

---

## Wat is nog de waarde van het recht op privacy?

### Gegevensuitwisseling met VS

Fiscale actualiteit nr. 2016/10, pag. 8-10

Nu de belastingadministraties van bijna alle landen steeds meer gegevens uitwisselen, lijkt de privacy erbij in te schieten. Het Mensenrechtenhof heeft al laten verstaan dat het recht op privacy in zo'n geval moet wijken voor hogere belangen. Maar een recent arrest van het Hof van Justitie biedt toch hoop. Het stelt vragen bij gegevensuitwisseling met de VS omdat die het niet altijd even nauw nemen met de privacy, o.m. gelet op de onthullingen van Snowden over de praktijken van de NSA. Als het land dat de inlichtingen ontvangt, onvoldoende waarborgen biedt, kan het andere land weigeren de inlichtingen door te geven. Komt de gegevensuitwisseling met de VS daardoor op de helling te staan?

### *One small step for the USA, one giant leap for the rest of the world*

De automatische gegevensuitwisseling in directe belastingen heeft de afgelopen jaren aanzienlijk aan belang gewonnen op het internationale toneel. Het waren de VS die met FATCA het vuur aan de lont hebben gestoken. FATCA verplicht buitenlandse financiële instellingen om elk jaar bepaalde gegevens over Amerikaanse belastingplichtigen te rapporteren aan de Amerikaanse fiscus (zie ook *Fisc. Act. 2014, 22/1*). De toepassing van FATCA is over het grootste deel van de wereld tot stand gekomen door intergouvernementele akkoorden af te sluiten met de VS. Die akkoorden regelen de rapportering aan de nationale overheid van bank- en fiscale gegevens door financiële instellingen en de daaropvolgende uitwisseling tussen het betrokken land en de VS (zie ook N. Diepvens en F. Debelva in *Intertax 2015.4*).

Gelet op het bilaterale karakter van het VS-initiatief kon een internationale en Europese demarche niet lang uitblijven. De 'internationale FATCA', ontwikkeld door de OESO, en de 'Europese FATCA' zagen al snel het daglicht (zie *Fisc. Act. 2015, 2/1*), en zullen de wereldwijde automatische gegevensuitwisseling van financiële gegevens op kruissnelheid brengen in 2017 (m.b.t. informatie uit 2016).

Het aantal instrumenten voor (automatische) gegevensuitwisseling inzake belastingen is de afgelopen jaren geëxplodeerd, waardoor ook de rechtsbescherming van de belastingplichtige enkele 'rake klappen' heeft gekregen. Onder druk van de VS heeft Zwitserland zijn lang gekoesterde internationale bankgeheim moeten prijsgeven, waarna de andere gekende Europese belastingparadijzen, zoals Oostenrijk en Luxemburg, niet anders konden dan volgen. De ongekende drang naar internationale transparantie doet onvermijdelijk de vraag rijzen naar de bescherming van de (fiscale) persoonsgegevens, en de rol die het recht op privacy daarbij nog kan spelen.

### *Can you keep a secret?*

De confidentialiteit van de uitgewisselde gegevens wordt gewaarborgd door de plicht tot geheimhouding in de ontvangende staat *volgens het recht van die laatste* (o.a. art. 26 OESO-modelverdrag). Dat staat in schril contrast tot de autonome verdragsverplichting in de eerste versie van het OESO-modelverdrag in 1963, die niet verwees naar de nationale wetgeving van het ontvangende noch het verstreckende land. Door de geheimhoudingsclausule nu *relatief* te formuleren, wordt het risico geïntroduceerd dat de verplichting van de ontvangende staat niet inzichtelijk is voor de andere staten – of, wat nog veel schadelijker is, voor belastingplichtigen minder bescherming biedt dan de verplichting tot geheimhouding *in eigen land*, zonder dat de aangezochte staat zich daartegen kan verweren.

Het is nochtans de garantie op geheimhouding in de ontvangende staat die de gegevensuitwisseling tussen

verschillende staten in de praktijk mogelijk maakt. Want als een staat vermoedt dat een andere staat de doorgestuurde gegevens niet vertrouwelijk zal behandelen, zal hij niet snel geneigd zijn om de gevraagde gegevens te blijven doorsturen. Sterker nog, de commentaar bij de 'internationale FATCA' en die bij artikel 26 OESO-modelverdrag biedt een land de mogelijkheid om de gegevensuitwisseling en zijn andere verplichtingen op te schorten als het ontvangende land de confidentialiteit van de gegevens niet zou kunnen garanderen.

### David vs. Goliath

Eind 2015 kreeg het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de kans om de waarde van het recht op privacy te bepalen binnen het systeem van internationale gegevensuitwisseling (EHRM 22 december 2015, GSB t. Zwitserland, 28601/11). De Amerikaanse fiscus had in 2009 een groepsverzoek ingediend bij de Zwitserse fiscus voor opgave van rekeningen die tussen 1 januari 2001 en 31 december 2008 waren aangehouden bij de Zwitserse bank UBS op naam van Amerikaanse belastingplichtigen. Na een eerste afwijzing door de Zwitserse rechter op grond van strijdigheid met de interne wetgeving sloten de VS en Zwitserland op 31 maart 2010 een aanvullend protocol bij hun dubbelbelastingverdrag af, waardoor een groepsverzoek niet langer in strijd is met het Zwitserse intern recht (door de voorrang van het protocol). Na een tweede afwijzing van het verzoek door de Zwitserse rechter wegens een schending van de hoorplicht, werden de gegevens uiteindelijk op 14 december 2012 verzonden naar de Amerikaanse fiscus. Een van de Amerikaanse belanghebbenden was het daarmee niet eens en legde zijn zaak voor aan het EHRM. Hij had twee argumenten, waarvan er hier één van belang is, namelijk de verenigbaarheid van de gegevensuitwisseling met het recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven (art. 8 EVRM).

Het EHRM stelt dat financiële informatie kan worden beschouwd als een persoonlijk gegeven dat wordt beschermd door artikel 8 EVRM (zie ook EHRM 7 juli 2015, MN t. San Marino, nr. 28005/12). Maar als het Hof dan de toetsing doet aan de vereisten van de tweede paragraaf van artikel 8 EVRM (geregeld bij wet, noodzakelijk en legitiem doel), weegt het de belangen van de belastingplichtige af tegen de "zwaarwegende" belangen van de Zwitserse overheid. Gelet op het huidige klimaat kan die zich niet permitteren dat de VS een vervolging instelt tegen een van haar grootste banken. Het EHRM concludeert dat de inbreuk voor de belastingplichtige "beperkt" is, omdat geen *persoonlijke* rechten in het geding zijn en omdat hij een volledig gerechtelijk proces heeft kunnen voeren voor een Zwitserse rechtbank. Die interpretatie van artikel 8 EVRM geeft het aangezochte land een grote beoordelingsvrijheid, zodat het EVRM niet geschonden is.

### VS: *safe harbour* of Bermudadriehoek?

Het EHRM wijst over het algemeen, net zoals de meeste nationale rechtbanken, het verweer van inbreuk op privéleven af als het gaat over gegevensuitwisseling in fiscale zaken. De inbreuk wordt namelijk als "beperkt" beschouwd omdat er nog altijd de hierboven besproken geheimhoudingsplicht is voor het land dat de gegevens ontvangt. Verder weegt het EHRM duidelijk financiële gegevens anders af dan gegevens over geslacht, godsdienst en andere gelijkaardige persoonlijke gegevens.

Maar wat nu als die geheimhoudingsregeling in de ontvangende staat, die de confidentialiteit van de fiscale gegevens moet garanderen, onvoldoende blijkt te zijn? Het Hof van Justitie heeft namelijk in het recente arrest Schrems geoordeeld dat de Verenigde Staten persoonsgegevens niet op adequate wijze beschermen. Het Hof verklaarde daarom de '*Safe Harbour Decision*' ongeldig (waarmee de Europese Commissie zelf beslist had op 26 juli 2000 dat de VS voldoende bescherming biedt) (HvJ 6 oktober 2015, C-362/14, m.b.t. Facebook-gegevens, geen fiscaal arrest). Het Hof vond dat de VS zijn nationale veiligheid, het publiek belang en het handhaven van zijn wetten laat prevaleren boven de bescherming van de persoonsgegevens. Bijgevolg gaat het argument van de bescherming van de geheimhouding in de ontvangende staat niet langer op, waardoor de gegevensuitwisseling naar de VS onder druk zou kunnen komen te staan.

De VS vallen niet onder de jurisdictie van het EHRM. In relatie tot landen die ook lid zijn van de Raad van Europa, wordt vaak het argument aangehaald dat daar een gelijksoortige bescherming geldt (wegens de controle door het EHRM). Maar dat argument gaat niet op buiten Europa. De rechter in het aangezochte land zou daarom nauwgezet moeten nagaan welke bescherming het verzoekende land aan de verkregen fiscale gegevens toekent, zeker omdat de belastingplichtige onder een volledig ander rechtsstelsel zal vallen.

Ter conclusie kunnen we stellen dat dit probleem zich in de toekomst waarschijnlijk niet zal beperken tot de VS. Door de nakende inwerkingtreding van de 'Internationale FATCA' zal België binnenkort met talrijke landen wereldwijd een

*Competent Authority Agreement* afsluiten om de automatische gegevensuitwisseling van financiële informatie concreet vorm te geven. Bij dat proces zal het van het grootste belang zijn om, zeker in het geval van akkoorden met landen buiten de groep van staten van de Raad van Europa, nauwgezet te controleren of de geheimhouding en de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 8 EVRM, wel voldoende nageleefd worden. Als België indicaties zou hebben dat die verplichtingen onvoldoende of niet worden nageleefd in de ontvangende staat, moet het de gegevensuitwisseling zonder uitzonderingen opschorten, of het nu gaat over Belize of de VS. In principe zou België dus Fatca buiten werking kunnen stellen (althans als het ooit die stap zou durven nemen!). Pas als door een consequente houding andere landen gedwongen worden om hun privacy-regels aan te passen, zal een effectieve fiscale transparantie en uitwisseling verzekerd zijn.

***Niels Diepvens***  
***mandaatassistent fiscaal recht UHasselt***

mnma12701816