

### **Inkomstenbelasting/formeel: Gebruik informatie OM uit Hong Kong**

Toelichting van 28 oktober 2020, nr. 2020-0000202377, op het niet instellen van beroep in cassatie tegen de uitspraak van Hof 's-Hertogenbosch van 23 juli 2020, nr. 17/00214, (ECLI:NL:GH:SHE:2020:2351).

#### **Uitspraak Hof:**

De Inspecteur vraagt informatie op in Hong Kong op basis van het belastingverdrag. Hong Kong verstrekt die informatie niet. Het Openbaar Ministerie vraagt om dezelfde informatie op basis van het rechtshulpverdrag in strafzaken. Hong Kong verstrekt die informatie nu wel onder de voorwaarde dat de informatie alleen voor strafrechtelijke doeleinden wordt gebruikt. De Inspecteur vraagt de informatie op bij het Openbaar Ministerie op grond van artikel 55 AWR en de Inspecteur gebruikt die informatie voor een navorderingsaanslag. Het gebruik van de uit Hong Kong op grond van het strafrechtelijke rechtshulpverdrag verkregen informatie voor belastingheffingsdoeleinden is in strijd met de tussen verdragsstaten vereiste verdragstrouw en druist zozeer in tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht. De uit Hong Kong verkregen informatie laat het hof buiten beschouwing. De navorderingsaanslag wordt vernietigd, omdat het overblijvende bewijs tekort schiet.

#### **De staatssecretaris stelt geen beroep in cassatie in. Ter toelichting merkt hij het volgende op:**

Het oordeel van het Hof dat het gebruik van de via het OM verkregen informatie uit Hong Kong niet is toegestaan omdat de wijze van verkrijging zozeer indruist tegen wat een behoorlijk handelende overheid hoort te doen acht ik niet juist.

In deze zaak heeft het OM geheel conform de regels informatie opgevraagd in het kader van een lopend strafrechtelijk onderzoek. De informatie is door het OM dan ook geheel rechtmatig verkregen. De inspecteur heeft vervolgens geheel volgens de regels op basis van artikel 55 AWR een verzoek gedaan bij het OM om informatie uit het strafdossier te mogen ontvangen. In zoverre is ook daar dus de juiste weg bewandeld.

Dat het OM bij de verstrekking van de informatie stukken heeft overgelegd, waarvan niet vaststaat of deze ook voor andere doeleinden (in casu de belastingheffing) gebruikt mogen worden, kan de inspecteur niet verweten worden. Nu sprake is van informatie die in Hong Kong bij een derde (bankinstelling) is opgevraagd door de autoriteiten aldaar, is ook geen sprake van onrechtmatigheid ten opzichte van belanghebbende met betrekking tot die verkrijging.

In zoverre heeft het Hof naar mijn opvatting ten onrechte het zozeer indruist criterium toegepast.

Ook het oordeel van het Hof dat het gebrek van de vooraf verkregen toestemming voor gebruik voor andere doeleinden niet achteraf geheeld kan worden, acht ik niet juist (zie bijvoorbeeld het

arrest ECLI:NL:HR:2016:2779 en de uitspraak na verwijzing van Hof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:3956, waarin het achteraf informeren over de inzet van een informant in een strafzaak geoorloofd was). Het categorisch uitsluiten van de mogelijkheid tot herstel verhoudt zich niet tot deze jurisprudentie van de Hoge Raad in strafzaken.

Anderzijds is in deze zaak wel sprake van het kiezen voor een alternatieve route door de inspecteur, terwijl hij wist dat naar aanleiding van de informatieaanvraag via het CLO door Hong Kong om extra toelichting was gevraagd. Deze extra toelichting, die van belang was voor de vraag of en in welke omvang er in Hong Kong een notificatieprocedure gevolgd diende te worden voorafgaand aan de verstrekking van de gegevens, is nooit aan de autoriteiten in Hong Kong verstrekt. Daarmee lijkt de inspecteur gekozen te hebben voor een 'snellere omweg' via het OM die geen recht doet aan de relatie met de verdragspartner. In zoverre zou in deze zaak wel sprake kunnen zijn van een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel dan wel van het beginsel van fair play. Met name om recht te doen aan de relatie van Nederland met de verdragspartner acht ik het dan ook niet gewenst om tegen het oordeel van het Hof cassatie in te stellen en heb ik besloten om mij neer te leggen bij het uiteindelijke oordeel van het Hof, wat er ook zij van de daarvoor door het Hof gebezigde gronden.