

Zitting 5 December 2012 verslag

Aanwezig: de rechters de heer P.A.G.M. Cools voorzitter, de heer J. Swinkels en mevrouw G.D. van Norden en griffier mevrouw A.W.J. Strik

Namens de belastingontvanger: de heren S. van den Berg en E.P. Bruyndoncx

Namens belanghebbenden: advocaat de heer M. Castelijm

Rechter Cools: 'Tijdens de zitting van 26 september 2012 heb ik verzocht om te bezien of er met betrekking tot de onderhavige zaken een onderlinge schikking mogelijk is. Waarom is er geen akkoord is bereikt?'

Advocaat Castelijm: 'Omdat de spreadsheets niet kloppen heb ik Ontvanger Stoop voorgesteld om nog aanvullende stukken te leveren. Ontvanger Stoop heeft laten weten daar niet voor open te staan. Tijdens deze regiezitting wil ik daar graag op terugkomen.'

Rechter Cools: 'Vandaag is er geen regiezitting, maar een inhoudelijke behandeling. Er lopen nog 14 dossiers. Vandaag gaan we verder met de aansprakelijkstellingen. Ik stel voor om tijdens deze zitting ook een datum voor de behandeling op een volgende zitting vast te stellen.'

Advocaat Castelijm: 'Ik vraag u om toestemming voor enkele opmerkingen die de heer Ter Braack nu wil maken.'

Ter Braack: 'Het gaat om de vaststelling van de belastingschulden die bij Acon zouden zijn ontstaan. Daarbij moeten wij kunnen vertrouwen op de uitlatingen en de berekeningen van de Belastingdienst. U als rechter moet er zonder meer vanuit kunnen gaan dat de informatie van de Belastingdienst juist is en deze op juistheid controleren. Dat kan in dit geval niet. De belastingschuld van Acon is niet op tijd vastgesteld. Dat blijkt uit de informatie van de curator van Acon. Als u vindt dat dat wel zo zou zijn, dan wil ik de curator als getuige horen.'

Rechter Cools: 'Ik zie dat u een pleitnota hebt gemaakt. Zouden wij daarvan een kopie mogen ontvangen?'

Ter Braack: 'Dat is geen probleem.' Ter Braack overhandigt een kopie van zijn notities aan rechter Cools en Ontvanger Van den Berg.

Rechter Cools: 'Waarom hebt u de curator niet meegebracht als getuige?'

Ter Braack: 'Ik verkeerde in de veronderstelling dat er vandaag een regiezitting zou zijn en dat het hof dit niet toe zou staan.'

Rechter Cools: 'Tijdens de regiezitting van 26 september 2012 is gesteld noch de indruk gewekt dat er een regiezitting zou worden gehouden. De zaken van vandaag worden dan ok inhoudelijk behandeld. Als u de curator als getuige wil horen, dan is het aan u om de curator mee te brengen.'

Na deze interruptie vervolgt Ter Braack zijn betoog: 'Dat we niet kunnen vertrouwen op de Belastingdienst blijkt uit de beslaglegging die de Belastingdienst op 21 november 2012 op mijn uitkering bij ASR heeft gelegd voor € 612.677, terwijl een bedrag van € 27.461 is verschuldigd.'

Hierbij overhandigt Ter Braack kopieën van het door de heer Ariese namens de Ontvanger gelegde beslag aan rechter Cools en de Ontvanger Van den Berg.

Rechter Cools: 'Wat hebben deze stukken met betrekking tot de beslaglegging met deze zaken te maken?'

Ter Braack: 'Niets. Het bedrag waarvoor beslag is gelegd, is circa het twintigvoudige van de verschuldigde belasting. Ik wil hiermee de onzorgvuldige handelwijze van de Belastingdienst aantonen.'

Rechter Cools: 'Het hof heeft geen behoefte aan deze stukken. U krijgt deze terug.'

Ter Braack: 'De aansprakelijkstelling aan de bedrijven ziet op belastingschulden in verband met betalingen door derden. In dat verband breng ik graag een brief van de Belastingdienst Zuidwest van 10 juni 2011 onder uw aandacht. Daarin staat letterlijk dat een inhoudingsplichtige geen rekening hoeft te houden met andere inkomsten. De loonheffing is een voorheffing op de inkomstenbelasting. De looninhoudingsplichtige houdt zich aan de formele regels. Dus ook Acon hoeft geen rekening te houden met loon van derden en daarmee is de grondslag voor de aan Acon opgelegde naheffingsaanslag komen te vervallen.'

Ter Braack overhandigt de brief van 10 juni 2011 aan rechter Cools en Ontvanger Van den Berg.

Rechter Cools: 'De brief van 10 juni 2011 ziet op iets anders dan op loon van derden.'

Ter Braack: 'Ik ben van mening dat het over hetzelfde gaat. Omdat ik die redenatie van de Belastingdienst Zuidwest niet kon volgen heb ik nogmaals vragen daarover aan de Belastingdienst gesteld. Op 2 augustus 2011 deelde de Belastingdienst Zuidwest mij wederom mee dat de looninhoudingsplichtige niets verkeerd heeft gedaan en bij de vaststelling van de in te houden loonbelasting geen rekening hoeft te houden met inkomsten die elders worden genoten.'

Nu overhandigt Ter Braack de brief van 2 augustus 2011. Ter Braack gaat verder: 'Omdat ik nog niet overtuigd was, diende ik daarop een klacht in bij het management team van de Belastingdienst Zuidwest. Op 13 september 2012 stelt de Belastingdienst ten derde maal dat een looninhoudingsplichtige bij de vaststelling van de in te houden loonbelasting geen rekening hoeft te houden met andere inkomsten. Ten derde male wordt vermeld dat de loonheffing een voorheffing is op de inkomstenbelasting. Verder schrijft de Belastingdienst dat er geen consequenties zijn aan het te weinig inhouden van loonbelasting! Door

voornoemde duidelijke en herhaaldelijk ingenomen standpunten van de Belastingdienst kan ik absoluut niet volgen waarom er aan Acon door de Belastingdienst naheffingsaanslagen zijn uitgebracht die handelen over dezelfde feiten. Daarbij wordt opgemerkt dat Acon altijd de juiste inhoudingen loonbelasting op de uitbetaalde salarissen heeft gedaan en deze ook heeft afgedragen. ‘

Daarna overhandigt Ter Braack de brief van 13 september 2012 aan rechter Cools en Ontvanger Van den Berg en gaat zitten.

Advocaat Castelijin: ‘In deze zaken speelt de aansprakelijkstelling voor een vermeende niet betaalde naheffingsaanslag loonbelasting van Acon. Er moet vaststaan dat die aanslag tijdig is vastgesteld. Of dit het geval is wordt afgeleid uit de bekendmaking van de aanslag. De naheffingsaanslag zou op 27 oktober 2003 zijn vastgesteld.

Dat aan de zorgvuldigheid van de Belastingdienst mag worden getwijfeld blijkt uit het dwangbevel voor de beslaglegging op de uitkering aan de heer Ter Braack. Dit is handmatig ingevuld op 24 september 2012 (Advocaat Castelijin overhandigt het hof mijn eerdere door rechter Cools teruggegeven kopie). Het exploit is op 21 november 2012 verzonden. Het in het dwangbevel genoemde bedrag dat invorderbaar is, is fout.’

Rechter Cools: ‘De aanslag aan Acon is er, maar de uitreiking dagtekening is onjuist.’

Advocaat Castelijin: ‘Dan stel ik primair vast dat de belastingschuld te laat is vastgesteld, zodat de naheffingsaanslag geheel moet vervallen. Indien dit niet het geval is, dan komt een voorwaardelijk bewijsaanbod aan de orde. Dus als het hof de datum van 27 oktober 2003 wil aanhouden, dan moet de curator worden gehoord. Je zou ook kunnen zeggen dat de aanslag in augustus 2004 is vastgesteld. In dit geval stel ik, subsidiair, dat het jaar 1998 en een gedeelte van het jaar 1999 wegvallen. Maar zou de aanslag aan Acon met een foutieve dagtekening zijn geweest, dan maakt dat het helemaal ongeloofwaardig en moet de aanslag van tafel.

Bij Acon is personeel in dienst geweest en er is sprake van inlening c.q. doorlening. Voor hoeveel dan? Wie heeft er wanneer gewerkt? Het uitgangspunt van de Belastingdienst is een pro rata toerekening. Zie daarvoor het verweerschrift in eerste aanleg, waarvoor ik verwijs naar het strafdossier. Het zou om loonbetalingen door een derde gaan. Al deze stukken zitten in het strafdossier. De stukken van deblokking en aansprakelijkstelling zijn niet bijgevoegd. In geschil is de rechtmatigheid en de hoogte van de aansprakelijkstelling. Een geïndividualiseerde heffing is niet aanwezig. Op basis van het strafdossier is een geïndividualiseerde aanpak mogelijk, dat wil zeggen een aanpak waarbij de loonbelasting per werknemer bezien kan worden. Voorts had belanghebbende de gegevens over de aan de werknemers verstrekte aandelen niet. Wie hebben aandelen gehad en wie heeft waar gewerkt? Deze gegevens staan wel in het strafdossier, maar dit dossier is niet geheel aan de stukken toegevoegd. Er zijn slechts fragmenten van het strafdossier aan de gedingstukken

gevoegd, zoals de processen-verbaal van ambtshandeling van de FIOD. Belanghebbende vindt dat het hof moet verifiëren of een geïndividualiseerde aanpak mogelijk is. Bij de zitting van de rechtbank is gezegd dat de aansprakelijkstelling naar tijdsgelang van de inlening plaatsvond. In het hoger beroepsschrift staat voor 1 januari tot 1 juni 2001 een loonbelastingsschuld vermeld van € 213.470. Hoe kom je dan aan een aansprakelijkstelling van € 40.000? Voorts heb ik via de Ontvanger informatie ontvangen over aansprakelijkstellingen van derden, onder andere de ABN AMRO Bank en de RABO Bank. Ik verwijs u naar het overhandigde overzicht “Aansprakelijkheid Acon”. Er is door derden betaald. Niet is duidelijk op welke loonbelastingsschulden deze betalingen slaan. Niet is vast te stellen op stukken van de Ontvanger welke bedragen voor wie gelden, maar het is wel van belang. De Belastingdienst mag niet tweemaal vangen. Ten slotte maken belanghebbenden aanspraak op schadevergoeding in verband met de redelijke termijn. Ik verwijs naar het arrest van de Hoge Raad van 13 november 2012.’

Rechter Cools: ‘Je mag wel dubbel aansprakelijk stellen.’

Advocaat Castelijin: ‘Maar niet dubbel ontvangen. Vastgesteld moet worden waarop dat slaat. Ik overhandig u hierbij een overzicht van de Belastingdienst van de betalingen. Het dossier is niet compleet. Het strafdossier moet worden toegevoegd, want daaruit blijkt de juiste informatie. Daarin zitten belangrijke discrepanties. Het klopt nu niet.’

Rechter Cools: ‘U begrijpt dat wij dat overzicht niet gaan maken.’

Ontvanger Van den Berg: ‘De vaststelling van de aanslag aan Acon is niet relevant. Gelet op het arrest van de Hoge Raad van 18 december 2009 kan bij een faillissement degene die aansprakelijk is gesteld de Ontvanger niet tegenwerpen dat de door de inspecteur vastgestelde aanslag niet overeenkomstig de Invorderingswet bekend is gemaakt aan degene die de belastingsschuld heeft belopen. In het arrest van 29 maart 2012 heeft de Hoge Raad overwogen dat bekendmaking van een besluit geen voorwaarde is voor de totstandkoming daarvan. De curator heeft een kopie van de aanslag ontvangen. Ik vind de uitreiking van de aanslag aan de curator van Acon voldoende bewijs.’

Met betrekking tot de hoogte van de aansprakelijkstelling en de individualisering is de Ontvanger altijd afhankelijk van de informatie van de klant. Over de geïndividualiseerde aanpak merk ik op dat dit niet mogelijk is, omdat daarvoor aan de controleambtenaar onvoldoende informatie is verschaft en dat de controleambtenaar daarom geen specifieke berekening kon maken. Alleen verwijzen naar het strafdossier is niet voldoende. En dit behoort niet in het geheel tot de gedingstukken, omdat daarin ook geen op de onderhavige zaken betrekking hebbende stukken zitten. Voorts hebben derden bij lange na nog niet alles betaald. Betaling is overigens juridisch niet relevant voor de aansprakelijkstelling, maar alleen voor de invordering. Je moet alle gegevens beschikbaar stellen en belanghebbende weigert informatie te geven. De partij die het feitenonderzoek bemoeilijkt draagt de informatielast. Het standpunt van de advocaat is ongemotiveerd. De bewijslast is beslist niet

geleverd. Met de bewijslast begint het dossier. Ik verzoek u om alle door de advocaat aangevoerde standpunten te verwerpen. De betalingen door de bedrijven is juridisch niet relevant. De hoogte van de schuld is vastgesteld en dat is voldoende. Er hoeft dan ook geen verdeling gemaakt te worden'

Advocaat Castelijin: 'Het hof dient wel de individualisering vast te stellen en de Belastingdienst de bewijsopdracht te geven. Ook de dienstverbanden kloppen niet. Veel mensen waren op 1 januari 2001 niet in dienst van Acon en hebben dus ook niet uit dien hoofde bij ESP Consultancy gewerkt.'

Rechter Cools: 'Hoe zit dat met de aansprakelijkstelling van ESP Consultancy?'

Ontvanger Van den Berg: 'Dat slaat op de belastingschuld in dat jaar. Daarom ben ik ook van 1 januari 2001 uitgegaan.'

Rechter Cools: 'Over 2001 blijkt nagenoeg niemand te zijn ingehuurd die in dat jaar bij Acon heeft gewerkt. Waaruit blijkt dit voor ESP Consultancy? Is nog in geschil dat ESP Consultancy eerst per 1 maart 2001 is opgericht, maar daarvoor al wel activiteiten heeft ontplooid?'

Ontvanger Van den Berg: 'Ik moet daarover nadenken.'

Daarna schorst rechter Cools de zitting voor tien minuten.

Rechter Cools: 'De volgende zitting is vastgesteld op 13 februari 2013.'

Ontvanger Van den Berg: 'Uit de bijlagen blijkt dat de omzet in 2001 bij Dynatools € 3.098.000 is geweest. De omzet van ESP Consultancy is daarvan afgeleid.'

Rechter Cools: 'Uit het boekenonderzoek blijkt dat de cijfers niet met elkaar overeenkomen. Daarin staat een loonheffing van € 213.417 over de aandelen, terwijl de loonheffing € 118.787 zou zijn. Dat is allemaal erg onduidelijk.'

Ontvanger Van den Berg: 'De berekening bij het boekenonderzoek betreft alleen de voordelen ter zake van de aan de werknemers verstrekte aandelen. Hierbij ga ik uit van € 117.787 loonheffing. In het overzicht zijn de betalingen hiervan afgetrokken. Het restant aan loonheffing blijft dan over.'

Advocaat Castelijin: 'De heer Ter Braack heeft gisteren een brief van het boekenonderzoek gevonden. Uit deze gegevens blijkt welke gegevens de heer Tuncer van de Belastingdienst heeft gehad. Ik verwijs u naar de kopie van de brief van 6 april 2000 van ESP Nederland aan de Belastingdienst.'

Ontvanger Van den Berg: 'Ik maak bezwaar tegen overlegging van deze brief.'

Rechter Cools: 'Zijn alle werknemers bekend?'

Advocaat Castelijin: 'Die zijn bekend, ook bij de Belastingdienst. Als bijlage bij de brief van 6 april 2000 is een lijst met werknemers gevoegd. Deze brief zit ook in het belastingdossier. De voortdurende opstelling van de Belastingdienst dat Dynatools geen informatie heeft verstrekt klopt dus niet.'

Ontvanger Van den Berg: 'Bij een individuele berekening gaat het niet alleen om de omzet per werknemer, maar ook om de loonbelasting en de vraag welke aandelen zijn verkocht. Op de voordelen ter zake van de aandelen werd geen loonbelasting ingehouden. Je moet hiervoor alle gegevens van de werknemers per maand hebben. Daar is een goede administratie voor nodig en die is er niet. De berekening is nu gebaseerd op de omzet. Er is te weinig bekend, dus is het onmogelijk om de gevraagde berekening te maken. Een overzicht met sofinummers brengt me niet verder.'

Rechter Cools: 'Ik wil graag een kopie van de brief van 6 april 2000.' Advocaat Castelijin overhandigt deze kopie. 'Ik zie dat op de brief een stempel van de Belastingdienst staat. De brief is dus bekend bij de Belastingdienst.'

Ontvanger Van den Berg: 'Ik maak nog steeds bezwaar, want ik heb me niet kunnen voorbereiden.'

Rechter Cools: 'De brief is bij de Belastingdienst bekend en had dus ook bij u bekend kunnen zijn.'

Advocaat Castelijin: 'De Belastingdienst had wel degelijk alle informatie uit het boekenonderzoek.'

Rechter Cools: 'Ik zie de heer Ter Braack met zijn hoofd schudden.'

Ter Braack: 'Tijdens het boekenonderzoek in december 1999 en januari 2000 heeft de heer Tuncer van de Belastingdienst op ons kantoor duizenden kopieën uit de administratie gemaakt. Daarnaast heeft hij veel ordners meegenomen om daarvan op zijn kantoor kopieën te maken. Op 9 augustus 2001 is er een inval geweest en heeft de FIOD de volledige administraties van alle bedrijven meegenomen.'

Ontvanger Van den Berg: 'Ik zei dat het strafdossier niet relevant is. Dat is natuurlijk niet zo. In deze zaken zitten wel degelijk stukken uit het strafdossier, maar niet alle stukken.'

Advocaat Castelijin: 'De Belastingdienst moet alle stukken leveren. Het hof kan pas toetsen als zij over alle stukken beschikt en een individuele berekening kan maken. De Belastingdienst heeft alle stukken.'

Rechter Cools (tegen Ontvanger Van den Berg): 'Dan hebt u dus alle contracten en facturen. Dus moet u de berekeningen kunnen maken en het gevraagde bewijs kunnen leveren.'

Ontvanger Van den Berg: 'Ik kan het bewijs niet leveren!'

Rechter Cools: 'Is de omzet van Acon bijna geheel toe te rekenen aan Dynatools?'

Ontvanger Van den Berg: 'Ja, bijna volledig. Er van uitgaande dat je 2,9 miljoen zou toerekenen aan ESP Nederland, dan weet je niet aan welke werknemers welk bedrag is toe te rekenen. De medewerkers waren inderdaad bekend, dus de brief van 6 april 2000 kan tot de gedingstukken worden gerekend. Deze zaak draait om de verkoop van aandelen. Voor een volledig beeld dien je daarover te beschikken. Dus daar kom je nooit uit, want die gegevens heeft de Belastingdienst niet. Je moet elke maand per medewerker individueel kunnen nalopen en dat kan niet. De aandelen blijft een lastig punt. De Belastingdienst heeft te weinig gegevens en komt hier niet uit.'

Rechter Cools: 'De gegevens van de werknemers zijn dus bekend, maar u kunt niet de juiste berekening maken over het stuk van de aandelen. Met de brief over de sofinummers kunt u dus ook niet verder?'

Ontvanger Van den Berg: 'Nee, want dat zegt niets over de aandelen.'

Advocaat Castelijin: 'De processen-verbaal van de FIOD behoren tot de gedingstukken. Daarin staat alles per werknemer vermeld. Dus alle stukken zijn bekend. Niet alle omzet van ESP Nederland is door mensen van Acon gegenereerd. Er is geen rekening gehouden met de mensen die zijn ingehuurd van derden en die niet bij Acon in loondienst waren, zodat een pro rata berekening niet kan. Derden zijn aansprakelijk gesteld. Deze klanten hebben geïndividualiseerde gegevens aan de Belastingdienst verstrekt.'

Een omzet van € 3.000.000 en een loonbelastingsschuld van circa € 200.000 is raar. Volgens het boekenonderzoek zou de winstmarge 90-91% zijn geweest. Voor het jaar 2001 gaat het alleen om voordelen ter zake van de aandelen. Voor andere jaren gaat het ook om onkostenvergoedingen. Overigens hebben niet alle werknemers aandelen gehad. De bewijslast ligt bij de inspecteur. Indien dit niet zo is, dan doe ik het bewijsaanbod om de berekeningen te maken. Uit de processen-verbaal blijkt welke werknemer aandelen heeft gehad. Dit overzicht is eenvoudig te maken. Welke ingeleende mensen bij Dynatools werkzaam zijn geweest en of die in de aandelenregeling hebben gezeten en waar die op de loonlijst stonden.'

Rechter Cools (tegen Ontvanger Van de Berg): 'Het is aan u om die berekeningen te maken.'

Advocaat Castelijin: 'De uitkomst zal voor 2001 praktisch nihil zijn.'

Rechter Cools: 'Voor 2001 gaat het over het voordeel van de aandelen. De advocaat van Dynatools stelt dat er in 2001 nauwelijks werknemers in dienst bij Acon waren die aandelen hadden.'

Ontvanger Van den Berg: 'Deze stelling is wat mij betreft tardief.'

Rechter Cools: 'Bij de vorige zitting zijn de zaken aangehouden om dat uit te zoeken.'

Ontvanger Van den Berg: 'Dat heb ik anders begrepen.'

Rechter Cools: 'Kan de advocaat laten weten of deze lijsten zijn te maken?'

Advocaat Castelijin: 'Ik bied aan om dit alsnog te doen.'

Rechter Cools: 'Dat had ook eerder aangeboden kunnen worden.'

Advocaat Castelijin: 'De Ontvanger had het strafdossier ook kunnen inbrengen. Ik heb de gegevens nu van de heer Ter Braack gekregen na zijn vrijlating. Ik wil een overzicht maken van de werknemers die bij Dynatools/ESP Nederland ingeleend waren, bij wie ze in dienst waren, of ze in de aandelenregeling zaten en hoeveel aandelen ze hadden.'

Rechter Cools: 'U krijgt de gelegenheid dit alsnog te doen. Is er bij Dynatools en IT FacMan nog iets te halen?'

Ontvanger Van den Berg: 'Voor zover ik weet niet.'

Rechter Cools: 'Is het dan interessant om die aanslag in stand te houden?'

Ontvanger Van den Berg: 'Ik wil de aansprakelijkstellingen in deze beide zaken wel intrekken als de advocaat voor deze twee zaken geen schade claimt.'

Advocaat Castelijin: 'Ik wil dit overleggen met de heer Ter Braack.'

Daarna schorst rechter Cools de zitting en verlaten Ontvanger Van den Berg met zijn collega Bruyndoncx, advocaat Castelijin en ter Braack de rechtszaal.

Na ruim vijf minuten keren we allemaal terug in de rechtszaal.

Advocaat Castelijin: 'Dynatools gaat akkoord als de Ontvanger de aansprakelijkstellingen tegen Dynatools en IT FacMan intrekt.'

Ontvanger Van den Berg: 'Ik ga hiermee akkoord.'

Advocaat Castelijin: 'Dynatools zal geen schadevergoeding instellen en zal de beroepen intrekken.'

Daarna ondertekent advocaat Castelijin de intrekking van beide beroepsschriften.

Rechter Cools: 'De zaak van ESP Consultancy wordt aangehouden. Stel dat er in 2001 geen werknemers meer waren bij ESP Consultancy?'

Ontvanger Van den Berg: 'Dan vervalt de aansprakelijkstelling van ESP Consultancy.'

Rechter Cools: 'Stel dat ESP Consultancy aantoont dat de loonheffing zeer gering is, vermindert de Ontvanger dan de aansprakelijkstelling?'

Ontvanger Van den Berg: 'Ja, dat kan ook zonder zitting afgedaan worden.'



Advocaat Castelijn: 'Uiterlijk op 18 januari 2013 ligt het overzicht van werknemers die bij Acon loon hebben genoten ter zake van aandelen en vanaf 1 januari 2001 bij ESP Consultancy hebben gewerkt bij de Ontvanger en het Hof.'

Rechter Cools: 'Voor zover partijen er niet uitkomen, blijft de vraag over de rechtsgeldigheid van de naheffingsaanslag staan.'

Advocaat Castelijn: 'Dit speelt niet meer. Dit speelde in de zaak van Dynatools.'

Rechter Cools: 'Laat u deze grief vallen?'

Advocaat Castelijn: 'Op dit moment nog niet.'

Daarna sluit rechter Cools de zitting.