

Vergaderjaar 2003–2004

29 215 (R 1742)**Verdrag tussen de Regering van het Koninkrijk der Nederlanden, ten behoeve van de Nederlandse Antillen, en de Regering van de Verenigde Staten van Amerika inzake de uitwisseling van gegevens met betrekking tot belastingen; Washington, 17 april 2002****Nr. 2****ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT**

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 9 december 2002 en het nader rapport d.d. 16 juni 2003, aangeboden aan de Koningin door de minister van Buitenlandse Zaken. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 17 september 2002, no.02.004288, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Buitenlandse Zaken, bij de Raad van State van het Koninkrijk ter overweging aanhangig gemaakt het Verdrag tussen de Regering van het Koninkrijk der Nederlanden, ten behoeve van de Nederlandse Antillen, en de Regering van de Verenigde Staten van Amerika inzake de uitwisseling van gegevens met betrekking tot belastingen; Washington, 17 april 2002 (Trb.2002, 102), met toelichtende nota.

Blijkens de toelichtende nota maakt dit verdrag, dat binnen het Koninkrijk alleen zal gelden voor de Nederlandse Antillen, deel uit van een reeks verdragen die de Verenigde Staten hebben gesloten met een aantal landen in het Caraïbisch gebied, met als doel witwaspraktijken en belastingontduiking tegen te gaan. Vanwege het grensoverschrijdend karakter van witwaspraktijken is internationale samenwerking een vereiste voor een effectieve aanpak. Naast bilaterale afspraken zoals het onderhavige verdrag is er daarom ook een aantal multilaterale initiatieven totstandgekomen, waaronder het Verdrag inzake wederzijdse administratieve bijstand in belastingzaken van de Raad van Europa en de OESO (Straatsburg, 25 januari 1988) (hierna: het WABB-verdrag).¹

De Raad van State van het Koninkrijk plaatst daarbij de volgende kanttekeningen.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 17 september 2002, nr. 02.004288, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State van het Koninkrijk zijn advies inzake het bovenvermelde verdrag rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 9 december 2002, nr. W02.02 0399/II/K, bied ik U hierbij aan.

1. De belangrijkste verplichting die dit verdrag met zich brengt is die tot het verschaffen van informatie van de partijen over en weer (artikel 4). De aangezochte staat is feitelijk verplicht om op zo'n verzoek in te gaan en alle maatregelen te nemen die nodig zijn om achter de gevraagde gegevens te komen.² Deze verplichting geldt niet voorzover daardoor strijd zou ontstaan met – kort gezegd – de nationale regelgeving van de aangezochte staat of de daar heersende bestuurspraktijk, voorzover het gaat om gevoelige bedrijfsinformatie of informatie waarvan verstrekking strijdig zou zijn met overheids-

¹ Goedgekeurd voor het hele Koninkrijk bij Rijkswet van 26 juni 1996, Stb.1996: 382; geratificeerd door zowel Nederland als de Verenigde Staten.

² Zie artikel 4, in het bijzonder tweede, derde en vijfde lid.

beleid, of wanneer informatie wordt gevraagd ten behoeve van een regeling die discriminerend werkt ten opzichte van onderdanen van de aangezochte staat (artikel 4, vierde lid).

Op deze beperking van de informatieplicht bestaan echter weer twee uitzonderingen; in deze gevallen moet de door de verzoekende staat gevraagde informatie derhalve worden verstrekt, ook als daarmee strijd met nationale regelgeving (of één van de andere genoemde gronden) zou ontstaan. Het gaat om het geval dat gegevens worden gevraagd die berusten bij «financial institutions, nominees or persons acting in agency or fiduciary capacity», en het geval dat wordt gevraagd om gegevens met betrekking tot eigendomsbelangen in een rechtspersoon. Samengevat komt deze regeling er dus op neer dat de beoordeling of informatie die valt onder deze categorieën kan worden verstrekt of niet wordt onttrokken aan de nationale regelgeving. De zinsnede «financial institutions, nominees or persons acting in agency or fiduciary capacity» wordt in de toelichtende nota weergegeven als «financiële instellingen, gevolmachtigden, zaakwaarnemers en agenten». Advocaten en bijvoorbeeld notarissen lijken hier buiten te vallen, maar dat maakt de beperking in de volgende zin («not including information that would reveal confidential communications between a client and an attorney, solicitor or other legal representative where the client seeks legal advice») moeilijk te begrijpen.

Om onduidelijkheden te vermijden adviseert de Raad in de toelichtende nota aan te geven of deze inlichtingenplicht ook geldt voor beroepsgroepen waarvoor naar nationaal recht bijzondere regels gelden met betrekking tot de onder hen rustende gegevens, zoals advocaten en notarissen.

1. Gelet op het advies van de Raad van State van het Koninkrijk is de toelichting op het vierde lid van artikel 4 uitgebreid.

2. Enkele verdragsbepalingen zullen wijziging van nationale regelgeving noodzakelijk maken. De toelichtende nota noemt als voorbeeld de (door het verdrag in artikel 4, derde lid, onder c en d geëiste) mogelijkheid van aanwezigheid van buitenlandse ambtenaren, advocaten en eventuele anderen bij het verhoren van personen die inlichtingen kunnen verschaffen.¹ Andere voorbeelden zouden kunnen betreffen de mogelijkheid tot het horen onder ede van iedereen die informatie zou kunnen hebben (artikel 4, tweede lid, onder a, en derde lid, onder b), en het feit dat informatie door de aangezochte staat moet worden verstrekt «through its competent authority», dat wil zeggen: door tussenkomst van de Minister van Financiën of een door deze aangewezen persoon (artikel 4, vierde lid, onder f). Niet alle informatie die onder de werkingssfeer van het verdrag valt zal immers direct beschikbaar zijn voor deze minister.

De Raad acht het raadzaam dat in de toelichtende nota dieper wordt ingegaan op de aanpassingen van Antilliaanse regelgeving die dit verdrag vergt, zodat daarmee rekening kan worden gehouden bij het bepalen van het tijdstip van inwerkingtreding. Wanneer op het moment dat het verdrag in werking treedt de benodigde wijzigingen intern nog niet zijn doorgevoerd, zou er een discrepantie kunnen ontstaan tussen de volkenrechtelijke verplichtingen van het Koninkrijk en de mogelijkheid om daaraan, volgens nationaal recht, te voldoen. Dat moet uiteraard worden voorkomen.

2. Zoals geadviseerd door de Raad wordt in de toelichting op artikel 7 betreffende de aanpassingen van de Nederlands-Antilliaanse regelgeving een voorbeeld gegeven. Daarbij wordt ook vermeld dat het verdrag niet in werking zal treden, zolang de aanpassingen nog niet zijn voltooid.

3. Met betrekking tot de aanwezigheid van buitenlandse functionarissen en andere personen (zie hiervoor onder 2) moet erop worden gewezen dat zij ook het recht hebben vragen te stellen (rechtsreeks of indirect). Daarnaast mag de bevoegde autoriteit van de verzoekende staat schriftelijke vragen stellen, waarop de betrokkene verplicht is te antwoorden («is to respond»). Deze uitoefening van bevoegdheden door buitenlanders roept vragen op omtrent de rechtsbescherming van degene van wie inlichtingen worden verlangd. Voorschriften die van toepassing zijn op het optreden van nationale overheidsfunctionarissen in dergelijke situaties, en mogelijkheden om tegen zulk optreden op te komen, zijn niet noodzakelijkerwijs van toepassing op het

¹ Toelichtende nota, bladzijde 2, laatste zin.

optreden van de in artikel 4, derde lid, onder c en d of onder i, bedoelde personen. De Raad is van mening dat de toelichtende nota aandacht zou moeten besteden aan de positie van houders van inlichtingen bij de uitoefening van bevoegdheden door de personen bedoeld in artikel 4, derde lid, onder c en d en onder i.

3. Aan de toelichting op het derde lid van artikel 4 is conform het advies van de Raad een extra passage toegevoegd.

4. Situaties waarin personen kunnen worden verplicht tot het verschaffen van informatie die mogelijk voor henzelf belastend zal blijken te zijn – een situatie die zich onder dit verdrag kan voordoen – kunnen bezwaarlijk zijn tegen de achtergrond van de regel dat niemand hoeft mee te werken aan zijn eigen veroordeling. Deze regel is vervat in artikel 6, eerste lid, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Voor het onderhavige verdrag is daarbij van belang dat het, anders dan bijvoorbeeld het WABB-verdrag en de Wet op de internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen (Wibb),¹ geen bepaling bevat die het de aangezochte staat mogelijk maakt te bepalen dat de verstrekte gegevens niet mogen worden gebruikt in een strafproces.

De Raad beveelt aan om in de toelichtende nota aandacht te schenken aan de verhouding tussen de plicht die het verdrag meebrengt voor personen tot het verschaffen van inlichtingen en het verlenen van inzage in gegevensdragers, en de waarborgen die op grond van het EVRM gelden voor verdachten en derden.

4. Het tweede lid van artikel 4 is naar aanleiding van het advies van de Raad uitgebreid met een passage over het EVRM.

5. Het hiervoor genoemde WABB-verdrag is door de Verenigde Staten en door het Koninkrijk der Nederlanden geratificeerd. Het Koninkrijk heeft verklaard dit laatste verdrag voor wat de Antillen betreft alleen te zullen toepassen in betrekkingen met landen waarmee een verdrag is gesloten ter voorkoming van dubbele belastingheffing; met de Verenigde Staten is zo'n «dubbele-belasting»-verdrag gesloten², maar blijkens de toelichtende nota bij het onderhavige verdrag is het dubbele-belastingverdrag nooit in werking getreden wegens problemen van wetgevende aard in de Verenigde Staten. Wanneer dat verdrag echter alsnog in werking zou treden zou de situatie kunnen ontstaan dat de regimes van het WABB-verdrag en van het onderhavige verdrag gelijktijdig van toepassing zijn, wat, gezien de verschillen tussen beide regelingen, tot problemen zou kunnen leiden. Een voorbeeld is de hiervoor genoemde bepaling in het WABB-verdrag dat een aangezochte partij bezwaar kan maken tegen het gebruik van verstrekte informatie in strafzaken (artikel 4, tweede lid), en de bepaling die het mogelijk maakt dat een aangezochte staat de personen op wie de inlichtingen betrekking hebben van het verzoek in kennis stelt (artikel 4, derde lid).

De Raad adviseert aan deze mogelijkheid van samenloop aandacht te schenken in de toelichtende nota, en aan te geven hoe hiermee in voorkomende gevallen zal worden omgegaan.

5. Aan het advies van de Raad van State van het Koninkrijk om in de toelichtende nota eveneens aandacht te schenken aan de mogelijkheid van samenloop van het WABB-verdrag en het in 1986 ten behoeve van de Nederlandse Antillen gesloten verdrag met de Verenigde Staten ter voorkoming van dubbele belasting is geen gevolg gegeven. Aangezien de Nederlandse Antillen in onderhandeling zijn met de Verenigde Staten over een nieuw belastingverdrag, lijkt een inwerkingtreding van het verdrag van 1986 niet voor de hand te liggen. Overigens, bij de onderhandelingen over het nieuwe belastingverdrag zal ook aandacht worden besteed aan de situatie dat het WABB-verdrag en het nieuwe belastingverdrag gelijktijdig van toepassing zullen zijn.

6a. Uit de toelichtende nota blijkt niet of de verplichting tot het verschaffen van gegevens met zich brengt, dat de aangezochte staat stukken, documenten en zaken, die zijn onderzocht, ook dient over te dragen aan de verzoekende staat.

¹ Artikel 4, tweede lid, WABB-verdrag; artikel 15, derde lid, Wibb.

² Trb.1986, 169.

Het verdrag lijkt die verplichting wel in te houden. Ingevolge artikel 4, derde lid moet de aangezochte staat de «information» waarom is verzocht verschaffen en onder «information» wordt onder meer verstaan: «documents, records or tangible property of a person or Contracting State» (artikel 3, eerste lid, onder f).

b. Indien het verdrag inderdaad een verplichting tot overdracht met zich brengt, ontbreekt een bepaling omtrent de teruggave van de overgedragen documenten of voorwerpen. Een dergelijke bepaling is wel gebruikelijk. Zie bijvoorbeeld:

- het Verdrag Nederland – Verenigde Staten van Amerika aangaande wederzijdse rechtshulp in strafzaken; 's-Gravenhage, 12 juni 1981 (Trb.1981, 188). Artikel 16 van dat verdrag houdt in de verplichting voor de verzoekende staat om alle verstrekte stukken, documenten of zaken, zo snel mogelijk terug te zenden aan de aangezochte staat.*
- het Uitleveringsverdrag Nederland – Verenigde Staten van Amerika; 's-Gravenhage, 24 juni 1980 (Trb.1980, 111). Artikel 17, tweede lid, van dat verdrag houdt in, dat de aangezochte staat als voorwaarde voor de overdracht van bewijsstukken kan verlangen dat de verzoekende staat genoegzame verzekering tot teruggave geeft.*

Om moeilijkheden bij de uitvoering van het verdrag te voorkomen, adviseert de Raad in de toelichtende nota aandacht te schenken aan de overdracht van stukken, documenten en voorwerpen en de teruggave daarvan.

6. Naar aanleiding van het advies van de Raad is de toelichting op het eerste lid van artikel 4 met een extra passage uitgebreid.

7. Voor redactionele kanttekeningen verwijst het college naar de bij het advies behorende bijlage.

7. Aan de redactionele kanttekeningen van de Raad is gevolg gegeven.

De Raad van State van het Koninkrijk geeft U in overweging goed te vinden dat bedoeld Verdrag wordt overgelegd aan de beide Kamers der Staten-Generaal en aan de Staten van de Nederlandse Antillen, nadat aan het vorenstaande aandacht zal zijn geschonken.

*De Vice-President van de Raad van State van het Koninkrijk,
H.D. Tjeenk Willink*

Ik moge U verzoeken mij te machtigen gevolg te geven aan mijn voornemen het verdrag vergezeld van de gewijzigde toelichtende nota ter stilzwijgende goedkeuring over te leggen aan de Eerste Kamer en aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal en tevens over te leggen aan Staten van de Nederlandse Antillen.

De Minister van Buitenlandse Zaken,
J. G. de Hoop Scheffer

Bijlage bij het advies van de Raad van State van het Koninkrijk van 9 december 2002, no.W02.02.0399/II/K, met redactionele kanttekeningen die de Raad in overweging geeft.

- In de toelichtende nota, deel I (Inleiding), derde regel van onder, het woord «dubbele» schrappen.
- In de toelichting bij artikel 3 «een Nederlandse onderdaan en een ingezetene van de Nederlandse Antillen» vervangen door: Nederlandse onderdanen en ingezetenen van de Nederlandse Antillen.
- In de toelichting bij het zesde lid van artikel 4 «het land» vervangen door: de staat.