

**Geen sprake van te kwader trouw bij adviseur en belastingplichtige terzake van niet aangegeven afkoopsom kapitaalverzekering met lijfrenteclausule.  
Navorderingsaanslag vernietigd**

LJN: BY7673, Hoge Raad , 12/01060

Datum uitspraak:  
31-05-2013

Datum publicatie:  
31-05-2013

Rechtsgebied:  
Belasting

Soort procedure:  
Cassatie

Inhoudsindicatie: Art. 16, lid 1, AWR. Kwade trouw belastingadviseur? Miskenning begrip voorwaardelijk opzet (vgl. HR 30 september 2011, nr. 10/01297, LJN BT5846, BNB 2012/13).
---

Uitspraak

31 mei 2013  
Nr. 12/01060

Arrest

gewezen op het beroep in cassatie van X te Z (hierna: belanghebbende) tegen de uitspraak van het Gerechtshof te Amsterdam van 26 januari 2012, nr. 09/00718 (<http://www.fiscaalleven.eu/jur20120126hofAmsterdamBK09-00718.htm>), betreffende een navorderingsaanslag in de inkomstenbelasting/premie volksverzekeringen en de daarbij gegeven boetebeschikking.

1. Het geding in feitelijke instanties

Aan belanghebbende is over het jaar 2003 een navorderingsaanslag in de inkomstenbelasting/premie volksverzekeringen opgelegd, alsmede een boete. De navorderingsaanslag en de boetebeschikking zijn, na daartegen gemaakt bezwaar, bij in één geschrift vervatte uitspraken van de Inspecteur gehandhaafd.

De Rechtbank te Haarlem (nr. AWB 08/3887) heeft het tegen die uitspraken ingestelde beroep gegrond verklaard en de uitspraken van de Inspecteur alsmede de navorderingsaanslag en de boetebeschikking vernietigd.

De Inspecteur heeft tegen de uitspraak van de Rechtbank hoger beroep ingesteld bij het Hof.

Het Hof heeft de uitspraak van de Rechtbank vernietigd, behoudens voor zover deze ziet op de boetebeschikking, de proceskostenveroordeling en de vergoeding van het griffierecht, het bij de Rechtbank ingestelde beroep gegrond verklaard en de uitspraak van de Inspecteur bevestigd voor zover het de navorderingsaanslag betreft. De uitspraak van het Hof is aan dit arrest gehecht.

2. Geding in cassatie

Belanghebbende heeft tegen 's Hofs uitspraak beroep in cassatie ingesteld. Het beroepschrift in cassatie is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Staatssecretaris van Financiën heeft een verweerschrift ingediend.

Belanghebbende heeft een conclusie van repliek ingediend.

De Advocaat-Generaal R.L.H. IJzerman heeft op 10 december 2012 geconcludeerd tot gegrondverklaring van het beroep in cassatie (<http://www.fiscaalleven.eu/jur20121210conclhrCPG12-01060.pdf>).

### 3. Beoordeling van het middel

3.1.1. De navorderingsaanslag heeft betrekking op een door een verzekeringsmaatschappij aan belanghebbende in 2003 uitgekeerde afkoopsom van een kapitaalverzekering met lijfrenteclausule. Van die uitkering is geen melding gemaakt in belanghebbendes aangifte voor de inkomstenbelasting/premie volksverzekeringen voor het jaar 2003. Deze aangifte is opgesteld en ingediend door belanghebbendes toenmalige adviseur (hierna: de adviseur).

3.1.2. Het Hof heeft geoordeeld dat de Inspecteur terecht tot navordering is overgegaan aangezien de adviseur ter zake te kwader trouw is geweest en die kwade trouw aan belanghebbende dient te worden toegerekend.

3.1.3. Het Hof heeft daartoe overwogen dat de adviseur bij het opstellen van de aangifte had onderkend dat belanghebbendes vermogen was toegenomen door een uitkering van een verzekeringsmaatschappij, en dat belanghebbende de adviseur had meegedeeld dat het een uitkering uit een kapitaalverzekering betrof. In onderdeel 7.3 van zijn uitspraak heeft het Hof overwogen dat het naar aanleiding hiervan op de weg van de adviseur lag nadere informatie en bescheiden inzake de gestelde kapitaalverzekering bij belanghebbende op te vragen. Indien daaruit zou blijken dat inderdaad sprake was geweest van een uitkering uit een kapitaalverzekering, had de adviseur zich naar het oordeel van het Hof ervan dienen te vergewissen dat die uitkering geen belastbaar rentebestanddeel bevatte. Indien de adviseur nadere informatie en bescheiden zou hebben opgevraagd, zou het hem naar het oordeel van het Hof onmiddellijk duidelijk zijn geworden dat sprake was van afkoop van een in 1978 afgesloten kapitaalverzekering met lijfrenteclausule. De adviseur had vervolgens moeten onderzoeken of op een dergelijke verzekering de bepaling van Hoofdstuk 2, artikel I, onderdeel O, van de Invoeringswet Wet inkomstenbelasting 2001 van toepassing is, aldus het Hof. De adviseur diende hiertoe naar het oordeel van het Hof na te gaan of en in hoeverre de onderwerpelijke uitkering volgens de op grond van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 op 31 december 2000 geldende regels tot de inkomsten uit vermogen zou behoren.

Door na te laten deze nadere informatie en bescheiden op te vragen en zich in de toepasselijke wettelijke bepalingen te verdiepen, heeft de adviseur zich volgens onderdeel 7.4 van de uitspraak van het Hof willens en wetens blootgesteld aan de niet als denkbeeldig te verwaarlozen kans dat te weinig belasting zou worden betaald door de ontvangen uitkering niet in de aangifte te vermelden. Naar het oordeel van het Hof is dit aan te merken als voorwaardelijk opzet en is er derhalve sprake van kwade trouw bij de adviseur.

3.2. Het middel slaagt voor zover het zich keert tegen de hiervoor in 3.1.3 vermelde gronden waarop het Hof voorwaardelijk opzet van de adviseur heeft aangenomen. Anders dan het Hof in onderdeel 7.4 van zijn uitspraak heeft geoordeeld, brengt de omstandigheid dat de adviseur heeft nagelaten nadere informatie en bescheiden op te vragen en zich in de toepasselijke wettelijke bepalingen te verdiepen, ook indien die adviseur dit wel behoorde te doen, nog niet de voor voorwaardelijk opzet vereiste bewuste aanvaarding mee van de aanmerkelijke kans dat van belanghebbende te weinig belasting zou worden geheven (vgl. HR 30 september 2011, nr. 10/01297, LJN BT5846, BNB 2012/13).

3.3.1. 's Hofs uitspraak kan niet in stand blijven. De Hoge Raad kan de zaak afdoen.

3.3.2. De Inspecteur heeft aan zijn standpunt dat de adviseur met voorwaardelijk opzet heeft gehandeld niet meer ten grondslag gelegd dan de feiten en omstandigheden die door het Hof in aanmerking zijn genomen in onderdeel 7.3 van zijn uitspraak. Aangezien die feiten en omstandigheden, gezien hetgeen hiervoor in 3.2 is overwogen, de voor voorwaardelijk opzet vereiste bewustheid niet meebrengen, kan niet worden aangenomen dat sprake is van kwade trouw aan de zijde van de adviseur.

3.3.3. Het Hof heeft ter zake van de boete - in cassatie onbestreden - geoordeeld dat de Inspecteur niet aannemelijk heeft gemaakt dat het aan (voorwaardelijk) opzet van belanghebbende is te wijten dat aanvankelijk te weinig belasting is geheven. Hierin ligt begrepen het oordeel dat bij belanghebbende zelf ook geen sprake was van de voor kwade trouw in de zin van artikel 16, lid 1, tweede volzin, van de AWR vereiste opzet.

3.3.4. Het voorgaande brengt mee dat de aanwezigheid van kwade trouw in het onderhavige geval niet kan worden aangenomen. De navorderingsaanslag kan daarom niet in stand blijven, aangezien tussen partijen niet in geschil is dat geen sprake is van - kort gezegd - een nieuw feit.

#### 4. Proceskosten

De Staatssecretaris zal worden veroordeeld in de kosten van het geding in cassatie.

#### 5. Beslissing

De Hoge Raad:

verklaart het beroep in cassatie gegrond,  
vernietigt de uitspraak van het Hof, behoudens de beslissing omtrent de proceskosten,  
bevestigt de uitspraak van de Rechtbank,  
gelast dat de Staat aan belanghebbende vergoedt het door deze ter zake van de behandeling van het beroep in cassatie betaalde griffierecht ten bedrage van € 115, en  
veroordeelt de Staatssecretaris van Financiën in de kosten van het geding in cassatie aan de zijde van belanghebbende, vastgesteld op € 1888 voor beroepsmatig verleende rechtsbijstand.

Dit arrest is gewezen door de vice-president M.W.C. Feteris als voorzitter, en de raadsheren C. Schaap, P.M.F. van Loon, R.J. Koopman en Th. Groeneveld, in tegenwoordigheid van de waarnemend griffier A.I. Boussak-Leeksa, en in het openbaar uitgesproken op 31 mei 2013.