

Zuidwest/kantoor Breda
BREDA

- 5 MEI 2006

> Postbus 90121

4800 RA BREDA

Telefoon 0800 - 0543
Telefax (076) 530 42 25
Invordering ZGO
Doorkiesnummer (076) 530 41 63

ESP Consultancy B.V.
Hertoghs advocaten
mr. R.W.J. Kerckhoffs
Postbus 4729
4803 ES Breda

Datum
28 april 2006

Uw kenmerk
HK4016

Kenmerk
HS /A809441627D32304

Betreft
Uitspraak op bezwaar

Geachte heer Kerckhoffs,

Op 10 december 2004 ontving ik een brief van [redacted] met dagtekening 9 december 2004, waarin [redacted] namens ESP Consultancy B.V. bezwaar maakt tegen de beschikking aansprakelijkstelling van 8 november 2004.

In mijn brief van 21 december 2004 verzoek ik [redacted] om een nadere toelichting op het door hem ingediende bezwaarschrift.

In de brief van [redacted] van 23 december 2004 wordt daarop weer een nadere reactie gegeven.

Op 21 januari 2005 verzoek ik [redacted] mij mede te delen of hij mondeling gehoord wilde worden. In een fax, gedagtekend 7 februari 2005, geeft [redacted] aan hier voorlopig van af te zien.

In mijn brief van 1 maart 2005 verstrek ik [redacted] aanvullende informatie en verzoek ik hem nogmaals de aanvullende informatie te verstrekken met betrekking tot de inlening. Op 27 april 2005 nogmaals de vraag gesteld of [redacted] mondeling gehoord wenst te worden. In een brief van 3 mei 2005 deelt kantoor Hertoghs mede dat zij de belangen van ESP Consultancy B.V. gaan behartigen.

Op 15 juni 2005 wordt er een aanvullend bezwaarschrift ontvangen van kantoor Hertoghs inzake ESP Consultancy B.V. In mijn brief van 9 december 2005 geef ik een hierop een reactie en verzoek wederom om de relevante gegevens die door ESP Consultancy B.V. nog steeds niet zijn verstrekt. Op 6 januari 2006 en 9 maart 2006 worden er nog brieven van de heer Ter Braack ontvangen ter zake van de aansprakelijkstelling. Echter de gevraagde informatie blijft achterwege.

Ontvankelijkheid

Uw bezwaarschrift heb ik binnen de wettelijke termijn ontvangen. Bovendien zijn er geen gronden om uw bezwaarschrift niet-ontvankelijk te verklaren. Het bezwaar is daarom ontvankelijk.

Samenvatting van uw bezwaar

U maakt bezwaar op 4 gronden, te weten:

1. Geen inlening in de relevante periode.
2. Motivering van de aansprakelijkstelling is ondeugdelijk.
3. Volgorde van de aansprakelijkstelling is onjuist.
4. Gebrek aan informatie.

Naar aanleiding van het bezwaar wenste u wel gehoord te worden maar in verband met het ontbreken van informatie wilde u geen datum voor een hoorgesprek vastleggen.
Er heeft geen hoorgesprek plaatsgevonden.

Beoordeling van uw bezwaar

Artikel 34 Invorderingswet 1990:

Van inlening is sprake als een werkgever zijn werknemers ter beschikking stelt aan een derde -de zogenaamde inlener- om onder diens toezicht of leiding arbeid te verrichten. De betreffende werknemers staan gedurende de periode waarin zij zijn uitgeleend in dienstbetrekking tot de werkgever, de zogenaamde uitlener.

Op grond van dit artikel is de inlener hoofdelijk aansprakelijk voor de loonbelasting die de uitlener verschuldigd is en in het geval doorlening plaatsvindt - de zogenaamde doorlener(s) verschuldigd is(zijn).

1. ESP Consultancy B.V. is aansprakelijk gesteld op grond van artikel 34 lid 2 Invorderingswet 1990
ESP Consultancy B.V. heeft in het jaar 2001 via ESP Nederland B.V. personeel ingeleend van Acon Infoservice B.V. ESP Nederland B.V. is doorlener. De periode waarover de aansprakelijkheid is berekend loopt van 1 januari 2001 tot 1 juni 2001.

Alle werknemers waren in loondienst bij Acon Infoservice B.V.

Artikel 34 lid 2 Invorderingswet 1990 verstaat onder inlener mede de doorlener, zijnde degene aan wie een werknemer ter beschikking is gesteld(ESP Nederland) en die deze werknemer vervolgens ter beschikking stelt aan een derde(ESP Consultancy) om onder diens toezicht of leiding werkzaam te zijn.

ESP Nederland B.V. is aansprakelijk gesteld voor de onbetaald gebleven (naheffings)aanslagen loonbelasting van Acon Infoservice B.V.

Inlenersaansprakelijkheid is een risicoaansprakelijkheid waarvoor faciliteiten bestaan om het risico voor aansprakelijkheid af te dekken

Op grond van artikel 34 lid 3 Invorderingswet 1990 verkrijgt de inlener, ten belope van het bedrag dat hij stort op de g-rekening van de werkgever van de ingeleende arbeidskrachten, vrijwaring van zijn aansprakelijkheid voor de loonbelasting.

Daarnaast wordt vrijwaring verleend door de rechtstreekse storting bij de Belastingdienst
ESP Consultancy B.V. heeft niets gedaan om haar risico af te dekken.

Zij heeft niet gestort op een g-rekening t.n.v. ESP Nederland B.V. dan wel rechtstreeks afgestort naar Belastingdienst en UWV

2. Motivering van de aansprakelijkheid is ondeugdelijk.

Onderzoek Acon Infoservice B.V. en ESP Nederland B.V.

In 2003 is een boekenonderzoek ingesteld naar de aanvaardbaarheid van de aangiften loonbelasting/premies volksverzekeringen van Acon Infoservice B.V., over de periode 1-1-1998 t/m 1-7-2001. Een en ander naar aanleiding van een Fiod-onderzoek bij Dynatools Software B.V. v/h ESP Nederland B.V.. Acon Infoservice B.V. heeft in genoemde periode, tot datum faillissement (7-11-2001), werknemers in dienst gehad die onder meer via ESP Nederland B.V. zijn ingeleend en vervolgens weer doorgeleend zijn aan derden. De werknemers zijn verloond bij Acon Infoservice B.V. Acon Infoservice B.V. was een zogenaamde "payroll B.V.":

Uit beide onderzoeken is gebleken dat er aan de werknemers van Acon Infoservice B.V. substantiële bedragen aan kostenvergoedingen zijn uitbetaald die, ten onrechte, niet tot het loon zijn gerekend.

Onderzoek/berekening ESP Consultancy B.V.

Op grond van de bevindingen bij o.a. Acon Infoservice B.V. zijn er gegevens opgevraagd bij belanghebbende.

Desgevraagd heeft ESP Consultancy B.V. geen informatie en bescheiden overgelegd waaruit kon worden vastgesteld dat de in de administratie van ESP Nederland B.V. voorkomende facturen overeenkwamen met de facturen van ESP Consultancy B.V.

Voor het bepalen van de hoogte van de aansprakelijkstelling is uitgegaan van de naheffingsaanslag met aanslagnummer 800725578A011500. Genoemde naheffingsaanslag is tot stand gekomen door per werknemer, per jaar te bepalen welk bedrag ten onrechte buiten de loonheffing is gebleven (A). Daarbij is voor iedere werknemer vastgesteld welk tarief loonheffing per jaar verschuldigd was (B). Daarnaast is vastgesteld hoeveel uren de betreffende werknemer in de jaren 1998 t/m 2001 werkzaam is geweest bij Acon Infoservices B.V. (C).

Vervolgens is per werknemer vastgesteld hoeveel loonheffing ten onrechte buiten de heffing is gebleven door de eindheffingstabel toe te passen op het onbelast genoten voordeel. $(A*B)$ Tot slot is dit bedrag gedeeld door het aantal uren dat de werknemer in een bepaald jaar heeft gewerkt. Dit leidt dan tot een bedrag aan loonheffing per uur, per werknemer. $((A*B)/C)$

ESP Consultancy B.V. is aansprakelijkgesteld op basis van omzetgegevens. Omdat de gevraagde informatie niet door ESP Consultancy B.V. wordt aangeleverd kan er niet op individuele informatie worden berekend. Zie ook uitspraak Hof Amsterdam van 29 maart 2006.

3. Aansprakelijkheid doorlener/bestuurder.

Noch de wet noch de leidraad Invordering 1990 bevat een imperatieve bepaling omtrent de volgorde van aansprakelijk stellen.

In artikel 35, paragraaf 14, eerste lid van de Leidraad Invordering wordt in het eerste lid voor wat betreft ketenaansprakelijkheid slechts als uitgangspunt genomen dat de eerste schakel in de keten als eerste aansprakelijk zal worden gesteld. Aangenomen mag worden dat dit in beginsel ook voor inleenaansprakelijkheid geldt. In voornoemde paragraaf staan in het tweede en derde lid belangrijke uitzonderingen op het uitgangspunt dat de eerste schakel in een keten aansprakelijk wordt gesteld. Namelijk indien de aannemer geen maatregelen heeft getroffen om het correct betalen van belasting te bevorderen (tweede lid). En indien de ontvanger redelijkerwijs mag aannemen dat de schuld niet zal worden voldaan bij toepassing van het eerste en tweede lid, dan mag de ontvanger gelijk de gehele keten aansprakelijk stellen.

Dynatools Software B.V. v/h ESP Nederland B.V. is als eerste in de keten aansprakelijk gesteld. Echter gezien de vermogenspositie/negatief vermogen van Dynatools Software B.V. kan zij de aansprakelijkstelling niet betalen. (Rb Rotterdam 20 januari 2000, nr 100442/HAZA 98-1863)

Wat betreft de vraag of de bestuurder eerst aansprakelijk moet worden gesteld vermeldt de Leidraad Invordering:

(Art 36 1) Volgorde aansprakelijkstelling met ketenaansprakelijkheid:

2. Als voor de door een onderaannemer (rechtspersoon) verschuldigde loonbelasting zowel de bestuurder(s) als de aannemer(s) hoofdelijk aansprakelijk zijn, wordt – afhankelijk van de omstandigheden van het geval – bepaald of (in eerste instantie) de bestuurder(s) dan wel de aannemers(s) aansprakelijk zal(zullen) worden gesteld.

Uit onderzoek is gebleken dat de bestuurder geen verhaalsmogelijkheden in Nederland heeft. Zijn mogelijke verhaalsmogelijkheden in Portugal bieden ook geen soulaas.

(Rb Maastricht 9 november 2000, nr 46718/1999 en Rb 's-Gravenhage 5 juni 2002, nr 01/425).

Zie ook de volgende jurisprudentie: "Ten aanzien van de gang van zaken na die aansprakelijkstellingen geldt het volgende. Een facet van de hiervoor bedoelde verhaalsmogelijkheden is de bewijslastverdeling in geval van een gerechtelijke procedure als bedoeld in artikel 49, vierde lid van de Invorderingswet 1990. Veronderstellenderwijs aangenomen dat – zoals Kemira stelt – de keuze van de ontvanger om de aansprakelijkstellingen van de bestuurders van De Neeff niet te handhaven en die van Kemira wel en om vervolgens alleen Kemira te dagvaarden, is ingegeven door overwegingen van bewijslastverdeling, heeft de ontvanger aldus niet gehandeld in strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De ontvanger heeft op die wijze immers ervoor gekozen om die aansprakelijkgestelde in rechte te betrekken bij wie hij kans op verhaal het grootst achtte. De achtste grief stuit hierop af".

Hof 's-Gravenhage, MK VI, 28 november 2002, nr C00/665, VN 2003/2.32

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur en dan met name het zorgvuldigheidsbeginsel zijn hiermede voldoende in acht genomen.

De werknemers van Acon Infoservice B.V. zijn niet op grond van artikel 38 Invorderingswet aansprakelijkgesteld omdat het hier handelt om nettovoordelen.
De uitbetaalde vergoedingen voor autokosten, representatie en aandelen zijn alle bedoeld als nettobeloningen.
Er is hier geen sprake van "niet ingehouden loonbelasting" maar van "niet afgedragen loonbelasting".

Ook al zou er geen sprake zijn van nettovoordelen c.q niet afgedragen loonbelasting dan zou op grond van doelmatigheidsoverwegingen artikel 38 Invorderingswet niet zijn toegepast.

4. Gebrek aan informatie

De door ESP Consultancy B.V. gevraagde informatie is in de boekhouding van ESP Consultancy B.V. zelf terug te vinden. Het is ook die informatie waarnaar door de Belastingdienst heeft gevraagd maar tot op heden niet is gereageerd.

Beslissing op het bezwaar

Ik wijs uw bezwaar af.

Als u het niet eens bent met mijn beslissing, kunt u in beroep gaan bij de Rechtbank. Hoe u dat moet doen, leest u in de bijgevoegde toelichting.

Als u nog vragen heeft over deze brief, kunt u mij bellen op (076) 530 41 63.

Hoogachtend,

Belastingdienst/Zuidwest/kantoor Breda,
de ontvanger
namens deze,



Mr. J.A. Siliakus

Bijlage