

VICE-PRESIDENT

De Minister van Economische Zaken,
mr. L.J. Brinkhorst
Postbus 20101
2500 EC 'S-GRAVENHAGE

Ons nummer: W10.04.0489/II

Betreft: Uw brief van 6 oktober 2004

Leer gemaak met Brinkhorst,

Bij Uw bovenvermelde brief hebt U een verzoek gedaan overeenkomstig artikel 18, tweede lid, van de Wet op de Raad van State.

Thans heeft afdeling II de beraadslagingen afgesloten en haar reactie op Uw verzoek vastgesteld. Mede namens de voorzitter van de afdeling doe ik U hierbij deze reactie toekomen.

met vriendelijke groet

ts. Gerard Wubbink

Bijlage bij de brief van de Vice-President van de Raad van State van 21 oktober 2004.

Bij brief van 6 oktober 2004, kenmerk WJZ 4063376, heeft de Minister van Economische Zaken afdeling II van de Raad van State verzocht hem van voorlichting te dienen inzake de verhouding tussen artikel 55 Algemene wet inzake rijksbelastingen en artikel 90 Mededingingswet.

De achtergrond van dit verzoek is een verschil van inzicht over de verhouding tussen de geheimhoudingsplicht in de Mededingingswet (Mw) en de informatieverplichtingen in de Algemene wet inzake rijksbelastingen (Awr) ten aanzien van gegevens over (bouw)bedrijven die bij de Nederlandse mededingingsautoriteit (Nma) voorhanden zijn. In een op 29 juni 2004 door de Tweede Kamer der Staten-Generaal aangenomen motie is aangedrongen op een analyse van de onderlinge verhouding van de Mw en de Awr en werd verzocht om, zonder afbreuk te doen aan de ratio van de Mw, indien nodig, de wet zodanig aan te passen dat gegevensuitwisseling tussen de Nma en de Belastingdienst wordt vergemakkelijkt. In een brief van 1 oktober 2004 aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal kondigt de Minister van Economische Zaken een nadere analyse aan. Ten behoeve van die analyse acht het kabinet het van belang het oordeel van de Raad van State te vernemen.

Het gaat om de volgende vragen:

1. Hoe dient de verhouding tussen artikel 55 Awr en artikel 90 Mw juridisch te worden geduid, mede gegeven de wetsgeschiedenis van die artikelen?
2. Welke gevolgen brengt het antwoord op vraag 1 met zich voor het al dan niet verplicht verstrekken van informatie door de Nma aan de Belastingdienst?
3. In hoeverre wordt het antwoord op vraag 1 beïnvloed door artikel 28 van Verordening nr. 1/2003 van de Raad van de Europese Unie van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag (PbEG L 1/1)?
4. Acht de Raad van State, mede gelet op het antwoord op vraag 1 en met inachtneming van het belang van een effectieve uitvoering en toepassing van de respectieve wetten (inclusief de zogenaamde richtsnoeren clementietoezegging van de Nma), een aanpassing van artikel 91 Mw teneinde de verstrekking van gegevens door de Nma aan de Belastingdienst mogelijk te maken, een juridisch eenduidige oplossing?

1. Hoe dient de verhouding tussen artikel 55 Awr en artikel 90 Mw juridisch te worden geduid, mede gegeven de wetsgeschiedenis van die artikelen?

1.1. De Mw bevat in de artikelen 90 en 91 een strikt stelsel van geheimhouding. Deze bepalingen komen er op neer dat gegevens alleen mogen worden gebruikt voor de toepassing van de Mw en dat de Nma daarnaast uitsluitend gegevens verstrekt aan buitenlandse mededingingsinstellingen en aan bestuursorganen die zijn belast met taken die de mededinging betreffen. De achtergrond

van dit stelsel inzake geheimhouding is, zo blijkt uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor de Mededingingswet, gelegen in de omstandigheid dat de Nma bij de toepassing van de wettelijke voorschriften kennis krijgt van vertrouwelijk bedrijfsgeheimen, zoals financiële gegevens en gegevens over toekomstige strategie en fabricagegegevens. Wat betreft het verstrekken van gegevens ten behoeve van andere taken dan mededingingsrechtelijke wordt in de memorie van toelichting vermeld, dat zoveel mogelijk moet worden voorkomen dat voor de toepassing van de Mw verstrekte gegevens bekend worden bij ambtenaren die belast zijn met andere taken, omdat ondernemingen om die reden terughoudend kunnen worden met het verstrekken van gegevens aan de Nma. Overigens laat de geheimhoudingsverplichting in de Mw specifieke aangifteverplichtingen in het kader van het Wetboek van Strafvordering onverlet.

1.2. Artikel 55, eerste lid, Awr verplicht – kort gezegd – alle overheidsinstanties om (kosteloos) alle gegevens en inlichtingen te verschaffen die door de inspecteur ter uitvoering van de belastingwet worden gevraagd. Het tweede lid maakt het mogelijk dat de Minister van Financiën, op schriftelijk verzoek, ontheffing geeft van deze verplichting.

Artikel 55 Awr is in de tachtiger jaren ingevoerd naar aanleiding van problemen met renseignering door andere overheidsinstanties aan de rijksbelastingdienst.¹ Bij de totstandkoming van deze bepaling is uitdrukkelijk overwogen dat deze bepaling een specifieke verplichting oplegt voor het verstrekken van informatie ten behoeve van de belastingheffing, welke verplichting geheimhoudingsbepalingen in andere wetten doorbreekt.² Dit is nadien bevestigd voor de verhouding tussen artikel 55 Awr en de Wet politieregisters.³

1.3. Gelet op het voorgaande concludeert de afdeling dat bij de totstandkoming van artikel 55 Awr uitdrukkelijk is overwogen dat de daarin opgenomen verplichting specifieke geheimhoudingsverplichtingen van eerdere en latere datum doorbreekt, tenzij daarvan in de specifieke wet uitdrukkelijk wordt afgeweken. Bij de totstandkoming van de Mw (in werking getreden met ingang van 1 januari 1998) is dat laatste niet gebeurd. Wetssystematische interpretatie leidt de afdeling dan ook tot het oordeel dat er onvoldoende argumenten zijn voor de stelling dat de verplichting van artikel 55, eerste lid, Awr door artikel 90 Mw opzij wordt gezet. Dat betekent dat de Nma verplicht is gegevens te verstrekken, tenzij op grond van artikel 55, tweede lid, Awr een ontheffing wordt verleend.

2. *Welke gevolgen brengt het antwoord op vraag 1 met zich voor het al dan niet verplicht verstrekken van informatie door de Nma aan de Belastingdienst?*

2.1. Bij de totstandkoming van artikel 55 Awr is onderkend dat de verplichting van het eerste lid onder omstandigheden problemen kan opleveren. Daarbij zijn situaties als die, welke zich thans voordoet reeds eerder onder ogen gezien: "De

¹ Nadien heeft een algehele herziening van het stelsel van informatieverplichtingen plaatsgehad, waarbij het toenmalige artikel 56 Awr is vernummerd tot artikel 55 Awr, zonder overigens wezenlijk te zijn gewijzigd.

² Kamerstukken II 1985/86, 19 393, nr. 5, blz. 9; Kamerstukken II 1990/91, 21 287, nr. 5, blz. 9.

³ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 12 april 1996, Kamerstukken II 1995/96, 23 470, nr. 14.

situatie zou zich namelijk kunnen voordoen dat een overheidsinstelling voor de uitvoering van haar beleid bedrijfsgegevens van ondernemers nodig heeft en deze ondernemers geen medewerking willen verlenen omdat zij rekening houden met de mogelijkheid dat te verstrekken bedrijfsgegevens via de betrokken overheidsinstelling bij de fiscus terecht komen.”⁴

Mede met het oog hierop is voorzien in de ontheffingsmogelijkheid van het tweede lid. Ook is gesteld dat mocht zich een tegenstelling tussen een geheimhoudingsplicht van een (semi-)overheidsorgaan in een niet-fiscaal rechtsgebied en een verplichting tot informatieverstrekking op het fiscale terrein voordoen, deze tegenstelling niet wordt opgelost op basis van een regel dat later totstandgekomen specifieke wetgeving prevaleert, doch in onderling overleg een oplossing zal moeten worden gevonden.⁵ Artikel 55, tweede lid, Awr voorziet in een ontheffingsbevoegdheid voor de Minister van Financiën op schriftelijk verzoek, bijvoorbeeld van het desbetreffende overheidsorgaan. Indien een ander ministerie betrokken is, brengt een redelijke toepassing van dit artikel mee dat deze ontheffingsbevoegdheid aldus wordt toegepast, dat de Minister van Financiën bij een geschil in collegiaal overleg treedt met de betrokken minister en, zo dit niet tot bevredigend resultaat leidt, de kwestie voorlegt aan de ministerraad.⁶ Aldus is een adequate belangenafweging verzekerd.

2.2. Gelet op het voorgaande concludeert de afdeling dat de toepasselijkheid van artikel 55 Awr niet met zich brengt dat de Nma ook bij betwisting zonder meer verplicht is om de desbetreffende gegevens te verstrekken. De toepassing van artikel 55, tweede lid, Awr brengt mee dat de Minister van Financiën in collegiaal overleg treedt over het verlenen van een ontheffing op grond van dat artikellid, en zo dit niet tot bevredigend resultaat leidt, de kwestie voorlegt aan de ministerraad, die daarover dan een beslissing neemt.

3. *In hoeverre wordt het antwoord op vraag 1 beïnvloed door artikel 28 van Verordening nr. 1/2003 van de Raad van de Europese Unie van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag (PbEG L 1/1)?*

3.1. In verordening 1/2003 is aan de nationale mededingingsautoriteiten een aantal taken toebedeeld ten aanzien van het Europese mededingingsrecht. De nationale mededingingsautoriteiten treden daarbij op als decentrale uitvoeringsinstanties van het Europese mededingingstoezicht in een gezamenlijk netwerk, tezamen met de Europese Commissie. In dat kader is voorzien in gegevensuitwisseling tussen de Europese Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten en tussen de nationale mededingingsautoriteiten onderling. Artikel 28 van verordening 1/2003 heeft onder andere tot gevolg dat gegevens waarover een

⁴ Kamerstukken II 1985/86, 19 393, nr. 5, blz. 7.

⁵ Kamerstukken II 1990/91, 21 287, nr. 5, blz. 4 en 5.

⁶ Bij de oorspronkelijke opzet van artikel 55, tweede lid, was een dergelijke regeling voorzien op basis van een algemene maatregel van bestuur (zie hierover Kamerstukken II 1985/86, 19 393, nr. 5, blz. 8). Bij amendement is de formulering van het tweede lid gewijzigd waardoor de verwijzing naar de beoogde algemene maatregel van bestuur is vervallen en de ontheffingsbevoegdheid in de wet is opgenomen (Kamerstukken II 1986/87, 19 393, nr. 12).

nationale mededingingsautoriteit in het kader van die verordening beschikt, niet openbaar mogen worden gemaakt en slechts mogen worden gebruikt overeenkomstig het doel waarvoor zij zijn ingewonnen. Het gaat hierbij om een "collectief beroepsgeheim" dat voor alle leden van dit netwerk geldt. Dit laat overigens onverlet dat de verordening in artikel 15 gegevensverstrekking aan nationale rechterlijke instanties regelt.

3.2. Nu verordening 1/2003 niet voorziet in de mogelijkheid van gegevensverstrekking voor andere doeleinden dan waarvoor zij zijn ingewonnen, kunnen de verplichtingen uit hoofde van artikel 55, eerste lid, Awr niet worden ingeroepen in geval artikel 28 van de verordening toepassing vindt.

3.3. Ingevolge de Wet modernisering EG-mededingingsrecht⁷ beperkt de Mw zelf de toepassing van artikel 90 Mw tot die gevallen waarin verordening 1/2003 niet van toepassing is. Dat dwingt dan ook om een scherpe afbakening tussen de toepasselijkheid van de Nederlandse, dan wel de Europese geheimhoudingsregels te hanteren. De toepassing van de Nederlandse regels inzake gegevensverstrekking mogen de uit verordening 1/2003 voortvloeiende geheimhoudingsregels immers niet doorkruisen. In de praktijk zal het echter niet altijd eenvoudig, en wellicht soms onmogelijk te bepalen zijn in hoeverre op gegevens waarover de Nma beschikt, artikel 90 Mw van toepassing is, dan wel artikel 28 van verordening 1/2003. Bij twijfel dienen de Europese regels te prevaleren. Deze afbakeningsproblemen kunnen een reden vormen ook de eigen nationale regels inzake gegevensverstrekking en geheimhouding, en de toepassing daarvan op de Europese regels te doen aansluiten. Voor het laatste, de toepassing, biedt artikel 55, tweede lid, thans al de juridische mogelijkheid.

4. *Acht de Raad van State, mede gelet op het antwoord op vraag 1 en met inachtneming van het belang van een effectieve uitvoering en toepassing van de respectieve wetten (inclusief de zogenaamde richtsnoeren clementietoezegging van de Nma), een aanpassing van artikel 91 Mw teneinde de verstrekking van gegevens door de Nma aan de Belastingdienst mogelijk te maken, een juridisch eenduidige oplossing?*

4.1. Zoals hiervoor in punt 1 reeds is besproken, is de afdeling van oordeel, dat artikel 90 Mw niet in de weg staat aan de toepassing van artikel 55, eerste lid, Awr. Artikel 55, tweede lid, Awr biedt de mogelijkheid van een ontheffing van deze verplichting. Er bestaat dan ook geen *juridische* noodzaak om in artikel 91 Mw een voorziening te treffen die het mogelijk maakt gegevens aan de Belastingdienst te verstrekken. Het stelsel van artikel 55 Awr biedt voldoende mogelijkheid om tot een verantwoorde belangenafweging te komen.

4.2. Bij de beoordeling in het kader van artikel 55, tweede lid, Awr van de vraag of al dan niet ontheffing moet worden verleend terzake van gegevens waarover de Nma beschikt, dienen tegen elkaar te worden afgewogen:

⁷ Stb. 2004, 345, in werking getreden 1 augustus 2004 (Stb. 2004, 346).

— enerzijds het belang van gegevensvergaring door de Belastingdienst om tot een juiste belastingheffing te komen, waarbij niet alleen aannemelijk moet zijn dat de te verstrekken gegevens fiscale relevantie hebben, maar ook de noodzaak van toepassing van artikel 55, eerste lid, Awr wordt afgezet tegen de (andere) bevoegdheden die de Belastingdienst zelf heeft ten aanzien van de desbetreffende ondernemingen. De Belastingdienst beschikt in het kader van de fiscale informatie- en administratieverplichtingen immers over de nodige bevoegdheden om de relevante gegevens op te vragen bij de desbetreffende ondernemingen en bij andere administratieplichtigen; zo nodig kan daarenboven gebruik worden gemaakt van de mogelijkheid belastingaanslagen vast te stellen met omkering van de bewijslast (artikelen 25, zesde lid, en 27e Awr) en kan eventueel een bestuurlijke boete worden opgelegd of strafvervolgning plaatsvinden;

— anderzijds het belang van de effectiviteit van het mededingingstoezicht door de Nma en de plicht om te voorkomen, dat de uit verordening 1/2003 voortvloeiende geheimhoudingsregels worden doorkruist. In punt 1 is reeds aan de orde geweest, dat het door de Nma verstrekken van gegevens aan andere bestuursorganen tot gevolg kan hebben dat ondernemingen om die reden terughoudend worden met het verstrekken van gegevens aan de Nma. Ook de effectiviteit van de toepassing van de Richtsnoeren Clementietoezegging is mede afhankelijk van de mate waarin gegevens die met toepassing van die regeling worden verstrekt aan de Nma, door de Nma aan andere bestuursorganen (moeten) worden verstrekt. In het verlengde daarvan kunnen ook de regels inzake gegevensverstrekking door de Belastingdienst aan andere overheidsinstanties, in het bijzonder de regels in hoofdstuk 6 van het Voorschrift informatieverstrekking 1993 een rol spelen.

Gelet op de grote belangen die naast het algemene belang van de belastingheffing voor de verschillende betrokkenen in het spel zijn, in het bijzonder het belang van een goed functionerend mededingingstoezicht en het vertrouwen dat de onder dat toezicht gestelde ondernemingen kunnen hebben over het gebruik van gegevens, is de afdeling van oordeel dat het wenselijk is, dat vooraf zoveel mogelijk duidelijkheid wordt verschaft over de wijze waarop in mededingingszaken inhoud zal worden gegeven aan de ontheffingsregeling van artikel 55, tweede lid, Awr, bijvoorbeeld in de vorm van een convenant tussen de Nma en de Belastingdienst waarin vooraf algemene afspraken worden gemaakt over de toepassing van die ontheffingsregeling.

