

# Inspecteur handelt onrechtmatig door in informatieverzoek aan Jersey te stellen dat sprake is van 'criminal tax matters'

## Gegevens

### Publicatie

NTFR 2021/2932

### Instantie

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

### Datum uitspraak

20 juli 2021

### Annotator

mr. J.W. Bosman

### ECLI

[ECLI:NL:GHARL:2021:6902](https://ecli.nl/GHARL:2021:6902)

### Zaaknummer

20/00445 en 20/00446

### Relevante informatie

[AWR art. 52a](#), [AWR art. 16](#), [AWR art. 47](#)

## Inhoudsindicatie

bewijsuitsluiting, gegevens, inlichtingen

## Samenvatting

Belanghebbende heeft in het verleden een buitenlandse trust opgericht die is gevestigd op Jersey. Door de Belastingdienst is een verzoek om inlichtingen gedaan aan de fiscale autoriteiten van Jersey over de betrokkenheid van belanghebbende bij de trust. De inspecteur heeft daarin verzocht om informatie over de jaren 2008 tot en met 2013. Voor de jaren 2002 tot en met 2005 heeft de inspecteur zich al eens beroepen op het niet voldoen aan de informatieverplichtingen ter zake van dezelfde trust, maar is hij door de rechter in het ongelijk gesteld. De inspecteur heeft informatiebeschikkingen afgegeven met betrekking tot de IB/PVV

2002 t/m 2013. In geschil is of de informatiebeschikkingen terecht zijn afgegeven. Het hof is van oordeel dat de inspecteur onrechtmatig heeft gehandeld door in het informatieverzoek te stellen dat sprake is van 'criminal tax matters'. De uit Jersey verkregen informatie mag daarom slechts worden gebruikt voor zover deze ziet op de periode vanaf 1 januari 2009 (vanaf het belastingjaar 2009 is het Tax Information Exchange Agreement met Jersey van toepassing). Voor de jaren 2002 t/m 2005 geldt verder dat in rechte is komen vast te staan dat belanghebbende niet kan beschikken over de gevraagde gegevens en inlichtingen. In een dergelijk geval kan de inspecteur niet nogmaals om die gegevens en inlichtingen vragen. Dit kan anders zijn indien sprake is van feiten en omstandigheden die de inspecteur voor de uitspraak niet bekend waren en ook niet redelijkerwijs bekend konden zijn, en die relevant zijn voor het vragen van nadere gegevens en inlichtingen. In het onderhavige geval mag de inspecteur de informatie uit Jersey die ziet op deze jaren niet gebruiken en heeft hij geen andere gronden aangedragen die het opnieuw vragen van gegevens en inlichtingen rechtvaardigen. Belanghebbende is daarom niet gehouden die vragen te beantwoorden. De wijze waarop de informatie uit Jersey is verkregen, is volgens het hof een bijzondere omstandigheid als bedoeld in art. 2, lid 3, BPB. In afwijking van het forfait kent het hof een proceskostenvergoeding toe van € 7.500.

(Hoger beroep gegrond.)

## Noot

Ingevolge het verdrag tussen Nederland en Jersey inzake de uitwisseling van informatie betreffende belastingzaken kan de inspecteur – kort gezegd – om informatie van vóór 1 januari 2009 verzoeken indien sprake is van 'criminal tax matters'. In alle andere situaties kan om informatie vanaf die datum worden verzocht. In onderhavige zaak wilde de inspecteur informatie omtrent een trust in Jersey om de juistheid van ingediende aangiften IB/PVV van belanghebbende en opgelegde primitieve aanslagen over de jaren 2007 t/m 2012 te onderzoeken. In het informatieverzoek aan de autoriteiten in Jersey gaf de inspecteur/Central Liason Office aan dat 'naar zijn mening' deze zaak een 'criminal tax matter' betrof om zodoende om alle relevante informatie vanaf het moment van oprichten van de trust in 1985 (!) te verzoeken. In het verzoek werd aangekruist dat men informatie wenste vanwege het onderzoeken van strafbare gedragingen ('investigation or prosecution of criminal tax matters'). De autoriteiten in Jersey behandelden het verzoek als een 'criminal tax matter' en verstrekten de gevraagde informatie.

Echter, aanwijzingen dat belanghebbende c.q. de trust een strafrechtelijk verwijt kon worden gemaakt, had de inspecteur op dat moment niet. Sterker nog, de inspecteur was twee jaar eerder in het ongelijk gesteld door zowel de rechtbank als het hof wat betreft zijn stelling dat onjuiste aangiften waren ingediend omdat de trust genegeerd diende te worden en al het vermogen van de trust direct of indirect toekwam aan belanghebbende.

Belanghebbende stelde zich dan ook op het standpunt dat de informatie die was verkregen naar aanleiding van het verzoek aan Jersey als onrechtmatig bewijs diende te worden uitgesloten. De rechtbank (Rechtbank Gelderland) zag echter niets kwaads in het informatieverzoek. In het verzoek had de inspecteur enkel gesteld dat *als* sprake was van een situatie waarin de trust als transparant moet worden aangemerkt, niet valt uit te sluiten dat zal worden onderzocht of art. 69 AWR is overtreden. Het informatieverzoek bevatte dan ook geen onjuiste informatie, aldus de rechtbank.

Het hof daarentegen komt – wat mij betreft terecht – tot bewijsuitsluiting en kent een aanzienlijke proceskostenvergoeding toe aan belanghebbende. De inspecteur had natuurlijk wel om informatie mogen verzoeken, maar niet om informatie van vóór 1 januari 2009. Het verdrag en het commentaar bij het OESO-

Modelverdrag – waarop het verdrag is gebaseerd – geven geen sluitend antwoord op de vraag of het informatieverzoek in casu voldeed. Kijkend naar de systematiek van het verdrag houdt het hof het erop dat er een redelijk vermoeden van schuld moet bestaan als de inspecteur stelt dat sprake is van een ‘criminal tax matter’. Een andersluidend oordeel zou het onderscheid tussen ‘criminal tax matters’ enerzijds en ‘all other matters’ anderzijds zinledig maken, aldus het hof. Het bewijs wordt uitgesloten omdat de bewijsgaring ‘zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht’ (HR 1 juli 1992, nr. 26.331, ECLI:NL:HR:1992:ZC5028). Het hof acht van doorslaggevend belang dat de inspecteur zelf – en bijvoorbeeld niet een anonieme bankmedewerker – de initiator van de onrechtmatige bewijsgaring was als zijnde initiatiefnemer c.q. opsteller van het informatieverzoek.

Graag sta ik nader stil bij twee kwesties, namelijk de overwegingen van het hof wat betreft de redelijke verdenking en de toetsing aan het ‘zozeer indruist’-criterium.

Ik vraag mij hardop af of het hof niet een te strenge maatstaf hanteert door te overwegen dat uit het verdrag volgt dat er een redelijk vermoeden van schuld dient te bestaan alvorens om informatie mag worden verzocht in verband met een ‘criminal tax matter’. Zou het bestaan van (een) aanwijzing(en) van belastingontduiking niet kunnen volstaan om informatie op te vragen, zeker wanneer die informatiegaring plaatsvindt met het oog op beboeting/bestrafing van ‘intentional conduct’ (commentaar bij OESO-Modelverdrag, par. 35)? Ik kan mij bijvoorbeeld voorstellen dat aanwijzingen voor fraude volstaan om via deze weg informatie op te vragen in verband met een projectmatig onderzoek van de Belastingdienst, ook als dat onderzoek nog niet heeft geleid tot (een) identificeerbare verdachte(n) c.q. strafba(a)r(e) feit(en).

Rechtspraak omtrent het leerstuk van bewijsuitsluiting in het fiscaal recht is schaars en bovendien erg summier. We moeten het in concreto doen met die ene zin van de Hoge Raad dat overheidsoptreden niet zozeer mag indruisen tegen wat je van een redelijke overheid mag verwachten. Des te spannender is het wanneer de Hoge Raad zich uitsprekt over bewijsuitsluiting. Er is cassatie ingesteld, naar ik heb begrepen. Ik wacht dus net als u met smart af.