

# Het bankgeheim ontrafeld

mr. A.A. Feenstra en mr. G.H. Ulrich\*

## 1. Inleiding

De afgelopen jaren zijn zowel op internationaal als op Europees niveau de ogen gericht op fiscale gegevensuitwisseling. Vanuit alle windstreken komen geluiden, waaruit blijkt dat internationale gegevensuitwisseling hoog op de politieke agenda staat om belastingontduiking, maar ook belastingontwijking te voorkomen. De laatste maanden lijken deze ontwikkelingen in een stroomversnelling te zijn geraakt.

## 2. Ontwikkelingen

Op 6 december 2012 heeft de Europese Commissie het beleid ter bestrijding van belastingontwijking op korte en middellange termijn gepubliceerd.<sup>1</sup> De Europese Commissie heeft hierbij aandacht gevraagd voor internationale gegevensuitwisseling. Tevens is een actieplan gepresenteerd om ontduiking van belastingen op internationaal niveau tegen te gaan. Onderdeel van dit actieplan is de verbetering van gegevensuitwisseling tussen de EU-lidstaten. De automatische uitwisseling van gegevens tussen EU-lidstaten die relevant zijn voor de belastingheffing is volgens de Europese Commissie een bruikbaar middel in de strijd tegen belastingontwijking. De Europese Commissie heeft tevens medegedeeld dat de EU-lidstaten elkaar meer toegang moeten verlenen tot de overheidsdatabases.

In de Verenigde Staten van Amerika is de Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) met ingang van 1 januari 2013 in werking getreden. Alle financiële instellingen (wereldwijd) dienen vanaf 2014 informatie over Amerikaanse belastingplichtigen door te geven aan de Amerikaanse Belastingdienst. De Verenigde Staten wil zo belastingfraude tegen gaan. De vijf grootste EU-lidstaten (Duitsland, Frankrijk, Italië, Spanje en het Verenigd Koninkrijk) hebben aangekondigd een pilot te zullen starten in de strijd tegen belastingontduiking en het bevorderen van fiscale transparantie. Deze landen zullen met elkaar automatisch gegevens gaan uitwisselen op basis van het Amerikaanse FATCA-model. Nederland heeft zich met een reeks andere EU-lidstaten aangesloten bij deze pilot. De Europese Commissie heeft al aangegeven dat het FATCA-model ook dient te worden toegepast binnen de EU.

Tijdens de G8-top in Ierland in juni 2013 beloofden de leiders van acht vooraanstaande EU-landen zich wereldwijd sterk te maken voor een nieuwe 'internationale norm voor transparantie', gebaseerd op de principes van een automatische gegevensuitwisseling tussen Belastingdiensten.

Op de Ecofinraad van 20 en 21 juli 2013 heeft de Europese Commissie vergaande wijzigingen voorgesteld in de bestaande administratieve samenwerkingsrichtlijn op het gebied van belastingen. Door deze wijzigingen moet de automatische gegevensuitwisseling worden verruimd tot alle soorten inkomsten. Tijdens het communiqué van de Ministers van Financiën van de G20-landen van 19 en 20 juli 2013 in Moskou is automatische gegevensuitwisseling als 'de nieuwe mondiale standaard' aangeduid.

Ook op nationaal niveau zijn de nodige ontwikkelingen te zien. De belangrijkste is waarschijnlijk de op 1 januari 2013

in werking getreden wijziging van de Wet op de internationale bijstandverlening bij heffing van belastingen (hierna: de WIB).<sup>2</sup> In de gewijzigde WIB zijn de bestaande regels omtrent automatische gegevensuitwisseling versterkt. Met ingang van 1 januari 2013<sup>3</sup> zullen gegevens over arbeidsinkomen, directiehonoraaria, levensverzekeringsproducten, pensioenen en eigendom van en inkomsten uit onroerende zaken automatisch uitgewisseld moeten worden.

Op 30 mei 2013 heeft de Staatssecretaris van Financiën aangekondigd dat de kennisgevingprocedure voorafgaand aan internationale gegevensuitwisseling zal komen te vervallen.<sup>4</sup> In de WIB is thans nog een procedure opgenomen om belanghebbenden voorafgaand aan de verstrekking van informatie aan EU-lidstaten in staat te stellen de verstrekking op te schorten. De 'kennisgeving vooraf' wordt, behoudens dringende redenen verzonden bij gegevensuitwisseling op verzoek en spontaan en alleen bij directe belastingen. Door afschaffing van deze kennisgeving vooraf tracht Nederland aan te sluiten bij de andere EU-lidstaten die in het merendeel van de gevallen geen kennisgevingprocedure (meer) kennen.

De Staatssecretaris van Financiën heeft voorts op 30 augustus 2013<sup>5</sup> te kennen gegeven:

*'Nederland gaat fiscale transparantie sterk verbeteren en belastingverdragen met lage inkomenslanden en lage middeninkomenslanden actualiseren. Zo worden belastingverdragen met Zambia en 22 andere armen landen herzien om waar gewenst anti-misbruikbepalingen toe te voegen. Dat schrijven Minister Ploumen voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking en Staatssecretaris Weekers van Financiën in een brief aan de Tweede Kamer waarin zij onder meer reageren op onderzoeken van de Stichting Economisch Onderzoek (SEO) en het International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD). Het kabinet neemt de volgende maatregelen:*

*(...)*

*Nederland gaat verdragspartners spontaan informeren wanneer een bedrijf achteraf niet blijkt te voldoen aan de substance-eisen. Dankzij deze verbeterde*

\* Beide auteurs zijn werkzaam bij Hertoghs advocatenbelastingkundigen.

1. Mededeling (COM(2012)722)
2. *Stb.* 2012/453. Nederland heeft hiermee de Richtlijn 2011/16/EU betreffende de administratieve samenwerking op het gebied van de belastingen geïmplementeerd. Voor een uitgebreide behandeling van deze gewijzigde wetgeving verwijzen wij naar P. van der Wal, 'Nieuwe regelgeving inzake de internationale gegevensuitwisseling', *NTFRB* 2013-7.
3. Middels art. 6b WIB.
4. Nr. DB/2013/260M.
5. Nr. IFZ/2013/320U.

*informatie-uitwisseling met het bronland kan dit land het bedrijf dan alsnog verdragsvoordelen ontzeggen. (...)*

Doordat de internationale gegevensuitwisseling zo hoog op de agenda staat, komt ook het bankgeheim steeds verder onder druk te staan. Afgelopen jaren zijn bijvoorbeeld enorm veel TIEAs (Tax Information Exchange Agreements) gesloten met landen die ook wel ‘belastingparadijzen’ worden genoemd. De meeste bekende landen met een bankgeheim zijn Zwitserland en Luxemburg. In deze bijdrage zullen wij allereerst de fiscale informatie-uitwisseling met Zwitserland bespreken. Vervolgens gaan wij in op de fiscale informatie-uitwisseling met Luxemburg. Daarna besteden wij aandacht aan de rechtsmiddelen die kunnen worden aangewend bij fiscale informatie-uitwisseling met Zwitserland en Luxemburg. Ten slotte staan we stil bij de (fiscaal-)strafrechtelijke informatie-uitwisseling met Zwitserland en Luxemburg. We sluiten af met een conclusie.

### 3. Fiscale informatie-uitwisseling met Zwitserland

Het belastingverdrag tussen Nederland en Zwitserland (hierna: het Verdrag) met bijbehorend Protocol is op 26 februari 2010 door Nederland ondertekend<sup>6</sup> en op 28 juni 2011 door de Eerste Kamer aanvaard.<sup>7</sup> Het Verdrag is op 9 november 2011 in werking getreden en is van toepassing voor belastingjaren en -tijdvakken die zijn begonnen op of na 1 januari 2012. Voor de uitwisseling van gegevens geldt een terugwerkende kracht tot 1 maart 2010.

Vóór de totstandkoming van dit Verdrag waren er op grond van het oude Verdrag uit 1951 nauwelijks mogelijkheden tot fiscale gegevensuitwisseling, terwijl Zwitserland wel erg in trek bleek te zijn bij Nederlandse belastingplichtigen vanwege het bankgeheim. In de parlementaire geschiedenis is de wens geuit dat de nieuwe bepaling over informatie-uitwisseling zal worden aangegrepen om ‘zwartsparenders’ aan te pakken.<sup>8</sup>

#### 3.1 Voorwaarden voor gegevensuitwisseling

Het Verdrag maakt het mogelijk dat Nederland Zwitserland verzoekt gegevens (bijvoorbeeld bankgegevens) over Nederlandse belastingplichtigen te verstrekken (art. 26 Verdrag en art. XVI Protocol). Van groot belang is dat Zwitserland niet kan weigeren om aan een verzoek te voldoen met uitsluitend een verwijzing naar het bankgeheim (art. 26 lid 5 Verdrag). Zwitserland zal echter niet automatisch of spontaan gegevens uitwisselen.<sup>9</sup>

Een belangrijke constatering ten aanzien van het Verdrag is dat het betrekking heeft op inlichtingenverzoeken voor belastingtijdvakken van na 1 maart 2010.<sup>10</sup> Zwitserland zal dus niet voldoen aan een verzoek dat betrekking heeft op een belastingtijdvak van vóór deze datum.

De gegevensuitwisseling op basis van een verzoek is aan vele voorwaarden verbonden. Allereerst blijkt uit art. XVI onderdeel a van het Protocol dat uitsluitend gevolg worden gegeven aan een verzoek om uitwisseling van gegevens eerst nadat de verzoekende Verdragsluitende Staat alle beschikbare nationale middelen heeft aangewend om inlichtingen te verkrijgen. Dit is het zogenoemde uitputtingsbeginsel. In art. XVI onderdeel b van het Protocol staan de voorwaarden genoemd, waaraan een verzoek moet voldoen. Het verzoek moet afdoende gegevens bevatten om de per-

soon op wie het onderzoek betrekking heeft, te identificeren. Voorts moet het verzoek het tijdvak bevatten, het fiscale doel waarvoor om gegevens wordt verzocht en de naam, alsmede voor zover bekend, het adres van personen die mogelijk beschikken over de gevraagde gegevens. Daarnaast dient het verzoek een verklaring te bevatten omtrent de gewenste gegevens, met inbegrip van de aard en de vorm waarin de verzoekende Staat de gegevens van de aangezochte Staat wenst te ontvangen.<sup>11</sup>

Met deze voorwaarden dienen *fishing expeditions*<sup>12</sup> te worden voorkomen. In de parlementaire geschiedenis is opgemerkt dat géén sprake is van een *fishing expedition*, indien de naam van een rekeninghouder niet bekend is, maar wel voldoende andere details bekend zijn aan de hand waarvan de identiteit van deze persoon kan worden vastgesteld.<sup>13</sup> De naam van de rekeninghouder is dus blijkbaar niet essentieel. Tijdens de vierde bijeenkomst van het *Global Forum on Transparency and Exchange of Information* is op 25 en 26 oktober 2011 een aanvullende overeenkomst getekend tussen Nederland en Zwitserland. In een nieuwsbericht van het Ministerie van Financiën<sup>14</sup> wordt over deze aanvullende overeenkomst geschreven:

*‘Om (bank)informatie te krijgen hoeft de fiscus niet per se de naam van betrokkene en de naam van de bank te kennen. Ook andere gegevens, bijvoorbeeld een rekeningnummer, kunnen voldoende basis zijn voor het doen van een informatieverzoek.’*

Zoals Van Immerseel terecht schrijft<sup>15</sup>, is deze conclusie van het Ministerie toch iets te optimistisch aangezien uit de Zwitserse wetgeving kan worden afgeleid dat een verzoek dat uitsluitend is gebaseerd op een bankrekeningnummer door Zwitserland in de meeste gevallen waarschijnlijk toch als ‘*fishing expedition*’ wordt gekwalificeerd.<sup>16</sup> Nederland moet voldoende concrete aanwijzingen hebben, voordat een verzoek om inlichtingen kan worden toegezonden aan de Zwitserse autoriteiten. De ontwikkelingen over inlichtingenuitwisseling met betrekking tot het bankgeheim

6. *Trb.* 2010, 98.
7. *Stb.* 2011, 354.
8. *Kamerstukken II* 2010/2011, 32 536, nr. 6.
9. Het Verdrag verplicht de staten niet tot automatische of spontane inlichtingenuitwisseling, maar voorziet ook niet in een beperking hiervan. Zie art. XVI onder d van het protocol. Zwitserland zal echter niet verder gaan dan waartoe het op grond van het nationale wet verplicht is. Overigens verbiedt ook onze nationale wet gegevensuitwisseling zonder wettelijke basis (art. 14 WIB).
10. Art. 29 lid 2 van het Verdrag. Zie ook: G.H. Sjobbema, ‘Het nieuwe belastingverdrag tussen Nederland en Zwitserland’, *MBB* 2010/10, p. 37.
11. Art. XVI onderdeel b van het Protocol.
12. Art. XVI onderdeel c van het Protocol.
13. *Kamerstukken II* 2010/2011, 32 536, nr. 6.
14. <http://www.rijksoverheid.nl/nieuws/2011/11/09/nieuw-belastingverdrag-met-zwitserland.html>
15. S.F. van Immerseel, ‘De Zwitserse wet op internationale rechtshulp in belastingzaken – doorbreking van het Zwitserse bankgeheim?’, *TFB* 2013/3.
16. Art. 6 en 7 Bundesgesetz über die internationale Amtshilfe in Steuersachen.

hangen deels samen met fiscale projecten in Nederland naar aanleiding van gestolen informatie, bijvoorbeeld het Rekeningenproject naar aanleiding van gestolen gegevens van de Kredietbank Luxembourg of de cd-rom die Nederland heeft ontvangen van Frankrijk met daarop gegevens van Nederlandse belastingplichtigen die een rekening bezitten bij de Zwitserse vestiging van de HSBC.

Hoewel het Verdrag geen concreet voorbehoud bevat voor informatieverzoeken gebaseerd op gestolen informatie, zal Zwitserland geen medewerking verlenen aan dergelijke informatieverzoeken. Daarbij verwijzen de Zwitserse autoriteiten naar de goede trouw, zoals vastgelegd in het Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht, waarbij zowel Nederland als Zwitserland partij zijn. Zwitserland heeft haar zienswijze ook neergelegd in nationale bepalingen.<sup>17</sup> Van opheffing van het bankgeheim an sich is derhalve (nog) geen sprake.

Het bankgeheim van Zwitserland zal wel worden opgeheven ten aanzien van Amerikaanse belastingplichtigen. De oorsprong hiervan ligt in de UBS-affaire. UBS betaalde in 2009 \$780 miljoen om een einde te maken aan een Amerikaans fiscaal strafonderzoek, nadat een klokkenluider had gemeld dat UBS meewerkte aan belastingontwijking. UBS gaf tevens de gegevens door van zo'n 4.500 klanten aan de Verenigde Staten. Er ontstond een jarenlang doorsudderdend geschil tussen de Verenigde Staten en Zwitserland over het Zwitserse bankgeheim. Het parlement van Zwitserland is uiteindelijk op 9 september 2013 gezwicht onder de druk. Er is afgesproken dat (ook) Zwitserse financiële instellingen bankrekeningen van Amerikaanse belastingplichtigen moeten doorgeven aan de Amerikaanse Belastingdienst. De Verenigde Staten kunnen vervolgens de gegevens van de betreffende belastingplichtige opvragen. Indien niet aan de informatieverplichting wordt voldaan, past de Amerikaanse Belastingdienst een bronheffing van 30% toe op alle inkomsten uit Zwitserse bronnen.

### 3.2 Inlichtingen

De fiscus kan op grond van nationale wetgeving de belastingplichtige verzoeken inlichtingen te verstrekken die voor de belastingheffing van belang kunnen zijn. Het Verdrag en het Protocol hanteren een beperktere definitie, namelijk inlichtingen 'die naar verwachting van belang zijn' (art. 26 lid 1) respectievelijk 'inlichtingen die voorzienbaar relevant zijn' (art. XVI, onderdeel c). Door dit verschil in definitie is het mogelijk dat Nederland bepaalde informatie niet kan opvragen, terwijl het daartoe op grond van art. 47 AWR wel gerechtigd is.

Het belang kan niet alleen zijn gelegen in heffingsdoeleinden, maar ook op de invordering en tenuitvoerlegging van belastingvorderingen. Op grond van het Verdrag kunnen dus onder omstandigheden wel inlichtingen worden uitgewisseld ten behoeve van de invordering, terwijl een concrete bepaling omtrent bijstand bij invordering ontbreekt.<sup>18</sup>

Op basis van het voorgaande menen wij dat het Zwitserse bankgeheim steeds verder wordt ingeperkt, maar nog niet geheel is ontrafeld.

## 4. Fiscale informatie-uitwisseling met Luxemburg

Ook Luxemburg is in maart 2009 door internationale druk gezwicht en heeft te kennen gegeven dat het bereid was om de bestaande verdragen op het punt van de informatie-uit-

wisseling te herzien.<sup>19</sup> Het Verdrag tussen Luxemburg en Nederland<sup>20</sup> (hierna: Het Verdrag) is gewijzigd bij Protocol op 29 mei 2009.<sup>21</sup> Met het wijzigingsprotocol is het oude art. 26 omtrent de informatie-uitwisseling geheel vernieuwd. Voorshands is relevant om op te merken dat het verzoek tot informatie-uitwisseling uitsluitend betrekking kan hebben op belastingtijdvakken vanaf 1 januari 2011 (zie art. 4 Protocol).

### 4.1 Voorwaarden voor inlichtingenuitwisseling

Ingevolge art. 26 van het Verdrag is de uitwisseling van inlichtingen opgenomen. Luxemburg heeft in een briefwisseling<sup>22</sup> met Nederland uitdrukkelijk te kennen gegeven dat het in beginsel slechts op verzoek informatie wil uitwisselen en dit dus niet spontaan of automatisch zal doen.<sup>23</sup> Nederland is evenwel voorstander van automatische gegevensuitwisseling. Het Verdrag is dan ook niet beperkt tot informatie-uitwisseling op verzoek. De briefwisseling die plaats heeft gevonden met Luxemburg heeft geen verdragskenmerken en is juridisch gezien alleen een (internationale) beleidsafspraken, die in de toekomst terzijde kan worden geschoven als blijkt dat Luxemburg wel bereid zal zijn tot automatische gegevensuitwisseling.<sup>24</sup> In de briefwisseling zijn ook afspraken gemaakt over de voorwaarden voor een verzoek om inlichtingen. Daarover later meer.

Net als in de bepaling omtrent informatie-uitwisseling in het Verdrag tussen Nederland en Zwitserland is ook in dit art. 26 opgenomen dat Luxemburg in beginsel alle middelen zal aanwenden om de betreffende informatie te verkrijgen. Ook hier geldt dat Luxemburg zich niet mag beroepen op het feit dat de gevraagde gegevens zich bij een bank of andere financiële instelling bevinden (art. 26 lid 5 van het Verdrag).

17. Art. 5 Verordnung über die Amtshilfe nach Doppelbesteuerungsabkommen.
18. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 536, nr. 6. Zwitserland neemt overeenkomstig zijn Verdragsbeleid een dergelijke bepaling niet op in zijn Verdragen. Dit aangezien Zwitserland niet verder gaat met het verlenen van bijstand bij invordering dan hetgeen geregeld is in zijn nationale wetgeving. Zwitserland heeft wél aangegeven dat het bereid is om op basis van zijn nationale recht in te vorderen, indien er sprake is van een ten onrechte verleende vermindering of vrijstelling onder het Verdrag. Andere vormen van bijstand bij invordering door Zwitserland blijven door het ontbreken van een invorderingsbepaling in het Verdrag dus achterwege.
19. Landen die zich niet wilden committeren aan de internationale standaard van informatie-uitwisseling dienden rekening te houden met sanctiemaatregelen vanuit G-20 landen (zie Staten-Generaal, *Kamerstukken II* 2009/10, 32 235, nr. A en nr. 1, p. 2).
20. *Trb.* 1968, 76.
21. *Trb.* 2009, 100.
22. [www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/brieven/2009/07/09/briefwisseling-van-29-mei-2009-bij-protocol-nederland-luxemburg.html](http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/brieven/2009/07/09/briefwisseling-van-29-mei-2009-bij-protocol-nederland-luxemburg.html).
23. Het verdrag met Luxemburg beperkt automatische of spontane inlichtingenuitwisseling niet. Zoals ook in voetnoot 11 uiteen is gezet, geldt dat ook voor het Verdrag met Zwitserland.
24. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 235, nr. 3.



In voornoemde briefwisseling heeft Luxemburg uitdrukkelijk vastgelegd aan welke eisen een verzoek tot informatie-uitwisseling moet voldoen, teneinde 'fishing expeditions' te voorkomen. Er zijn zeven voorwaarden vastgelegd in de brief, te weten:

- a. de identiteit van de persoon of personen op wie de controle betrekking heeft;
- b. een verklaring van de soort informatie die de Staat graag wil hebben, alsmede de aard en de vorm waarin de Staat de informatie wil ontvangen;
- c. het fiscale doel waarvoor de informatie benodigd is;
- d. de gronden om aan te nemen dat de informatie in de verzoekende Staat zal blijven of onder controle blijft van een persoon in het rechtsgebied van de Staat;
- e. voor zover bekend: de naam of namen van persoon of personen die over de gevraagde informatie beschikken;
- f. een verklaring dat het verzoek in overeenstemming is met de wetgeving en administratieve procedures van de verzoekende Staat en het Verdrag, alsmede een verklaring dat de verzoekende Staat op grond van haar nationale wetgeving en administratieve procedures zou kunnen beschikken over de verzochte informatie, indien deze zich in haar eigen jurisdictie zou bevinden.

Ten slotte is in deze brief opgenomen dat bij het verzoek een verklaring moet worden overgelegd dat is voldaan aan het 'uitputtingsbeginsel', tenzij dat zou leiden tot onevenredige moeilijkheden (onderdeel g).

In april 2013 heeft de Luxemburgse Minister-president Jean-Claude Juncker aangekondigd dat zijn land met ingang van 1 januari 2015 het bankgeheim gaat versoepelen. Volgens de Luxemburgse Minister van Financiën moet Luxemburg het niet hebben van klanten die willen besparen op hun belastingen. Op dit moment is slechts een aankondiging bekend, een inhoudelijke analyse hiervan is derhalve (nog) niet te maken.

#### 4.2 Inlichtingen

In art. 26 lid 1 van het Verdrag is vastgelegd dat 'Inlichtingen die naar verwachting relevant zijn voor het uitvoeren van de bepalingen van dit Verdrag of voor de administratie of de tenuitvoerlegging van de nationale wetgeving' kunnen worden uitgewisseld. Deze vastlegging heeft tot doel om een zo breed mogelijke uitwisseling van informatie te bewerkstelligen. Gezien de gelijkenissen met de tekst uit het Zwitserse Verdrag zij hierbij voor het overige verwezen naar hetgeen aldaar is vermeld.

### 5. Rechtsmiddelen bij fiscale informatie-uitwisseling

In de omgekeerde situatie dat Nederland wordt aangezocht inlichtingen te verstrekken, wordt op grond van art. 5 lid 2 WIB degene van wie de informatie afkomstig is thans nog vooraf in kennis gesteld van het besluit dat aan het buitenlandse verzoek zal worden voldaan. Zoals eerder geschreven, is op 30 mei 2013 aangekondigd dat deze voorafgaande kennisgeving zal worden afgeschaft. Tegen de kennisgeving kan bezwaar worden gemaakt, maar wij vragen ons ernstig af of hiermee, zeker na afschaffing, nog adequate rechtsbescherming wordt geboden.<sup>25</sup> De informatie bevindt zich dan veelal al in het buitenland en het effect van een bezwaar-

beroepsprocedure is alsdan beperkt, omdat eventueel onrechtmatig handelen aldaar niet kan worden hersteld, maar dient te worden voorkomen.

In Zwitserland bestaat een vergelijkbare regeling, op basis van een voorafgaande kennisgeving. Uit onze praktijk blijkt dat de bank de betrokkene van wie informatie is verzocht in kennis stelt van het verzoek van de Nederlandse autoriteiten. Voorts kan – door een in Zwitserland aan te stellen gemachtigde (advocaat) – inzage worden genomen in het 'uitwisselingsdossier'. De Zwitserse autoriteiten verzoeken de betrokkene een verklaring te tekenen waarbij (onherroepelijk) wordt ingestemd met de uitwisseling. Middels een dergelijk bericht raakt een betrokken dus altijd op de hoogte dat te zijnen aanzien een inlichtingenverzoek is gedaan en – als hij de verklaring niet wenst te tekenen – kan hij tegen de uitlevering bezwaar maken.<sup>26</sup> De rechtsbescherming in Luxemburg gaat, voor zover bekend, nog verder aangezien aldaar al tegen een verzoek aan de bank om gegevens te verstrekken kan worden opgekomen. Daarmee kan dus worden voorkomen dat de Luxemburgse autoriteiten de bedoelde bankgegevens in handen krijgen.<sup>27</sup>

Indien men op de hoogte raakt van een verzoek van de Nederlandse autoriteiten aan het buitenland is het aan te raden de Nederlandse inspecteur te verzoeken om een kopie van het bijstandsverzoek te krijgen. Op die wijze kan worden gecontroleerd of het verzoek aan de hiervoor omschreven vereisten voldoet. Mochten er gebreken kleven aan het verzoek of daarin onjuistheden zijn vermeld, dan kan dat vroegtijdig worden gesignaleerd. Op basis daarvan kan vervolgens gepaste actie worden genomen, bijvoorbeeld door het informeren van de Zwitserse autoriteiten. De inspecteur zal echter niet snel aan een dergelijk verzoek voldoen. Als de fiscus geen inzage wil verstrekken (met bijvoorbeeld een beroep op de weigeringsgronden van de WOB), kan daartegen (bij de civiele rechter) worden geklaagd.

## 6. Strafrechtelijke informatie-uitwisseling met Zwitserland en Luxemburg

### 6.1 Wederzijdse rechtshulp in strafzaken

Het Europees Verdrag aangaande wederzijdse rechtshulp in strafzaken<sup>28</sup> (hierna: het Verdrag) biedt de wettelijke basis voor autoriteiten van de bij het Verdrag aangesloten staten elkaar te verzoeken om inlichtingen die als bewijsmateriaal kunnen dienen in een strafrechtelijk onderzoek. Op 20 maart 1967 is dit verdrag in Zwitserland in werking getreden, op 15 mei 1969 in Nederland en op 16 februari 1977 in Luxemburg.

25. Zie ook K.R.C.M Jonas en J.A.R. van Eijnsden, 'De kennisgeving vooraf bij internationale uitwisseling van informatie verdwijnt. En daarmee de rechtsbescherming ook!', *WFR*, 2013/1180.
26. Art. 17 Bundesgesetz über die internationale Amtshilfe in Steuersachen
27. Meer hierover L.E.C. Neve, 'Inlichtingenuitwisseling en gevolgen van opheffing bankgeheim vanuit rechtsvergelijkend perspectief', *WFR* 2012/1340.
28. Inwerkingtreding 15 mei 1969, laatstelijk gewijzigd bij *Trb.* 2008, 157.

Op basis van art. 1 van het Verdrag verbinden partijen zich ertoe om elkaar in zo ruim mogelijke mate rechtshulp te verlenen in procedures die betrekking hebben op strafbare feiten waarvan de bestraffing op het tijdstip van het verzoek om rechtshulp tot de bevoegdheid behoort van de autoriteiten van de verzoekende Partij. Op basis van art. 2 onder a van het Verdrag kan rechtshulp worden geweigerd indien het verzoek betrekking heeft op strafbare feiten die door de aangezochte Partij, hetzij als een politiek misdrijf of een met een dergelijk misdrijf samenhangend feit, hetzij als een fiscaal delict worden beschouwd.

## 6.2 Geen wederzijdse rechtshulp fiscale delicten

Op 17 maart 1978 is een aanvullend protocol bij het Europees Verdrag aangaande de wederzijdse rechtshulp in strafzaken in werking getreden.<sup>29</sup>

In art. 1 is bepaald dat het recht als bedoeld in art. 2 onder a van het Verdrag om rechtshulp te weigeren door de partijen niet wordt uitgeoefend louter omdat het verzoek betrekking heeft op een strafbaar feit dat door de aangezochte partij als een fiscaal delict wordt beschouwd. Op 9 december 1994 is dit aanvullend protocol door Luxemburg ondertekend. Door Zwitserland is het op 17 november 1981 ondertekend. Beide landen hanteren een vergelijkbaar voorbehoud dat rechtshulp uitsluitend wordt verleend bij een fiscaal delict dat wordt aangemerkt als 'tax fraud'. Alleen het indienen van een onjuiste of onvolledige belastingaangifte wordt niet gekwalificeerd als 'tax fraud'. Volgens Zwitserse wetgeving is pas sprake van fiscale fraude, indien bijvoorbeeld ook valse overeenkomsten zijn gebruikt of andere strafbare feiten zijn gepleegd.<sup>30</sup>

Bovendien maken Zwitserland en Luxemburg het voorbehoud dat de te verstrekken informatie uitsluitend mag worden gebruikt voor de strafbare feiten ten aanzien waarvan de rechtshulp werd verzocht. Dit betekent dat de door Nederland verkregen informatie dus niet – zonder toestemming – voor fiscale doeleinden mag worden gebruikt.

Zwitserland heeft het aanvullend protocol echter nooit geratificeerd, waardoor het niet in werking is getreden.

Geconcludeerd kan worden dat op basis van het Europees Verdrag aangaande de wederzijdse rechtshulp in strafzaken geen bankgegevens kunnen worden uitgewisseld tussen Nederland en Zwitserland en Nederland en Luxemburg die zien op fiscale delicten, niet zijnde 'tax fraud'. Dit betekent overigens niet dat Luxemburg en Zwitserland in het geheel geen bankgegevens uitleveren. Het voorbehoud geldt immers uitsluitend voor de fiscaliteit. In de praktijk blijkt dat de justitiële autoriteiten het verzoek om rechtshulp regelmatig insteken op een ander dan een fiscaal delict. In dat geval wordt het rechtshulpverzoek geënt op witwassen of deelname aan een criminele organisatie. Om uitlevering te voorkomen zal dan van de zijde van de verdediging actie moeten worden genomen om toe te lichten dat de zaak in de kern een fiscaal delict betreft.

## 7. Rechtsmiddelen bij strafrechtelijke informatie-uitwisseling

In Nederland is verlof van de rechtbank noodzakelijk (art. 552p Sv), voordat de door de rechter-commissaris verzamelde processen-verbaal en stukken van overtuiging kunnen worden toegezonden aan de buitenlandse autoriteiten. Een officier van justitie is echter slechts in een beperkt aantal situaties verplicht om een rechter-commissaris in te schakelen.

Net zoals ten aanzien van de 'kennisgeving vooraf' bij administratieve bijstand is ook deze inschakeling recentelijk verder ingeperkt. Voorheen was het nog nodig om de rechter-commissaris in te schakelen bij iedere inbeslagname. Per 1 januari 2013 is inschakeling van de rechter-commissaris bij inbeslagname nog slechts noodzakelijk, indien zijn betrokkenheid daartoe op grond van de wet verplicht is, zoals bij een doorzoeking in een privéwoning of bij een verschooningsgerechtigde.

Een verdachte wordt opgeroepen voor de mondelinge behandeling van de verlofprocedure en voorafgaand aan deze zitting kan inzage worden genomen in het verlofdossier. Uit de praktijk blijkt dat het de moeite loont om deze inzage te nemen om te controleren of op de juiste wijze uitvoering is gegeven aan het rechtshulpverzoek.

Voor zover bekend kennen Zwitserland en Luxemburg vergelijkbare procedures, waarbij een rechtsmiddel kan worden aangewend tegen het overdragen van de verkregen gegevens aan Nederland. Van Luxemburg is evenwel bekend dat de Luxemburgse bank de betrokkene niet mag informeren over een rechtshulpverzoek, tenzij beslag wordt gelegd op het tegoed op de bankrekening.

## 8. Conclusie

Internationaal, binnen Europa en op nationaal niveau zijn de ogen gericht op belastingontwijking en belastingontduiking. Een van de speerpunten om de belastingontduiking tegen te gaan is versoepeling van de regelgeving rond gegevensuitwisseling. Spontane en automatische gegevensuitwisseling is het devies. Hoe meer men spreekt over gegevensuitwisseling, hoe minder aandacht wordt besteed aan rechtsbescherming. Nederland doet hier het denkbeeldige schepje bovenop door de 'kennisgeving vooraf' af te schaffen. Ondanks de toenemende regelgeving rond gegevensuitwisseling zijn het Zwitserse en het Luxemburgse bankgeheim tot op heden nog in stand gebleven, al is het wel makkelijker om gegevens aldaar op te vragen. Rechtsbescherming tegen ongebreidelde gegevensuitwisseling lijkt in die landen evenwel nog onverkort van toepassing.

Niettemin gaat Luxemburg vermoedelijk binnenkort door de knieën voor wat betreft het afschaffen van het bankgeheim. Het is dan nog de vraag hoe lang Zwitserland de rug recht kan houden onder de toenemende internationale druk.

29. *Trb.* 1979, 121.

30. Gerechtshof Amsterdam 14 maart 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AV4924.