

NTFR 2010/956 Inspecteur voert begunstigend beleid voor belastingplichtigen die kiezen voor opting-in

Rechtbank Breda 11 maart 2010, nr.09/00130

Belastingjaar/tijdvak	2005	☒ Brondocument
Trefwoorden	gelijkheidsbeginsel, oogmerk tot begunstiging	
Wetsartikelen	Wet LB 1964-art. 4	
Auteur	mr. I.R.J. Thijssen	
LJN	BL8852	
ECLI	ECLI:NL:RBBRE:2010:BL8852	

Samenvatting

Belanghebbende exploiteert een privéhuis waarbij kamers worden verhuurd aan prostituees. De inspecteur heeft het standpunt ingenomen dat de prostituees in privaatrechtelijke dienstbetrekking zijn bij belanghebbende en heeft een naheffingsaanslag loonbelasting opgelegd. Belanghebbende doet een beroep op het gelijkheidsbeginsel en voert aan dat exploitanten die voor de jaren na 2005 kiezen voor de opting-in regeling gunstiger worden behandeld, daar deze exploitanten niet langer veelvuldig worden gecontroleerd, aan hen niet langer naheffingsaanslagen worden opgelegd en reeds opgelegde naheffingsaanslagen loonbelasting worden vernietigd.

De rechtbank is van oordeel dat sprake is van rechtens vergelijkbare gevallen. De enkele omstandigheid dat de ene groep wel en de andere groep niet heeft gekozen voor de opting-in maakt niet dat sprake is van ongelijke gevallen. Gelet op de verklaringen van de inspecteur op de zitting is de rechtbank van oordeel dat de ongelijke behandeling het gevolg is van het oogmerk tot begunstiging. De naheffingsaanslag wordt vernietigd.

(Beroep gegrond.)

Commentaar

Om geschillen omtrent de fiscale duiding van de arbeidsverhouding tussen een prostituee en een exploitant van een seksinrichting te voorkomen heeft de staatssecretaris op 15 september 2008 een besluit (nr. CCP2008/834M, NTFR 2008/1861) gepubliceerd. Dit besluit werkt terug tot 1 juli 2008. Daarin is bepaald dat – indien een exploitant en een prostituee zich aan een bepaald arbeidsvoorwaardenpakket houden – er enerzijds van wordt uitgegaan dat sprake is van zelfstandigheid van de prostituee (geen dienstbetrekking) en anderzijds ervan wordt uitgegaan dat sprake is van een fictieve dienstbetrekking (opting-in). Een belangrijk gevolg hiervan is dat de exploitant loonbelasting inhoudt op de verdiensten van de prostituee. Aldus heeft er een uitruil plaatsgevonden die erop neerkomt dat enerzijds de prostituee als zelfstandige wordt aangemerkt (en dus niet premieplichtig is voor werknemersverzekeringen) en anderzijds dat de heffingsbelangen van de fiscus worden gewaarborgd doordat inhouding van (loon)belasting plaatsvindt aan de bron.

Op dit besluit is inmiddels de nodige kritiek geleverd (o.a. G.W.B. van Westen 'De krokodil duikt weer op, in paars ondergoed', NTFR 2009/960 en Th.J.M. van Schendel 'De relaxbranche onder fiscaal vuur', NTFR 2010/287), maar daarin wordt niet ingegaan op het gevoerde stimuleringsbeleid ten gunste van 'compliance' exploitanten die zich (veelal gedwongen voelen om zich) aan het eerdergenoemde arbeidsvoorwaardenpakket (wensen) te houden en dienaangaande een convenant met de Belastingdienst hebben gesloten. Niet alleen is deze exploitant geen werknemerspremies verschuldigd en wordt 20% van de verdiensten van de prostituee aangemerkt als belastingvrije kostenvergoeding (voor vervoer, attributen en telefoon), maar tevens – zo blijkt uit de onderhavige uitspraak van Rechtbank Breda – laat de Belastingdienst het fiscale verleden van de exploitant rusten. De inspecteur maakte ter zitting duidelijk dat in regio Zuidwest het sluiten van een convenant voor exploitanten aantrekkelijk(er) wordt gemaakt door over de voorgaande jaren geen naheffingsaanslagen loonbelasting op te leggen, dan wel dat reeds opgelegde naheffingsaanslagen loonbelasting worden vernietigd.

In de onderhavige procedure had de exploitant om hem moverende redenen geen convenant gesloten met de Belastingdienst, maar wenste hij wel gelijkelijk behandeld te worden als exploitanten die wel een dergelijk convenant hadden gesloten. Ook deze 'non-compliance' exploitant wenste gebruik te maken van de desbetreffende fiscale amnestieregeling. Zowel in het geval van een 'non-compliance' exploitant als in de gevallen van de begunstigde 'compliance' exploitanten speelt immers exact dezelfde vraag, namelijk de vraag of prostituees hun werkzaamheden in de voorgaande jaren in dienstverband hebben verricht. Beide gevallen zijn dan ook feitelijk en rechtens vergelijkbaar. Een nadien gesloten convenant dat betrekking heeft op latere jaren maakt de situatie in de voorgaande jaren niet anders. Het beroep op het gelijkheidsbeginsel van belanghebbende slaagt dan ook en Rechtbank Breda vernietigt de naheffingsaanslag loonbelasting.

In de onderhavige procedure is komen vast te staan dat in ieder geval op regionaal niveau begunstigend beleid wordt gevoerd (i.c. regio Zuidwest), maar onduidelijk is of op landelijk niveau hetzelfde beleid wordt gevoerd. Inmiddels is mede als gevolg van diverse WOB-procedures het draaiboek 'Plan van aanpak prostitutiebranche' van 7 maart 2005 en het draaiboek 'Aanpak Seksinrichtingen' van 1 augustus 2008 openbaar geworden, zij het dat een groot aantal passages niet openbaar is gemaakt (zie ook: www.minfin.nl). In de wel openbaar gemaakte passages van het draaiboek van 7 maart 2005 staat in de paragrafen 'Uniformiteit in de klantbehandeling' en 'RNO uniform handelen' nog wel het volgende vermeld: '*Van belang is dat er sprake is van een uniforme klantbehandeling. Dat lijkt in tegenspraak met de eigen verantwoordelijkheid van de regio's, maar is het niet. Het besef is overal aanwezig dat gelijke gevallen*

gelijk behandeld zouden moeten worden. Het is van belang dat dit besef ook in daden wordt omgezet. Tusseloplossingen zijn, hoe begrijpelijk ook, niet wenselijk. (...) Zeker als blijkt dat een tusseloplossing uitstraling heeft naar een andere regio is een uniforme aanpak meer dan ooit op zijn plaats. Mede gezien deze landelijk gecoördineerde aanpak door de 'projectgroep prostitutie' van de Belastingdienst en het feit dat periodiek overleg gevoerd wordt tussen de projectleiding en de verschillende regiocoördinatoren, lijkt het mij voor de hand liggen dat er ook op landelijk niveau een dergelijk begunstigend beleid wordt gevoerd of in ieder geval dat met een dergelijk begunstigend beleid (stilzwijgend) is ingestemd. Het in regio Zuidwest gevoerde beleid kan in ieder geval als ondersteunend bewijs dienen voor deze aanname.

Maar ook indien geen sprake zou zijn van landelijk beleid kan een beroep op het gelijkheidsbeginsel door een exploitant uit een andere regio slagen. In het algemeen is een inspecteur niet gebonden aan het beleid dat door een andere inspecteur wordt gevoerd. De belangrijkste uitzondering hierop betreft de omstandigheid dat als beleid op landelijk niveau wordt gecoördineerd, er gelet op een behoorlijke taakvervulling moet worden gecoördineerd. In dat geval is de handelwijze van ambtenaren die vallen onder een ander onderdeel van de Belastingdienst wel degelijk van belang bij de beoordeling van een beroep op begunstigend beleid (zie HR 16 december 1998, BNB 1999/164 en BNB 1999/165). Dit geldt temeer nu per 1 januari 2003 inspecteurs landelijk bevoegd zijn geworden (art. 3 AWR). Zo bezien kan deze zuidwesterstorm zich nog wel eens in het gehele land laten gevoelen.

In reactie op Kamervragen (vraag 10) over hoe moet worden omgegaan met *'in het verleden niet geheven en geïnde, maar wel verschuldigde, belasting'* van exploitanten van seksinrichtingen heeft de staatssecretaris op 9 maart 2009 (NTFR 2009/621) geantwoord dat: *'Met de branche is afgesproken dat de afwikkeling van het verleden een zaak is die de competente inspecteur aangaat.'* Ik zou menen dat de staatssecretaris had moeten antwoorden dat evenals bij alle andere belastingplichtigen – dus ook bij exploitanten van seksinrichtingen – de verschuldigde belasting robuust zal worden (na)geheven (en ingevorderd) en dat er geen enkele beleidsvrijheid is voor de inspecteur in de regio om zelfstandig Vinkenslagachtige afspraken over het verleden van exploitanten te maken. Maar staatssecretaris Janus Kees de Jager lijkt met twee monden te spreken: enerzijds impliceert zijn antwoord op de Kamervragen dat hij ruimte geeft aan de verschillende regio's om zelfstandig het fiscale verleden van 'compliantie' exploitanten af te wikkelen. Anderzijds schrijft hij in zijn draaiboeken een uniforme behandeling van exploitanten voor. Uit de onderhavige procedure blijkt ook de inspecteur met deze tegenstrijdigheid te worstelen en verklaart dat het *'geen beleid (is) omdat wij dat niet mogen maken, maar in de regio Zuidwest wordt dit ten aanzien van exploitanten toegepast'*. Het moge duidelijk zijn dat de vraag of sprake is van beleid niet wordt beantwoord door de etikettering ervan, maar door de inhoud.

Een bestuursorgaan is overigens niet verplicht om begunstigend beleid tot in lengte van dagen te handhaven. In het geval de staatssecretaris tot het inzicht komt dat het gevoerde beleid een niet-toelaatbare bevoordeling oplevert jegens exploitanten van seksinrichtingen, dan zal de staatssecretaris dit beleid direct moeten beëindigen om deze zuidwesterstorm geen verdere schade meer te laten toebrengen. Alleen dan kan hij er zeker van zijn dat een beroep op het gelijkheidsbeginsel niet meer gehonoreerd zal worden (vgl. HR 23 januari 2004, NTFR 2004/106 en HR 10 augustus 2007, NTFR 2007/1463).

[1] Mr. I.R.J. Thijssen is advocaat bij Jaeger advocaten-belastingkundigen te Amsterdam.

Bron: <http://www.ndfr.nl/link/NTFR2010-956>

Datum: 11-4-2016 16:25:40

Alle rechten voorbehouden. Alle auteursrechten en databankrechten van deze tekst worden uitdrukkelijk voorbehouden. Deze rechten berusten bij Sdu Uitgevers. Niets uit NDFR mag worden vervoelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.
All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the publisher's prior consent.