

## **WIB voor 2014 ... those were the good days**

Het arrest van het Hof van Justitie EU van 16 mei 2017<sup>1</sup> (Berlioz) heeft de laatste tijd de nodige pennen in beweging gebracht. En niet zonder reden. Het arrest gaat namelijk over rechtsbescherming in het kader van gegevensuitwisseling in Europees verband. En daar schort het sinds 2014 behoorlijk aan.

Voor 1 januari 2014 voorzag de Wet op de internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen (verder: WIB) nog in rechtsbescherming. Als een andere lidstaat Nederland vroeg om administratieve bijstand en dit tot een onderzoek bij een Nederlands belanghebbende leidde, kreeg deze laatste een kennisgeving van het besluit om tot inwilliging van het verzoek om inlichtingen over te gaan (artikel 5, lid 2, WIB oud). Bij deze kennisgeving werd een omschrijving gegeven van de te verstrekken inlichtingen en werd vermeld van wie het verzoek afkomstig was. De betreffende belanghebbende kon daartegen in bezwaar en beroep gaan en via die weg de rechtmatigheid van het besluit door een rechter laten toetsen. Pas na tien dagen na de kennisgeving kon uitvoering worden gegeven aan het verzoek om inlichtingen, zodat in een voorlopige voorziening schorsing kon worden gevraagd van de werking van het besluit (artikel 8:81 Awb). Alleen als dringende redenen aanleiding gaven deze voorafgaande kennisgeving achterwege te laten, kon de uitvoering voorafgaand aan de kennisgeving plaatsvinden. Echter werd ook dan – achteraf – een kennisgeving verstrekt, zodat ook daarna nog de rechtmatigheid van het besluit kon worden getoetst. Dit alles gold ook voor het spontaan verstrekken van inlichtingen (artikel 7 WIB).

Per 1 januari 2014 is hierin verandering gekomen. Vlak daarvoor – op Prinsjesdag 2013 – stelde het kabinet voor om de kennisgeving (zowel vooraf als achteraf) in zijn geheel af te schaffen. Als reden werd genoemd dat met deze afschaffing de strijd tegen belastingontduiking beter was gediend. De uitwisseling van informatie was daardoor immers sneller en effectiever. Ook zou de afschaffing (beter) in lijn zijn met aanbevelingen van het Global Forum peer review rapport, waarin werd opgemerkt dat in een beperkt aantal kwesties de uitwisseling van informatie werd vertraagd vanwege bezwaar en beroep. Ook zou de verplichting tot kennisgeving niet volgen uit een Europese richtlijn of verdrag en was de geheimhouding in de andere lidstaten nu voldoende gewaarborgd. Alle goede tegenargumenten in literatuur ten spijt, ging de rechtsbescherming in het kader van de internationale gegevensuitwisseling op de schop. De kennisgeving ‘was niet meer’.

**Er was hiermee een opvallend en ongerechtvaardigd verschil ontstaan tussen situaties waarin een lidstaat informatie vroeg in het kader van een strafrechtelijk onderzoek (rechtshulp) en de situatie waarin de grondslag een administratief onderzoek was (ambtshulp).**

---

<sup>1</sup> HvJ EU 16 mei 2017, ECLI:EU:C:2017:373.

In de eerste situatie was er wel rechtsbescherming, namelijk via de verlofprocedure van artikel 552p Wetboek van Strafvordering. In het tweede geval was de rechtsbescherming nihil.

De zaak Berlioz laat volgens ons zien dat de Nederlandse wetgeving niet aan de Europese eisen voldoet.

Het Hof van Justitie EU herhaalt in de zaak Berlioz dat het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (verder: Handvest) van toepassing is in situaties waarin de lidstaten Unierecht ten uitvoer brengen. De WIB is een implementatie van een Europese richtlijn, zodat het Handvest van toepassing is op uitvoering van deze wet. Dat betekent ook dat artikel 47 van het Handvest toepasselijk is. Iedereen wiens Europese rechten en vrijheden zijn geschonden, heeft volgens deze bepaling recht op een doeltreffende voorziening in rechte. Bescherming tegen willekeurige of onredelijke ingrepen van het openbaar gezag in de privésfeer van een natuurlijke of rechtspersoon is immers een algemeen beginsel van het Unierecht.<sup>2</sup>

In de zaak Berlioz ging het om een boete die was opgelegd vanwege het niet (voldoende) nakomen van de verplichting tot het verstrekken van informatie in het kader van internationale gegevensuitwisseling. Volgens het Hof van Justitie EU moet de nationale rechter die over deze boete beslist, de wettigheid van de niet naleving van het bevel tot informatievertrekking kunnen onderzoeken om aan de vereisten van artikel 47 Handvest te voldoen. Dat betekent ook dat de rechter moet kunnen onderzoeken of de gevraagde inlichtingen “naar verwachting van belang” zijn, aldus fiscaal relevant zijn. Hiermee kunnen fishing expeditions worden voorkomen. Gegevens die niet relevant zijn voor het betrokken onderzoek kunnen niet worden gevraagd (r.o. 71, Berlioz). Volgens het Hof moet een belastingplichtige dan ook het recht hebben om voor een rechter aan te voeren dat informatie wordt gevraagd die niet relevant kan zijn en het daaruit voortkomende bevel onwettig is, wanneer de aangezochte autoriteit zich toch tot hem wendt met het bevel ter verkrijging van deze inlichtingen (r.o. 73, Berlioz). Een koppeling met de hiervoor genoemde boete is door het Hof van Justitie EU hier niet gelegd.

### **Hieruit volgt dat de WIB op het gebied van de rechtsbescherming strijdig is met het Handvest.**

De rechter dient de rechtmatigheid van het verzoek tot informatie te kunnen toetsen aan de hand van het ambtshulpverzoek. Dat betekent volgens het Hof van Justitie EU niet dat ook de betreffende belastingplichtige de beschikking moet krijgen over het gehele ambtshulpverzoek van de verzoekende lidstaat. Een afweging van geheimhouding en het belang van de betrokken belastingplichtige, brengt het Hof van Justitie EU tot het oordeel dat het voor het bepalen van het fiscale belang van de gevraagde informatie volstaat dat belastingplichtige toegang heeft tot de identiteit van de belastingplichtige in kwestie en het fiscale doel waarvoor de informatie wordt opgevraagd (r.o. 100, Berlioz).

---

<sup>2</sup> EU:C:1989:337, EU:C:2002:603, EU:C:2005:695.

Toch is de vraag of deze minimale informatie steeds voldoende is. Immers kan een belanghebbende meer bestrijden dan enkel het fiscale belang van de gevraagde informatie. Artikel 14 WIB stelt namelijk meer begrenzings aan het verstrekken van inlichtingen dan enkel het ontbreken van fiscaal belang. Het is voor de belanghebbende is kwestie van groot belang dat de informatie wordt geheim gehouden, rechtmatig wordt gebruikt, correct is overgenomen en is weergegeven.<sup>3</sup> De belanghebbende moet in staat zijn te controleren of zijn belangen in deze in acht zijn genomen. Hierbij komt dan ook het verdedigingsbeginsel in beeld.

In het arrest Sopropé<sup>4</sup> van het Hof van Justitie EU van 19 december 2008 is bepaald dat degene ten aanzien van wie een bezwarend besluit wordt genomen de gelegenheid moet worden gegeven om zijn opmerkingen kenbaar te maken voordat dit besluit wordt genomen. Nu bij uitvoering van de WIB sprake is van uitvoering van gemeenschapsrecht, is het verdedigingsbeginsel van toepassing. Het doel van dit beginsel is onder meer dat de bevoegde autoriteit in staat wordt gesteld naar behoren rekening te houden met alle relevante elementen. Het beoogt met name, ter verzekering van de effectieve bescherming van de betrokken persoon of onderneming, deze laatsten in staat te stellen om een vergissing te corrigeren of individuele omstandigheden aan te voeren die ervoor pleiten dat het besluit wordt genomen, niet wordt genomen of dat in een bepaalde zin wordt besloten (r.o. 49, Sopropé).

Met het vervallen van de kennisgeving, is het besluit tot uitwisseling niet komen te vervallen. Er wordt alleen geen kennis meer van gegeven. Bovendien is het verdedigingsbeginsel ook van toepassing op bezwarende handelingen.<sup>5</sup> Dat betekent aldus dat het verdedigingsbeginsel wordt geschonden als de belanghebbende niet voorafgaand aan het besluit tot de inwilliging van het verzoek om informatie, althans de verstrekking van de informatie aan de verzoekende staat, wordt gehoord.

Het wordt hoog tijd dat de Nederlandse wetgever de rechtsbescherming in ere herstelt en weer in lijn brengt met de Europese eisen. De WIB voor 2014 , those were the good days.

---

<sup>3</sup> A.C.M. Schenk-Geers, Internationale fiscale gegevensuitwisseling en de rechtsbescherming van de belastingplichtige, Deventer, Kluwer 2007, pag. 227-232.

<sup>4</sup> HvJ EU 19 december 2008, ECLI:EU:C:2008:746.

<sup>5</sup> New Europe Consulting Ltd and Michael P. Brown v Commission of the European Communities, Case T-231/97.