

Het presenteerblaadje voor de fiscus

In de eerste maanden van dit jaar zijn er weer diverse berichten in de media verschenen over de jacht van de fiscus op buitenlands vermogen. Er zijn nieuwe projecten gestart naar aanleiding van bankgegevens van de Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat in Luxemburg en met betrekking tot gegevens van een bank uit het Caraïbisch gebied.

Omdat in dezelfde periode door de Belastingkamer van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch alle navorderingsaanslagen in de zogenaamde tipgeverszaak zijn vernietigd, roept dit de vraag op of deze uitspraak ook consequenties heeft voor de lopende projecten van de fiscus.

Wat is bekend over de gegevens waarover de fiscus beschikt?

Allereerst ontvingen in maart 2018 ongeveer 2100 vermeende rekeninghouders van de Banque et Caisse d'Epargne de l'Etat in Luxemburg (BCEE) een brief van de fiscus. Deze gegevens zijn afkomstig van de Duitse autoriteiten die de bankgegevens verkregen van een anonieme tipgever. Volgens de berichten in Nederlandse media zou deze informatie gratis zijn verkregen. In Duitse media is eerder ook wel gemeld dat door de Duitse fiscus voor de verkrijging van de cd een bedrag zou zijn betaald aan de tipgever.

Van het meest recente project uit april 2018 is niet veel meer bekend dan dat de FIOD een strafrechtelijk onderzoek is gestart naar aanleiding van de ontvangst van enkele honderden namen van Nederlanders en Nederlandse rechtspersonen die vermoedelijk een bankrekening hebben bij een bank in het Caraïbisch gebied. Vrij snel daarna werd bekend dat dit onderzoek betrekking heeft op de Euro Pacific Bank (EPB), maar nog onduidelijk is hoe de FIOD aan deze informatie is gekomen.

Wat is de stand van zaken in de jurisprudentie?

Deze acties staan in schril contrast met de uitspraak die onlangs werd gedaan door het Gerechtshof 's-Hertogenbosch in de zaak van de erfgenamen van een rekeninghouder bij de Rabobank Luxemburg, beter bekend als de tipgeverszaak. In die zaak oordeelde het Gerechtshof dat de

navorderingsaanslagen moeten worden vernietigd, omdat het daaraan ten grondslag gelegde bewijsmateriaal van een tipgever niet gebruikt mocht worden (Gerechtshof 's-Hertogenbosch 20 februari 2018, [ECLI:NL:GHSHE:2018:515](#)). Deze uitspraak is op dit moment het sluitstuk van een reeks uitspraken over onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal.

Deze rechtspraak gaat in op de bandbreedte tussen enerzijds de 'silver platter'-doctrine, waarbij de autoriteiten onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal in handen krijgen zonder enige bemoeienis en anderzijds het uitgangspunt dat misdaad door tipgevers en premiejagers niet mag lonen.

Deze heeft in sommige gevallen nog een internationale dimensie omdat de informatie via buitenlandse autoriteiten worden verkregen.

In de KBL-zaken uit het zogenaamde rekeningenproject kwam voor het eerst aan de orde of gestolen bankinformatie door de Nederlandse fiscus mocht worden gebruikt als bewijsmateriaal voor het opleggen van navorderingsaanslagen aan vermeende zwartsparenders. In dit project kreeg de Nederlandse fiscus microfiches van de Belgische autoriteiten via spontane gegevensuitwisseling.

Het is altijd onduidelijk gebleven hoe deze gegevens in handen zijn gekomen van de Belgische autoriteiten. Duidelijk is wel dat de gegevens zijn gestolen door voormalig werknemers van de bank en in handen zijn gekomen van een Belgische premiejager. Vervolgens zijn bij hem de gegevens in beslag genomen door de Belgische justitie. In België was de rechter kritisch op de wijze waarop het bewijsmateriaal in de KBL-zaken was vergaard. Uiteindelijk heeft zelfs de hoogste rechter geoordeeld dat de Belgische verdachten in het strafrechtelijk onderzoek aldaar moesten worden vrijgesproken, omdat het gerechtelijk onderzoek op een "deloyale manier" gevoerd werd. Zowel de onderzoeksrechter als de speurders van de gerechtelijke politie en het Brusselse parket hebben de rechten van de verdediging zo zwaar geschonden dat een eerlijk proces onmogelijk werd geoordeeld.[1]

Er is vastgesteld dat de FIOD al voorafgaand aan de informatie-uitwisseling door België contacten heeft gehad met ene André over de gegevens van de KBL. Het is echter – hoe aannemelijk ook – niet komen vaststaan dat ambtenaren van de FIOD, Belastingdienst, het Openbaar Ministerie en/of het Ministerie van Financiën op de hoogte zijn gehouden van de ontwikkelingen rond de vermeende documenten van de KBL.

Dat leidt ertoe dat de feitenrechters oordelen dat de gegevens niet op een wijze zijn verkregen die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelen overheid mag worden verwacht dat het gebruik van die gegevens ontoelaatbaar moet worden geacht. De Hoge Raad oordeelt onder verwijzing naar een arrest van de Strafkamer van de Hoge Raad (HR 14 november 2006, NJ 2007/179) dat deze feitenrechters een juiste rechtsopvatting hebben gehanteerd (HR 21 maart 2008, [ECLI:NL:HR:2008:BA8179](#), BNB 2008/159).

Zelfs als op enig moment (onrechtmatige) betrokkenheid van FIOD-ambtenaren bij de verkrijging van de informatie van de KBL kan worden vastgesteld, is nog de vraag of de Belastingkamer van de Hoge Raad tot bewijsuitsluiting zal oordelen. In een recenter arrest van de Hoge Raad is het 'zozeer-criterium' uit BNB 1992/306 nogmaals herhaald. De belastingrechter is niet gebonden aan een oordeel van de strafrechter over hetzelfde feitencomplex, zelfs niet bij dezelfde bewijsmiddelen. Dat geldt vooral voor de vraag of de bewijsgaring in een strafzaak onrechtmatig is geweest.[2]

In de hiervoor genoemde tipgeverszaak, die thans wederom aan de Hoge Raad is voorgelegd, was de situatie wezenlijk anders. In deze zaak heeft de Nederlandse overheid wel degelijk zelf afspraken gemaakt met de tipgever en betaald voor de verkregen informatie. Volgens het hof heeft de Belastingdienst dus betaald voor uit misdrijf afkomstig bewijsmateriaal. Dat hoeft volgens het hof niet altijd tot gevolg te hebben dat het bewijsmateriaal van gebruik wordt uitgesloten. De inspecteur dient dan wel inzicht te geven in de belangenafweging tussen enerzijds het belang van de juiste belastingheffing en bestrijding van belastingontduiking en anderzijds het belang dat crimineel gedrag niet wordt beloond. Het hof oordeelt dat de inspecteur onvoldoende inzicht heeft gegeven in deze belangenafweging. De Belastingdienst had onderzoek moeten doen naar de wijze waarop de tipgever het bewijsmateriaal heeft verzameld en het strafrechtelijk verleden van de tipgever. Evenmin heeft de Belastingdienst inzicht gegeven in de beloningsafpraak en welke verwachtingen er waren over de belastingopbrengst. Vervolgens komt het hof tot het oordeel dat de belangenafweging zodanig tekort schiet dat is voldaan aan het 'zozeer indruist'-criterium. Het bewijsmateriaal wordt uitgesloten en de opgelegde navorderingsaanslagen worden vernietigd.

Hoe kan deze rechtspraak worden toegepast in de BCEE en EPB-projecten?

De vraag of de bewijsvergaring in de projecten over de BCEE en de EPB (on)rechtmatig is, zal dus afhankelijk zijn van de betrokkenheid van de Nederlandse fiscus.

In de BCEE-zaak kan in ieder geval worden gesteld dat aannemelijk is dat de Duitse autoriteiten hebben betaald aan een tipgever. De Nederlandse Belastingdienst laat niet na om direct te melden dat zij de informatie gratis hebben gekregen zonder verdere informatie te verschaffen. De weinigzeggende, maar vooral defensieve reactie maakt het de moeite waard dat nader onderzoek wordt verricht naar de betalingen aan de tipgever in Duitsland en de rol die de Nederlandse fiscus daarbij heeft gespeeld. In de zaak van het Rekeningenproject, waarbij de Hoge Raad in 2008 het verkregen materiaal als bewijs heeft toegelaten, is op geen enkele wijze vastgesteld dat voor de gegevens is betaald, noch door de Nederlandse, noch door de Belgische autoriteiten. Dat is een wezenlijk verschil. Als er bemoeienis komt vast te staan (ook al heeft Nederland zelf niets betaald), dan menen wij dat een vergelijkbare belangenafweging dient plaats te vinden, zoals die in de tipgeverszaak is weergegeven.

In de EPB-zaak kan de vraag worden gesteld of het strafrechtelijk gebruik van deze informatie door de FIOD rechtmatig is. Zo signaleert Buruma in zijn noot bij het arrest van de Hoge Raad uit 2008 dat het de vraag is of een buitenlandse rechter toestemming zou verlenen voor het gebruik van via de fiscale route verkregen informatie in een strafrechtelijk onderzoek als is gebleken dat deze informatie in dat buitenland onrechtmatig is verkregen. Veelal wordt bij een fiscale gegevensuitwisseling opgenomen dat het niet is toegestaan om deze informatie in een strafrechtelijk onderzoek te gebruiken. Zodra er meer informatie over dit project bekend is, kan de afweging worden gemaakt of het zinnig is om hiernaar onderzoek te (laten) doen.

Hoewel de uitspraak van de Hoge Raad uit 2008 vrij stellig is, zal de bewijsvergaring in projecten over buitenlands vermogen de komende jaren de gemoederen vermoedelijk nog wel bezighouden. Nu uit de tipgeverszaak wel blijkt dat de defensieve houding van de fiscus op dit punt niet door de beugel kan, lijkt ons dat zeer terecht.

[1] 'Cassatie laat doek definitief vallen over KB Lux', www.nieuwsblad.be op 31 mei 2011.

[2] HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:643, BNB 2015/173