt, geldt dus niet binnen het strafrechtelijk beslag."

Zodra de buit binnen is, kan de Belastingdienst met deze informatie aan de slag. Op basis van het integrale dossier inclusief fair play stukken worden belastingplichtigen benaderd en onderzocht. De modelaanpak is dan snel een feit. Verschillende klan-

ten zullen door de Belastingdienst worden benaderd en worden geconfronteerd met 'interne' stukken uit het dossier tussen de belastingplichtige en zijn adviseur. Dergelijk 'nieuws' gaat snel rond en het is moeilijk voor de belastingadviseur om het vertrouwen van zijn (andere) klanten te behouden. Mission accomplished: de adviseur wordt zorgvuldig uitgeschakeld.

Schade

Juridisch valt er het nodige af te dingen op deze praktijk (denk bijvoorbeeld aan onrechtmatig beslag en détournement de pouvoir). Dat zijn echter 'uphill battles' en als er gewonnen wordt is de schade al onherstelbaar aangericht. Geen fair play dus, maar 'unfair play': hard geraakt, snel kapot en pas achteraf toetsing door de rechter.....

De huidige praktijk werkt onrechtmatig handelen in de hand en nodigt uit een zaak vanwege fiscale belangen het strafrecht in te duwen

De huidige praktijk werkt onrechtmatig handelen in de hand en nodigt uit een zaak vanwege fiscale belangen het strafrecht in te duwen. De Belastingdienst kan een zaak tegen een belastingadviseur op eigen initiatief zo 'opwerken' dat uiteindelijk al zijn dossiers worden verkregen en het fair play beginsel wordt omzeild, nog voordat een rechter dat heeft kunnen toetsen. Hieraan moet paal en perk worden gesteld. Het is zaak dat eenieder die zich hiermee geconfronteerd ziet, adviseur of belastingplichtige, deze praktijk aanvecht zodat dit aan rechterlijke toetsing wordt onderworpen en deze 'modelaanpak-impuls' in de toekomst wordt onderdrukt.

- 1 HR 23-09-2005, ECLI:NL:PHR:2005:AU3140, BNB 2006/21
- 2 Besluit op WOB-verzoek inzake CAF, kenmerk 2019-0000168239, bijlage 1.2, p 44.
- 3 Er zijn ook zaken waarin een verzoek van de Belastingdienst aan het OM op grond van artikel 55 AWR aan de verstrekking ten grondslag ligt.



Door:
mr. Annabel Vissers
De Bont Advocaten