

# BUON APPETITO!

Advocaat-belastingkundige Dick Barmentlo heeft privé tot zijn genoegen al enkele malen het Italiaanse restaurant bezocht dat zijn opdrachtgever exploiteert voordat er sprake is van 'een zaak'. Die begint als de inspecteur de eigenaar laat weten dat hij een boekenonderzoek wil instellen.

**E**nkele weken na de brief van de inspecteur meldt een audit-medewerker van de Belastingdienst zich bij het restaurant om het geplande onderzoek uit te voeren. Het gaat om de aangiften van omzet-, loon- en inkomstenbelasting over 2008 en 2009 van de vof en de vennoten. Voor de duidelijkheid: het restaurant gebruikt als rechtsvorm de vennootschap onder firma, met drie IB-ondernemers als vennoten – onder wie de eigenaar.

## FOETSIE

De controleur stuit op een probleem: bij de invoering van een nieuw kassasysteem in 2010 zijn computerbestanden verloren gegaan. Daardoor is een deel van de administratie er niet meer. In de ogen van de fiscus gaat het om essentiële informatie zoals dagstaten, omzetgegevens en kassaldi. Het gevolg: de inspecteur stuurt de vof en de vennoten een informatiebeschikking. De motivering: er is niet geheel voldaan aan zijn informatieverzoeken, waardoor

de administratie niet voldoet aan de bewaarplicht van artikel 52 AWR.

## INFORMATIEBESCHIKING

De inspecteur mag zo'n informatiebeschikking niet zomaar opleggen. Het is een laatste middel, dat resteert als de belastingplichtige ook na een aantal verzoeken nog niet heeft voldaan aan zijn plicht. Mogelijk gevolg: een omkering van de bewijslast. Dan mag de inspecteur 'in redelijkheid' het inkomen van de belastingplichtige schatten. Die moet maar bewijzen dat zijn echte inkomen lager was – wat vaak grote problemen oplevert.

Maar volgens Barmentlo biedt de beschikking de belastingplichtige ook mogelijkheden. "De omkering van de bewijslast staat pas vast als de informatiebeschikking onherroepelijk is. Je moet dus wel in actie komen en bezwaar instellen – en later eventueel beroep. Het voordeel is dat je dan al in de bezwaarfase inzage kunt krijgen in het dossier van de fiscus. Die werkt

daar meestal niet van harte aan mee, maar als je op je rechten staat, krijg je uiteindelijk altijd toegang. Dan zie je bijvoorbeeld dat de inspecteur de beschikking heeft opgelegd op basis van een klikbrief. Altijd goed om te weten."

## DESASTREUS

De eerste rondes in de zaak van het Italiaanse restaurant – bezwaar bij de fiscus en beroep bij de Rechtbank Noord-Holland – verlopen desastreus voor de belastingplichtigen. De Belastingdienst wijst hun bezwaar af en ook de rechtbank kiest partij voor de inspecteur: er is niet voldaan aan de in artikel 52 AWR gestelde eisen.

Dick Barmentlo komt in beeld vanaf de hoger beroepfase. "Via een oud-colle- →

## JURISPRUDENTIE

- ECLI:NL:RBNHO:2014:4178
- ECLI:NL:GHAMS:2015:2650
- ECLI:NL:HR:2016:2299





### ‘DE INSPECTEUR BLEEF VOLHARDEN IN HET OPEISEN VAN DE DIGITALE BESTANDEN. DAARMEE GOOIDE HIJ Z’N EIGEN GLAZEN IN’

ga werd gevraagd of ik eens naar de zaak wilde kijken. Dat heb ik gedaan en ik zag wel mogelijkheden. Mijn voorganger had bij de rechtbank vooral ingezet op overmacht. Er was geen sprake van onwil, maar van onmacht: de digitale bestanden waren echt verdwenen. Door toch een informatiebeschikking op te leggen zou de inspecteur in strijd met de redelijkheid hebben gehandeld. Maar met die redenering ging de rechtbank niet mee.”

#### CATCH 22

Behalve de eigenaar van zijn favoriete restaurant steunen, had Dick Barmentlo nog een reden om in actie te komen. “Er speelt in deze casus ook een algemeen probleem: in artikel 52a AWR (de bepaling over de informatiebeschikking) ook artikel 52 AWR (die over de administratieplicht) wordt genoemd. Als de fiscus blijft vragen naar bepaalde stukken en de belastingplichtige kan

die niet overhandigen omdat ze er echt niet meer zijn, dan kun je het artikel 52-verzuim nooit herstellen met een bezwaar tegen de opgelegde informatiebeschikking.

Er bestaat dus een onterechte verbinding tussen beide artikelen. Daarvan maakt de fiscus handig misbruik door met behulp van artikel 52a te zorgen voor omkering van de bewijslast. Maar dat is helemaal niet de bedoeling van dat artikel! En intussen wordt de belastingplichtige in een vrijwel onmogelijke positie gemanoeuvreerd. Hij moet iets bewijzen, maar beschikt niet meer over de middelen om dat te doen – en dat zal altijd zo blijven. Een klassieke catch 22-situatie.”

#### GERECHTSHOF

In hoger beroep, op de zitting van het Gerechtshof Amsterdam, laat Dick Barmentlo de algemeen directeur van het

restaurant als getuige optreden. “Die heeft de administratieve procedures nog eens haarfijn uitgelegd. Vreemd was dat de inspecteur bleef volharden in het opeisen van de digitale bestanden. Daarmee gooide hij z’n eigen glazen in. Want er waren wel zogenoemde papieren Z-afslagen beschikbaar waar de meest essentiële cijfers en gegevens op stonden. Om onbegrijpelijke redenen wilde hij die echter niet hebben. Al met al was mijn conclusie dat het boekenonderzoek geen ernstige administratieve gebreken aan het licht had gebracht. Daarom moest de informatiebeschikking vernietigd worden. Daar was het Hof het mee eens, bleek bij de uitspraak in hoger beroep. Maar de fiscus ging toch in cassatie.”

#### ARTIKEL 81 RO

De Hoge Raad doet de zaak in zijn arrest van 14 oktober 2016 af als een 81RO-tje. Ofwel: het middel dat de staatssecretaris heeft ingezet, kan niet tot cassatie leiden. En dat behoeft geen nadere motivering omdat er geen rechtsvragen in het geding zijn. *Caso chiuso; buon appetito!* ■



#### MR. DICK BARMENTLO

Partner bij FT Advocaten (Nijmegen en Amsterdam). Dat is de rechtsopvolger van Jaegers & Soons Advocaten-Belastingkundigen. FT staat voor ‘fair trial’.