

Informatie-uitwisseling onder het belastingverdrag Nederland-Zwitserland: groepsverzoeken niet toegestaan (?)

Mr. S.F. van Immerseel*

Op 21 maart 2016 deed het Bundesverwaltungsgericht (hierna: BVG) in St. Gallen uitspraak¹ in een zaak die tot ver buiten de Zwitserse landsgrenzen met meer dan gemiddelde belangstelling werd gevolgd. Het betrof namelijk het beroep van een Nederlander tegen het besluit² van de Eidgenössische Steuer Verwaltung (hierna: ESTV), de Zwitserse federale belastingdienst, over de uitwisseling van bankgegevens naar aanleiding van een groepsverzoek door de Nederlandse Belastingdienst (hierna: de Belastingdienst). Deze zaak kent nog geen precedents. De ESTV had beslist dat de gegevens omtrent een door deze Nederlander bij de UBS Switzerland AG (hierna: UBS) aangehouden bankrekening aan Nederland zouden worden verstrekt. Het BVG verklaarde het beroep tegen deze beslissing gegrond, zodat de ETSV de betreffende inlichtingen niet aan Nederland mag verstrekken. In deze bijdrage bespreek ik deze casus en de beslissing van het BVG.

1 Het verzoek

Op 23 juli 2015 deed de Nederlandse Belastingdienst aan de ESTV een verzoek om uitwisseling van inlichtingen. Dit verzoek is om meerdere redenen bijzonder. Het betreft namelijk niet alleen een zogenoemd groepsverzoek, maar het bevat daarnaast niet de namen van de bij het onderzoek betrokken personen waarop het verzoek betrekking heeft.³ In het verzoek meldt de Belastingdienst dat hij uit een zaak van een Nederlandse zwartspaarder bekend is met een brief van UBS uit 2014. In deze brief verzoekt UBS de betreffende rekeninghouder aan te tonen dat hij aan zijn fiscale verplichtingen ten aanzien van de UBS-rekening heeft voldaan. Doet hij dat niet, dan zal de bank overgaan tot het sluiten van de rekening. In het informatieverzoek gaat de Belastingdienst uit van de veronderstelling dat UBS in 2014 aan al haar rekeninghouders met een woonplaats in Nederland een dergelijke brief heeft verzonden.⁴ Deze veronderstelling vormt de basis van het informatieverzoek. De Belastingdienst verzoekt de ESTV om informatie te verstrekken over natuurlijke personen die aan de volgende criteria voldoen:

- De persoon was houder van één of meer rekeningen bij UBS.
- De persoon had, volgens de administratie van UBS, een woonadres in Nederland.
- De persoon ontving een brief van UBS waarin UBS aankondigde de rekening(en) te zullen sluiten, tenzij de

persoon aan UBS een formulier 'EU savings tax - Authorization for the voluntary disclosure' zou overhandigen, dan wel enig ander bewijs van het nakomen van zijn fiscale verplichtingen.

- Ondanks de ontvangst van deze brief heeft de persoon aan UBS geen afdoende bewijs verstrekt dat hij 'tax compliant' is.⁵

De Belastingdienst vraagt de ESTV om de volgende gegevens:

- de naam;
- de voornamen;
- de geboortedatum;
- het adres;
- het/de rekeningnummer(s);
- de saldi op 1 februari 2013, 1 januari 2014 en 31 december 2014.

Namen en adressen van de personen waarop het verzoek ziet, worden daarin dus niet genoemd. Integendeel, zij worden juist expliciet gevraagd.

2 Juridisch kader

2.1 Het belastingverdrag tussen Nederland en Zwitserland

Uiteraard is in de eerste plaats van belang het Verdrag tussen Nederland en Zwitserland ter vermijding van dubbele belas-

ting op inkomen (hierna: het belastingverdrag).⁶ Art. 26 van het belastingverdrag vormt de grondslag voor de uitwisseling van inlichtingen tussen de beide verdragsstaten. Art. XVI, letter b, sub i, van het protocol bij het verdrag bepaalt dat verzoeken om inlichtingen in ieder geval moeten bevatten:

‘voldoende gegevens om de persoon of personen op wie de controle of het onderzoek betrekking heeft te identificeren, in het bijzonder diens naam en, voor zover bekend, adres, rekeningnummer en andere gegevens ter identificatie van de persoon of personen te vergemakkelijken, zoals geboortedatum, burgerlijke staat, fiscaal nummer’.

Fishing expeditions zijn niet toegestaan. Naast het belastingverdrag en het bijbehorende protocol speelt in deze zaak ook nog een rol de in oktober 2011 door Nederland en Zwitserland ondertekende overeenkomst betreffende de toepassing van subparagraaf b van art. XVI van het protocol.⁷ De overeenkomst bepaalt dat de vereisten aan een verzoek om inlichtingen zodanig moeten worden uitgelegd, dat een verzoek moet worden ingewilligd als de verzoekende Staat de persoon op wie de controle of het onderzoek betrekking heeft identificeert. Een dergelijke identificatie kan worden geleverd langs andere wegen dan het verstrekken van de naam en het adres van de betrokken persoon. Daarnaast moet het verzoek ook de informatie bevatten die is vereist op grond van art. XVI, letter b, onder ii tot en met iv, protocol. Ook hier blijft gelden dat het verzoek geen fishing expedition mag zijn. Ik zal deze overeenkomst hierna aanduiden als de aanvullende overeenkomst.

2.2 Zwitserse nationale wetgeving: SteuerAmtshilfeGesetz

De SteuerAmtshilfeGesetz (hierna: StAhiG) regelt de uitvoering van rechtshulpverzoeken op grond van belastingverdragen, alsook op grond van andere internationale overeenkomsten die voorzien in fiscale informatie-uitwisseling.⁸ Bij de totstandkoming van deze wet was alleen voorzien in uitwisseling van informatie in individuele gevallen.⁹ Bij wijziging van 21 maart 2014, in werking getreden op 1 augustus 2014, is echter de mogelijkheid van groepsverzoeken in de wet opgenomen.¹⁰ De wet definieert groepsverzoeken als: rechtshulpverzoeken waarmee informatie over meerdere personen wordt verzocht die aan de hand van een identiek gedragspatroon zijn beschreven en aan de hand van precieze opgaven identificeerbaar zijn. De SteuerAmtshilfeVerordnung (hierna: StAhiV) bepaalt dat groepsverzoeken slechts betrekking kunnen hebben op tijdvakken die aanvangen op of na 1 februari 2013, tenzij in het verdrag of de overeenkomst afwijkend is overeengekomen.¹¹ Voor het geval het verdrag of de internationale overeenkomst zelf geen inhoudelijke eisen aan het informatieverzoek bevat, regelt de wet aan welke voorwaarden het verzoek moet voldoen.¹² Omdat het protocol bij het verdrag met Nederland wel inhoudelijke vereisten bevat, blijven de vereisten in de StAhiG buiten toepassing. De wet verbiedt fishing expeditions (*beweisforschung*).¹³ Ten tijde van de totstandkoming van de wet is opgemerkt dat

verzoeken als fishing expedition worden aangemerkt als:¹⁴

1. ze slechts een abstracte omschrijving van een categorie natuurlijke of rechtspersonen bevatten;
2. ze geen betrekking hebben op een concrete situatie waarbij een causaal verband met de aangewezen persoon aannemelijk is;
3. ze slechts gebaseerd zijn op het enkele feit dat er een bankrelatie met Zwitserland bestaat.

Deze opsomming dateert echter van voor de wetwijziging waarbij groepsverzoeken toelaatbaar werden gesteld. Onduidelijk is in hoeverre alle drie de situaties nog steeds als fishing expedition gelden.

De wet kent voor de verstrekking van de informatie een normale en een vereenvoudigde procedure. In de normale procedure verstrekt de ESTV aan de belanghebbende een eindbeschikking waarin het resultaat van het verzoek wordt toegelicht, alsmede de omvang van de te verstrekken informatie.¹⁵ Daartoe dient de belanghebbende in Zwitserland een gemachtigde aan te wijzen. De gemachtigde kan zich namens de belanghebbende in de procedure voegen en inzage nemen in de stukken.¹⁶ Tegen de eindbeslissing van de ESTV kan de belanghebbende beroep instellen bij het BVG.¹⁷ Dit beroep heeft schorsende werking.¹⁸

3 Bezwaren tegen de inwilliging van het verzoek

3.1 De bezwaren

Tegen de inwilliging van het door de Belastingdienst ingediende groepsverzoek (zonder naamsvermelding) zijn meerdere bezwaren denkbaar:

1. Het belastingverdrag¹⁹ tussen Nederland en Zwitserland (inclusief het bijbehorende protocol) bevat in het geheel geen bepalingen over groepsverzoeken en staat deze dus niet toe.
2. De aanvullende overeenkomst²⁰ vereist dat de verzoekende Staat de personen waarop het verzoek betrekking heeft, identificeert. Daaraan is niet voldaan.
3. De StAhiG en de StAhiV kunnen geen zelfstandige rechtsgrond vormen voor het inwilligen van het verzoek en het verdrag zelf biedt geen grondslag.
4. Inwilliging van het verzoek is in strijd met het legaliteitsbeginsel, omdat een wettelijke basis ontbreekt en de interpretatie van het ESTV niet voldoet aan het voorzienbaarheidsvereiste.
5. Inwilliging van het verzoek vormt een aantasting van het grondrecht op bescherming van de privésfeer. Een dergelijke aantasting is slechts toelaatbaar op grond van een wettelijke bepaling welke in casu ontbreekt.
6. Het verzoek moet worden aangemerkt als een fishing expedition. Fishing expeditions zijn uitdrukkelijk niet toegestaan.
7. De ondergrens voor het saldo, gesteld op €1.500, is te laag en daardoor te belastend voor de aangezochte Staat en de bank.
8. Het verzoek bevat onjuiste veronderstellingen.

9. Het verzoek bevat geen onderbouwing van de stelling dat is voldaan aan het uitputtingsvereiste.

Op enkele van deze bezwaren ga ik hierna nader in. Het eerste bezwaar, de ontoelaatbaarheid onder het belastingverdrag, komt in de bespreking van de beslissing van het BVG in paragraaf 5 uitvoerig aan de orde.

3.2 *SteuerAmtshilfeGesetz en SteuerAmtshilfeVerordnung*

In de StAhiG en de StAhiV zijn slechts formeelrechtelijke bepalingen opgenomen ter uitvoering van de uitwisseling van informatie die is gegrond op een internationale regeling, zoals een belastingverdrag. Het enkele feit dat art. 1, lid 1, de inwilliging van groepsverzoeken regelt, betekent nog niet dat daarmee een rechtsgrondslag bestaat voor de toelaatbaarheid van groepsverzoeken.

3.3 *Inbreuk op de privésfeer*

In art. 13 Bundesverfassung is het grondrecht van de bescherming van de privésfeer verankerd. Het tweede lid bepaalt dat eenieder²¹ recht heeft op bescherming tegen misbruik van persoonlijke gegevens. Daarnaast geldt uiteraard ook de bescherming van art. 8 van het EVRM. Art. 36, lid 1, Bundesverfassung bepaalt dat voor inbreuken op grondrechten een wettelijke grondslag is vereist. Die wettelijke grondslag dient een nauwkeurige formulering te hebben, zodat burgers hun handelen daarop kunnen afstemmen en de gevolgen van hun handelen kunnen voorzien. Een dergelijke wettelijke grondslag ontbreekt. Een belastingverdrag is weliswaar van een hogere orde dan een nationale wet en zou dus een dergelijke grondslag voor een inbreuk op het grondrecht kunnen bevatten, maar een onderdeel van de kritiek is nu juist dat het belastingverdrag tussen Nederland en Zwitserland niet een voldoende basis biedt voor de onderhavige informatie-uitwisseling.

3.4 *Fishing expedition*

Bijna alle in casu relevante bepalingen bevatten een verbod op fishing expeditions: het protocol,²² de aanvullende overeenkomst²³ en de StAhiG.²⁴ Het commentaar bij art. 26 OESO-Modelverdrag omschrijft een fishing expedition als 'speculative requests for information that have no apparent nexus to an open inquiry or investigation'. Daarnaast moet de uit te wisselen informatie van 'foreseeable relevance' zijn. Er is in Zwitserland geen jurisprudentie over de vraag wanneer een groepsverzoek als fishing expedition moet worden aangemerkt.

Betoogd kan worden dat het verzoek van de Belastingdienst een fishing expedition is. Voor zover dat niet reeds het geval is door het enkele feit dat sprake is van een groepsverzoek zonder naamsvermelding, is de omschrijving van de groep personen veel te ruim. Ook kan worden betoogd dat, voor zover een groepsverzoek is toegestaan, de StAhiG²⁵ een gede-

tailleerde beschrijving van de groep vereist. Die beschrijving moet een actief gedragspatroon bevatten.²⁶ In het verzoek is geen actief gedragspatroon beschreven. Het uitblijven van enige reactie op de brief van UBS uit 2014 kan niet als een actief gedragspatroon gelden.^{27,28} Evenmin kan aan het uitblijven van zo'n reactie de conclusie worden verbonden dat de rekeninghouder zijn bankrekeningen dan per definitie wel voor de fiscus zal hebben verzwegen.

3.5 *Onjuiste veronderstellingen*

Ik volsta met enkele korte opmerkingen:

1. Het enkele feit dat UBS een kopie van haar brieven kan overleggen, wil nog niet zeggen dat deze brieven ook in alle gevallen daadwerkelijk zijn verzonden.
2. Het enkele feit dat UBS een brief heeft verzonden, wil nog niet zeggen dat de geadresseerde de brief ook heeft ontvangen. In dat verband kan ook worden gewezen op het gebruik dat met UBS werd overeengekomen dat er geen post naar het door de rekeninghouder opgegeven adres zou worden gezonden. Het valt niet uit te sluiten dat cliënten van UBS daarom geen aanleiding zagen een adreswijziging door te geven.
3. Het verzoek houdt geen rekening met de mogelijkheid dat de rekeninghouders uitstel hebben verkregen voor het indienen van hun aangiften inkomstenbelasting 2013 en 2014 en derhalve ten tijde van het indienen van het verzoek nog helemaal niet is gezegd dat de rekeninghouder de rekening(en) niet in zijn aangifte inkomstenbelasting 2013 en 2014 opgeeft.
4. Het aanhouden van een bankrekening in Zwitserland hoeft niet per definitie antifiscale motieven te hebben.
5. Degene op wiens naam de rekening is gesteld, hoeft niet de economisch gerechtigde te zijn.

4 *De beslissing van het Bundesverwaltungsgericht*

4.1 *De door het BVG beantwoorde vragen*

Hoewel de beslissing van het BVG meer dan dertig pagina's omvat, gaat het BVG eigenlijk slechts in op twee (aan elkaar gerelateerde) vragen:

1. Staat het belastingverdrag tussen Nederland en Zwitserland, inclusief protocol, groepsverzoeken zonder naamsvermelding toe?
2. Indien het verdrag dergelijke verzoeken niet toestaat, kan het verdrag dan opzij worden gezet door bepalingen van Zwitsers nationaal recht?

Dat het BVG zich in de eerste plaats op de beantwoording van deze vragen richt, is begrijpelijk. Als groepsverzoeken zonder naamsvermelding in de relatie met Nederland niet toelaatbaar zijn, behoeven de overige grieven geen behandeling meer. Ook de vraag of het onderhavige verzoek al dan niet als fishing expedition moet worden aangemerkt, kan dan onbeantwoord blijven.

4.2 Enkele overwegingen ten aanzien van verdragsinterpretatie

Het BVG stelt voorop dat op de uitleg van belastingverdragen het Verdrag van Wenen van 23 mei 1969 van toepassing is.^{29,30} Art. 31 van dit verdrag bepaalt dat de tekst van een verdragsbepaling als uitgangspunt dient te gelden voor de uitleg van die bepaling. Met andere woorden, de taalkundige interpretatiemethode staat voorop. Art. 32 van het Verdrag van Wenen opent de mogelijkheid tot het gebruik van andere interpretatiehulpmiddelen indien de taalkundige interpretatiemethode niet tot een eenduidig resultaat leidt.³¹ Voorbeelden van dergelijke interpretatiehulpmiddelen zijn de OESO-Modelverdragen en de daarbij behorende commentaren. Ook de Zwitserse jurisprudentie en wetenschap merken de modelverdragen en commentaren aan als relevant voor de uitleg van belastingverdragen.³²

4.3 Kwalificatie van het verzoek van de Belastingdienst

Het BVG overweegt dat het verzoek van de Belastingdienst moet worden aangemerkt als een groepsverzoek zonder naamsvermelding.³³ De personen waarover de informatie wordt verzocht, worden namelijk niet met naam genoemd, maar slechts aangeduid met een omschrijving ter identificatie van deze personen. Deze omschrijving betreft een (verondersteld) identiek gedragspatroon van deze personen. Dergelijke groepsverzoeken zonder naamsvermelding zijn naar nationaal Zwitsers recht sinds 1 augustus 2014 toelaatbaar.³⁴ Het is echter de vraag of deze verzoeken ook toelaatbaar zijn onder het belastingverdrag tussen Nederland en Zwitserland.

4.4 Toetsing aan het verdrag

4.4.1 Niet specifiek voorzien in groepsverzoeken

Noch het verdrag, noch het protocol, noch de aanvullende overeenkomst, spreekt uitdrukkelijk over groepsverzoeken. Derhalve is volgens het BVG voor de beantwoording van de vraag of dergelijke verzoeken toelaatbaar zijn, maatgevend welke vereisten op grond van het verdrag aan de identificatie van betrokken belastingplichtigen in een informatieverzoek moeten worden gesteld.³⁵ Uitgangspunt is dat uitwisseling van inlichtingen naar aanleiding van groepsverzoeken zonder naamsvermelding in ieder geval is uitgesloten als het verdrag de vermelding van de naam van de betrokkene(n) dwingend voorschrijft.³⁶ Art. 26 van het verdrag bevat geen gedetailleerde opgaaf van de aan een verzoek te stellen eisen.

4.4.2 Art. XVI, letter b, van het protocol

In art. XVI, letter b, van het protocol staat welke gegevens de verzoekende Staat dient aan te leveren. Sub i bepaalt specifiek dat de verzoekende Staat ter identificatie dient aan te leveren 'voldoende gegevens om de persoon of de personen op wie de controle of het onderzoek betrekking heeft te identificeren, in het bijzonder diens naam en, voor zover bekend, adres, rekeningnummer en andere gegevens om de identifi-

catie van die persoon of personen te vergemakkelijken, zoals geboortedatum, burgerlijk staat, fiscaal nummer'. Het BVG vergelijkt allereerst de Franse, Nederlandse en Engelse tekst van het protocol en stelt vast dat deze teksten, die voor de interpretatie maatgevend zijn, niet van elkaar verschillen. Volgens het BVG is deze tekst helder. Als inhoudelijk vereiste aan een verzoek is dwingend voorgeschreven dat daarin de namen van de in een controle of onderzoek betrokken persoon of personen worden vermeld. Dit volgt mede uit de toevoeging 'in het bijzonder'. Dit in tegenstelling tot de andere in letter b, onder i, genoemde gegevens, die slechts vermeld moeten worden 'voor zover bekend'. Het BVG concludeert dat de heldere tekst van art. XVI, letter b, sub i, van het protocol, groepsverzoeken zonder naamsvermelding uitsluit.³⁷

4.4.3 Art. XVI, letter c, van het protocol

Vervolgens onderzoekt het BVG of het vereiste van de naamsvermelding wordt gerelativeerd door de bepaling in letter c van art. XVI, dat de interpretatie van de vereisten onder letter b een effectieve uitwisseling niet mag frustreren. Ingevolge letter c dienen de vereisten van letter b zodanig te worden uitgelegd, dat een effectieve uitwisseling van inlichtingen niet wordt gedwarsboord. Tevens verbiedt letter c fishing expeditions. Naar het oordeel van het BVG kan letter c de duidelijke tekst van letter b echter niet opzij zetten.³⁸

4.5 De aanvullende overeenkomst

De aanvullende overeenkomst van oktober 2011 herhaalt dat de vereisten aan een verzoek zodanig dienen te worden geïnterpreteerd, dat aan het verzoek moet worden voldaan als de verzoekende Staat, voor zover thans relevant, 'de persoon op wie de controle of het onderzoek betrekking heeft identificeert; een dergelijke identificatie kan worden geleverd op andere wijze dan door vermelding van de naam en het adres van de betrokken persoon'.

Voor de beoordeling verwijst het BVG onder meer naar de parlementaire behandeling van, onder meer, het nieuwe belastingverdrag met Nederland.³⁹ Namens de Zwitserse regering is daarbij opgemerkt dat wanneer een fishing expedition kan worden uitgesloten, aan een verzoek tegemoet moet worden gekomen indien de verzoekende Staat de belastingplichtigen identificeert en, voor zover deze hem bekend zijn, de naam en het adres van de vermoedelijke houder van de informatie vermeldt. Om zeker te stellen dat andere staten dit interpretatievoorschrift gelijk interpreteren, wenst de Zwitserse regering aanvullende overeenkomsten af te sluiten.

Deze interpretatievoorschriften zijn het gevolg van een gewijzigde verdragspolitiek. De aanleiding voor deze gewijzigde politiek was dat in zogenoemde Peer reviews van het Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes was vastgesteld, dat de door Zwitserland gehanteerde vereisten voor de identificatie van belastingplichtigen als te restrictief en als mogelijke belemmering voor een effectieve informatie-uitwisseling werden beschouwd. Daarom kondigde de Zwitserse regering op 15

februari 2011 een nieuwe verdragspolitiek aan, waardoor identificatie van belastingplichtigen en houders van informatie op basis van andere gegevens dan de naam en het adres toelaatbaar werd.⁴⁰ Het belastingverdrag met Nederland was op dat moment echter al ondertekend en bevond zich al in een vergevorderd stadium van de parlementaire behandeling. Daarom besloot men het interpretatievoorschrift in een aanvullende overeenkomst op te nemen. Kennelijk meende de Zwitserse regering dat door het sluiten van de aanvullende overeenkomst groepsverzoeken zonder naamsvermelding toelaatbaar werden. Het BVG overweegt dat deze uitleg botst met de heldere tekst van het protocol. Deze tekst dient, in het kader van een uitleg overeenkomstig art. 31 Verdrag van Wenen, als uitgangspunt te gelden. Groepsverzoeken zonder naamsvermelding kunnen niet onder deze tekst worden gebracht, een andere uitleg zou art. XVI, letter b, sub i, protocol betekenisloos maken. Het afzien van de naamsvermelding overschrijdt de grenzen van de betekenis van de tekst van deze bepaling. Omdat de verdragstekst het belangrijkste aanknopingspunt vormt voor de vaststelling van de gemeenschappelijke bedoeling van partijen, kan dit niet. De aanvullende overeenkomst kan de heldere tekst van art. XVI, letter b, sub i, protocol, dus niet opzij zetten.⁴¹

Verder overweegt het BVG dat ingevolge de aanvullende overeenkomst niet de verzoekende Staat de in de controle of het onderzoek betrokken persoon moet identificeren, maar de aangezochte Staat. Ook dit is in afwijking van de tekst van het protocol.⁴² Het BVG verbindt hieraan echter geen conclusies, omdat de gevraagde uitwisseling reeds op grond van de hiervoor vermelde gronden strandt.

4.6 Interpretatie op grond het OESO-commentaar?

Omdat art. 26 van het belastingverdrag tussen Nederland en Zwitserland is ontleend aan art. 26 OESO-Modelverdrag, besteedt het BVG ook aandacht aan de vraag of het Modelverdrag of het OESO-commentaar groepsverzoeken als het onderhavige toestaat.⁴³ Daarbij speelt in het bijzonder een rol dat op 17 juli 2012 een update van art. 26 OESO-Modelverdrag en het commentaar is verschenen. Daarin is een regeling opgenomen die groepsverzoeken in beginsel toelaatbaar verklaart.⁴⁴ Tot 17 juli 2012, en dus ook ten tijde van de ondertekening van het verdrag tussen Nederland en Zwitserland, bevatten het Modelverdrag en het commentaar een dergelijke tekst niet. De ESTV heeft zich in haar verweerschrift onder meer op dit gewijzigde artikel en commentaar beroepen en staat daarmee dus een dynamische verdragsinterpretatie voor. De appellant heeft zich juist op een statische verdragsinterpretatie beroepen nu de update van een later datum is dan het verdrag. Of wijzigingen in het commentaar bij de Modelverdragen ook met terugwerkende kracht als interpretatiemiddel toepasbaar zijn, is, ook in Zwitserland, omstreden. Volgens het BVG mag de rechter deze commentaren als interpretatiemethode gebruiken als ze een verduidelijking of een precisering bevatten. Als de commentaren een wezenlijke uitbreiding of wijziging bevatten ten opzichte van het commentaar ten tijde van het sluiten van het verdrag,

dan kan de rechter daar geen betekenis aan toekennen.

Aan een beslissing over de vraag of uit moet worden gegaan van een dynamische of een statische verdragsinterpretatie komt het BVG echter (ook) niet toe. Hij overweegt dat het OESO-commentaar een hulpmiddel is voor verdragsinterpretatie in de zin van art. 32 van het Verdrag van Wenen. Nu volgens het BVG de tekst van het protocol helder is, komt het gebruik van interpretatiehulpmiddelen als bedoeld in art. 32 Verdrag van Wenen niet aan de orde.⁴⁵

Men kan zich afvragen of het BVG niet had kunnen volstaan met deze laatste overweging. Waarom toch zo uitgebreid de OESO-modellen en -commentaren bespreken? Naar mijn mening vloeit dit niet voort uit het gegeven dat partijen hierover nadrukkelijk standpunten hebben ingenomen. Op andere standpunten van partijen, bijvoorbeeld of er wel of geen sprake is van een fishing expedition, gaat het gerecht immers ook niet in. Bovendien bespreekt het BVG de standpunten wel, maar neemt het geen beslissing hierover. Hooguit kan men uit de bespreking van de standpunten concluderen dat het BVG van mening is dat, zo men aan het gebruik van het Modelverdrag en het commentaar als interpretatiehulpmiddel daarvan zou toekomen, er nog steeds vragen onbeantwoord blijven⁴⁶ en dat daarom het verdrag en commentaar überhaupt niet kunnen bijdragen aan de beslissing.

4.7 Nationaal Zwitsers recht als voldoende basis voor inwilliging?

Nadat het BVG heeft vastgesteld dat verdragsrechtelijk onvoldoende basis bestaat voor inwilliging van het verzoek van de Belastingdienst, onderzoekt het of inwilliging van het verzoek toch mogelijk zou zijn op grond van nationaal recht.⁴⁷ In Zwitserland heeft het volkenrecht, in geval van een normenconflict, in beginsel voorrang boven nationaal recht. Deze voorrang geldt ook in relatie tot latere nationale wetten. Dit kan anders zijn indien de wetgever bij de totstandkoming van de latere nationale wetgeving bewust heeft aanvaard dat de aan te nemen nationale regeling in strijd is met het volkenrecht. Vereist is dan wel dat de nationale wetgever dit duidelijk en ondubbelzinnig kenbaar maakt en dat deze inbreuk uitdrukkelijk in de parlementaire behandeling aan de orde is geweest en daar is aanvaard. Het BVG constateert in de eerste plaats nogmaals dat het verdrag niet alleen geen rechtsgrondslag bevat voor groepsverzoeken zonder naamsvermelding, maar dergelijke verzoeken zelfs ronduit uitsluit.

Het besluit waarmee het verdrag door Zwitserland officieel werd goedgekeurd en waarin tevens de aanvullende overeenkomst werd goedgekeurd, kan niet leiden tot het opzijzetten van het verdrag. Daarvoor is namelijk vereist dat de bepalingen in een federale wet zijn vastgelegd. In casu is er echter geen sprake van een goedkeuringswet, maar 'slechts' van een goedkeuringsbesluit. Het BVG ziet ook geen aanknopingspunten om het goedkeuringsbesluit toch als een zodanige wettelijke regeling aan te merken.

4.8 *SteuerAmtshilfeGesetz als zelfstandige grondslag?*

Kan dan de StAhiG een zelfstandige grondslag vormen voor het inwilligen van het onderhavige groepsverzoek? Het BVG overweegt dat:

- art. 1 van de StAhiG zelf uitdrukkelijk stelt dat de wet regels geeft voor de informatie-uitwisseling ter uitvoering van belastingverdragen en andere internationale overeenkomsten;⁴⁸
- het verdrag met Nederland en het bijbehorende protocol groepsverzoeken niet toestaan;⁴⁹
- derhalve sprake is van een uitzondering als bedoeld in art. 1, lid 2, StAhiV ten aanzien van de toelaatbaarheid van groepsverzoeken.⁵⁰

Het BVG concludeert dan ook, niet verrassend, dat de StAhiG het belastingverdrag met Nederland niet opzij kan zetten.

5 *De appelprocedure*

5.1 *Aard van de procedure en voorwaarde voor ontvankelijkheid*

Tegen een arrest op het gebied van internationale ambts-hulp kan binnen tien dagen beroep worden ingesteld bij het Bundesgericht in Lausanne indien sprake is een rechtsvraag van principiële betekenis of als op andere gronden sprake is van een zaak van bijzondere betekenis. Uit het beroepschrift moet blijken waarom aan deze voorwaarde is voldaan.⁵¹ De procedure laat zich het beste vergelijken met ons beroep in cassatie.

De ESTV is tegen de beslissing van het BVG in beroep gekomen en voert als redenen waarom sprake is van een zaak van bijzondere betekenis onder meer aan dat het oordeel in deze zaak niet alleen van belang is voor het groepsverzoek inzake UBS-rekeninghouders, maar ook voor het (zo goed als identieke) Nederlandse groepsverzoek inzake rekeninghouders van Credit Suisse.⁵² Het oordeel van de hoogste rechter is daarom relevant. Verder voert de ESTV aan dat het oordeel van de hoogste rechter van belang is voor de praktijk, omdat er meer zaken bij lagere rechters aanhangig zijn en dit de eerste zaak is over een groepsverzoek na de wijziging van het OESO-Modelverdrag en -commentaar. Volgens de ESTV is de uitkomst van deze zaak daarom mede van principiële belang voor verzoeken die worden gebaseerd op andere door Zwitserland afgesloten belastingverdragen, zoals die met Japan en Finland. Ik ga ervan uit dat hiermee de ESTV een voldoende belang heeft aangevoerd voor een ontvankelijk appel.

5.2 *Mogelijke uitkomsten appelprocedure*

Het BVG heeft in wezen slechts één vraag beantwoord. Dat is de vraag of het belastingverdrag met Nederland de inwilliging van groepsverzoeken toestaat. Het BVG doet dat naar mijn mening uitvoerig en overtuigend. Gelet op de aard van

de appelprocedure kan alleen dit oordeel worden aangevochten. Andere in eerste aanleg aangevoerde grieven zijn buiten de rechtsstrijd. De ESTV zal naar mijn inschatting in de eerste plaats moeten betwisten dat de grammaticale uitleg van het verdrag en het protocol overduidelijk groepsverzoeken uitsluit. De uitleg van de woorden 'in het bijzonder' is daarbij cruciaal. Om daarbij te komen tot de uitleg dat daarmee slechts 'bijvoorbeeld' is bedoeld, lijkt mij meer taalkundige buigzaamheid te vragen dan binnen het normale spraakgebruik passend is. Ook de verdere context en dan vooral de toevoeging 'voor zover bekend' bij de andere aan te leveren gegevens, duidt er naar mijn mening op dat de uitleg van het BVG correct is.

Minder vergezocht lijkt mij de stelling dat de aanvullende overeenkomst de gemeenschappelijke bedoeling van de beide verdragspartners bevat en daarom wel een rol speelt bij de uitleg van het verdrag en het protocol. Zeker wanneer het Bundesgericht een minder statische verdragsinterpretatie zou voorstaan dan het BVG, lijkt dit een punt van overweging.

Hoe dan ook, het Bundesgericht hoeft slechts op één vraag antwoord te geven. Indien het beroep van de ESTV ongegrond wordt verklaard, is de procedure ten einde en staat vast dat groepsverzoeken onder het belastingverdrag tussen Nederland en Zwitserland niet toelaatbaar zijn. Wanneer het Bundesgericht echter beslist dat het beroep van de ESTV gegrond is, en groepsverzoeken onder het verdrag dus wel toelaatbaar acht, dan ligt een terugwijzing naar het BVG in de rede. Ik verwacht dat in geval van terugwijzing het BVG zich in ieder geval alsnog zal moeten buigen over de vraag of sprake is van een fishing expedition.

6 *Enkele afsluitende opmerkingen*

Tot slot volgen in deze paragraaf nog enkele opmerkingen naar aanleiding van deze procedure. Wat kan de impact zijn voor de Nederlandse formele belastingrechtpraktijk?

6.1 *Beroep op de inkeerregeling*

Veel rekeninghouders, en met hen hun adviseurs, zullen zich na de ontvangst van het bericht dat de Belastingdienst het verzoek aan de ESTV had gedaan, hebben afgevraagd of een geslaagd beroep op de inkeerregeling nog mogelijk zou zijn. Daarbij gaat het erom of de belastingplichtige weet of redelijkerwijs moet kunnen vermoeden dat de Belastingdienst hem op het spoor is. Vaststaat in ieder geval dat de Belastingdienst, zolang de ESTV geen gegevens overhandigt, niet beschikt over concrete persoonsgerichte informatie. Van belang is hier het arrest van de Hoge Raad van 2 mei 2001.⁵³ Bij een bv vond een doorzoeking plaats in verband met een beursfraudeonderzoek. De directeur van de bv was daarbij aanwezig en werd ook verhoord. Kort na de doorzoeking meldde de directeur aan de Belastingdienst een verzwegen Zwitserse bankrekening en deed een beroep op de inkeerregeling. De Hoge Raad oordeelde dat dit terecht was. Het hof had vastgesteld dat er een serieuze mogelijkheid bestond dat

de fiscus niet achter het bestaan van de Zwitserse bankrekening zou kunnen komen. Dit hield in dat de directeur objectief gezien niet wist of redelijkerwijs moest vermoeden dat de inspecteur met de onjuistheid van zijn aangiften bekend was of bekend zou worden.

Als we dit arrest toepassen op de UBS-rekeninghouders, gaat het om de vraag of objectief gezien de rekeninghouders door de enkele berichtgeving dat de Belastingdienst een informatieverzoek over UBS-rekeninghouders had ingediend, wisten of redelijkerwijs moesten vermoeden dat de Belastingdienst op de hoogte zou raken van hun onjuiste aangiften inkomstenbelasting. Naar mijn mening dient die vraag ontkennend te worden beantwoord. Immers, tegen de informatieverstrekking kon de rekeninghouder in beroep gaan. Bij een succesvol beroep gaat de informatieverstrekking niet door en blijft ontdekking dus achterwege. Dat een beroep tegen de informatieverstrekking niet bij voorbaat kansloos was, onderstreept de uitspraak van het BVG van 21 maart 2016. Een geslaagd beroep op de inkeerregeling moet dus mogelijk zijn. Naar mijn mening kan de uitkomst van de appelprocedure daar ook niets meer aan veranderen.

6.2 Toelaatbaarheid van de reeds verstrekte gegevens als bewijs

Heeft de uitspraak nog gevolgen voor de bruikbaarheid van de informatie die door de ESTV aan de Belastingdienst al is verstrekt in antwoord op het verzoek? De meeste rekeninghouders die door UBS naar aanleiding van het verzoek zijn aangeschreven, hebben ofwel het instemmingsformulier ondertekend, ofwel niets gedaan. Aldus is de informatie over deze rekeninghouders door de ESTV aan Nederland verstrekt. De Belastingdienst heeft op basis van deze gegevens reeds diverse rekeninghouders aangeschreven.

Duidelijk is dat de Belastingdienst om deze informatie heeft verzocht en de ESTV dit verzoek heeft getoetst en ingewilligd. Kennelijk was zowel de Belastingdienst als de ESTV van mening dat het verzoek voldeed aan de daaraan gestelde voorwaarden. Die beoordeling heeft het BVG nu dus onjuist bevonden. Daardoor is de verstrekking van de gegevens die inmiddels heeft plaatsgevonden onrechtmatig. Mag de Belastingdienst, ondanks die onrechtmatigheid, toch gebruikmaken van die gegevens voor de belastingheffing en de beboeting van de betreffende belastingplichtigen? Over dit vraagstuk alleen kan men al vele pagina's vol schrijven. Dat past echter niet binnen het kader van deze bijdrage. Ik volsta met enkele opmerkingen. De kaders voor de toetsing of strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs voor de fiscale beboeting van belastingplichtigen kan worden gebruikt, worden met name bepaald door de arresten van de Hoge Raad van 1 juli 1992⁵⁴ en 20 maart 2015.⁵⁵ In het arrest uit 1992 besliste de Hoge Raad dat het gebruik van strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs in belastingzaken toelaatbaar is, tenzij dit gebruik zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat dit gebruik ontoelaatbaar moet worden geacht. Dit is daarna het 'zozeer-criterium' gaan heten. In zijn arrest van 20 maart

2015 overwoog de Hoge Raad geen aanleiding te zien dit criterium te verlaten. De conclusie bij dit arrest van A-G Wattel is zeker lezenswaardig te noemen.⁵⁶ In onderdelen 9.6 tot en met 9.11 onderzoekt hij de jurisprudentie met betrekking tot 'bestuursrechtelijk onbevoegdlijk verkregen bewijs'. Het lijkt mij dat de door de ESTV onrechtmatig verstrekte informatie daar nog het dichtst bij de buurt komt. De kanttekening is daarbij op zijn plaats dat de onrechtmatigheid hier ligt besloten in het handelen van de ESTV, mits het Bundesgericht niet alsnog anders beslist. Het onderzoek van Wattel laat zien dat de hoogste bestuursrechters in Nederland het 'zozeer-criterium' eigenlijk allemaal, al dan niet expliciet, ook toepassen op het gebruik van bestuursrechtelijk onbevoegdlijk verkregen bewijs. Ik zie, zeker na het arrest van 20 maart 2015, weinig aanknopingspunten om aan te nemen dat het gebruik van de door de ESTV verstrekte informatie niet langs de lat van het 'zozeer-criterium' zal worden gelegd. De kansen voor belanghebbenden zouden, denk ik, toenemen als zou blijken dat de inhoud van het verzoek door de Belastingdienst misleidend is geweest en die misleiding de ESTV heeft bewogen tot de inwilliging van het verzoek. Hoewel er inhoudelijk best wel wat op de inhoud van het verzoek valt aan te merken,⁵⁷ lijkt mij het onderbouwen van een dergelijke stelling geen sinecure.

6.3 Toekomstige groepsverzoeken

Indien het Bundesgericht de uitspraak van het BVG bekrachtigt, staat daarmee vast dat onder het huidige belastingverdrag tussen Nederland en Zwitserland groepsverzoeken niet mogelijk zijn. Toekomstige groepsverzoeken zijn dan pas mogelijk na een daarop gerichte wijziging van het verdrag. Vanaf 2017 lijken groepsverzoeken ten aanzien van Zwitserse bankrekeninghouders hun belang sowieso te verliezen, omdat Zwitserland dan zal overgaan tot het automatisch uitwisselen van dergelijke gegevens. Er is weinig fantasie voor nodig om te bedenken dat de houders van Zwitserse bankrekeningen al ruim voor die tijd zijn ingekeerd of hun rekeningen hebben leeggehaald en opgeheven. Als het Bundesgericht inderdaad beslist dat groepsverzoeken onder het huidige verdrag niet zijn toegestaan, zal het fenomeen groepsverzoeken in de relatie Nederland-Zwitserland vermoedelijk wel nooit tot volle wasdom komen.

We zullen echter het oordeel van het Bundesgericht moeten afwachten om definitieve conclusies te kunnen trekken. De verwachtingen zijn dat dit oordeel, vanwege de grote belangen, niet lang op zich zal laten wachten. Desalniettemin rechtvaardigt het belang van deze zaak reeds nu een bespreking in *TFR*. De beslissing van het Bundesgericht kan in een volgende aflevering aan de orde komen.

* S.F. van Immerseel is advocaat bij De Bont Advocaten.

1 Bundesverwaltungsgericht 21 maart 2016, nr. A-8400-2015, zie o.a. *NtFR* 2016/974 of de website van het Bundesverwaltungsgericht www.bvger.admin.ch.

2 Zie voor het algemene besluit naar aanleiding van het verzoek o.a. *Bundesblatt* 22 september 2015, nr. 6938, www.admin.ch of *NtFR* 2015/2842.

3 Overigens lijkt de ESTV van mening te zijn dat groepsverzoeken altijd zonder naamvermelding zijn. Naar mijn mening hoeft dat niet zo te zijn.

- 4 Het verzoek gaat ervan uit dat ook in de gevallen waarin UBS met de rekeninghouder was overeengekomen geen post te zenden aan diens woonadres, een dergelijke brief is verzonden. De overeenkomst met en de algemene voorwaarden van UBS bieden de bank de discretionaire bevoegdheid om van de overeenkomst af te wijken en toch brieven aan het bij de bank bekende woonadres te zenden. Naar verluid is dat met de brieven als hier bedoeld ook gebeurd.
- 5 Het verzoek bevat ook een aantal uitzonderingen voor rekeningen waarover de informatie niet hoeft te worden verstrekt. In de uitspraak spelen deze uitzonderingen geen rol. Ik laat ze dan ook verder buiten beschouwing.
- 6 Het huidige belastingverdrag tussen Nederland en Zwitserland is op 26 februari 2010 gesloten en op 9 november 2011 in werking getreden. Het kent een officiële Engelstalige, Franstalige en Nederlandstalige versie. Bij verschillen of onduidelijkheid is de Engelstalige versie doorslaggevend.
- 7 Mutual Agreement regarding the interpretation of subparagraph b) of paragraph XVI of the Protocol to the Convention between de Swiss Confederation and the Kingdom of the Netherlands for the Avoidance of Double Taxation with Respect to Taxes on Income, signed at the Hague on 26 February 2010, nieuwsbericht 9 november 2011, CDV 9 november 2011, NB09112011.
- 8 Art. 1 StAhiG.
- 9 Zie voor een beschrijving van de toenmalige wet: S.F. van Immerseel, 'De Zwitserse wet op internationale rechtshulp in belastingzaken – doorbreking van het Zwitserse bankgeheim?', *TFB* 2013/3, p. 15-20.
- 10 Art. 3, letter c, StAhiG.
- 11 Art. 1 StAhiV.
- 12 Art. 6 StAhiG.
- 13 Art. 7 StAhiG.
- 14 Berichts des Eidgenössischen Finanzdepartements uber Vernehmlassungsergebnisse zum Erlass eines StAhiG.
- 15 Art. 17 StAhiG.
- 16 Art. 15 StAhiG.
- 17 Art. 19, lid 5, StAhiG.
- 18 Art. 19, lid 3, StAhiG.
- 19 Art. 26 verdrag; art. XVI, letter b, sub i, protocol.
- 20 In het bijzonder het bepaalde in de derde alinea van de overeenkomst.
- 21 Dus ook niet-ingezetenen.
- 22 Art. XVI, letter c.
- 23 Derde alinea.
- 24 Art. 7 StAhiG.
- 25 Art. 2, lid 1, StAhiG.
- 26 Art. 3, letter c, StAhiG, art. 2, lid 1, letter a, StAhiV.
- 27 Waarbij nog niet is gezegd dat de betrokkenen de brief ook werkelijk hebben ontvangen.
- 28 Ook kan worden betwijfeld of een brief van een commerciële partij, gebaseerd op diens vermoeden over de compliance van betrokkenen, überhaupt als grondslag voor een informatieverzoek kan dienen.
- 29 R.o. 2.1.1 tot en met 2.1.3.
- 30 Dit verdrag is voor Zwitserland overigens pas vanaf 6 juni 1990 van kracht.
- 31 R.o. 2.1.4.
- 32 R.o. 2.2.
- 33 R.o. 5.
- 34 Art. 3, letter c, StAhiG.
- 35 R.o. 6.1.
- 36 R.o. 6.2.
- 37 R.o. 6.2.2 tot en met 6.3.
- 38 R.o. 6.3.1.1.
- 39 Vergadering van de Nationale Raad van 13 april 2011, AmtlBull NR 2011 N. 713, waarin tien belastingverdragen en wijzigingsprotocollen met een informatie-uitwisselingsartikel overeenkomstig art. 26 OESO-Modelverdrag, werden behandeld. Daarvan bevatten de verdragen/protocollen met Duitsland, India, Canada, Nederland, Polen en Turkije interpretatievoorschriften voor de uitleg van de vereisten aan een informatieverzoek.
- 40 Persbericht van het Eidgenössischen Finanzdepartement van 15 februari 2011, te vinden op www.efd.admin.ch.
- 41 R.o. 6.3.1.2 tot en met 6.3.1.6.
- 42 R.o. 6.3.1.4.
- 43 R.o. 6.3.2.
- 44 www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information, update to article 26, 5.2.
- 45 R.o. 6.4.
- 46 Met name de vraag of het commentaar van 17 juli 2012 als verduidelijking of als uitbreiding, c.q. wijziging, heeft te gelden.
- 47 R.o. 7 en 8.
- 48 R.o. 8.2 en 8.2.3.
- 49 R.o. 8.2.4, het BVG zegt zelfs dat het protocol rechtshulp bij groepsverzoeken 'verbiedt'.
- 50 R.o. 8.2.5.
- 51 Art. 82, 83, 84, lid 2, 84a, 90 en 100 BundesGerichtsGesetz.
- 52 Zie voor het algemene besluit naar aanleiding van het verzoek o.a. *Bundesblatt* 15 maart 2016, nr. 1678, www.admin.ch.
- 53 HR 2 mei 2001, nr. 36.199, *NTFR* 2001/694.
- 54 HR 1 juli 1992, nr. 26.331, *BNB* 1992/306.

- 55 HR 20 maart 2015, nr. 13/03959, *NTFR* 2015/1178.
- 56 Conclusie van 28 mei 2014, nr. 13.03959, *NTFR* 2014/1871.
- 57 Zie par. 4.5 van dit artikel.