

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/200889>

Please be advised that this information was generated on 2020-11-26 and may be subject to change.

Prof.dr. K.L.H. van Mens*

Is Liechtenstein een ‘schurkenstaat’?

Over gestolen data, bankgeheimen en (verplichte) informatie-uitwisseling

Inleiding

Recent heeft de alom bekende ‘Liechtensteinaffaire’ de gemoederen bij met name belastingontduikers, banken en fiscus aanzienlijk verhit.¹ Het internationale politieke debat met de despotische prins van het ministaatje heeft ook nog eens een operetteachtige allure gekregen. Voor juristen vormt de affaire belangwekkend en intrigerend materiaal. Er kan worden gesteld dat de individuen die een bij de Belastingdienst onbekende Liechtensteinse bankrekening houden een moreel deficit hebben.² Aan de andere kant kan dit ook worden gesteld voor overheden die de relevante gegevens op een oneigenlijke manier hebben verworven. Nederlandse belastingplichtigen kunnen in het fiscale circuit een navorderingsaanslag vermeerderd met rente en maximaal 100% boete verwachten, indien bekend wordt dat zij zijn ‘vergeten’ om hun bankrekening aan te geven. En hoe vergaat het een Staat? Kan een Staat strafrechtelijk worden vervolgd op grond van bijvoorbeeld heling, met allerlei schadevergoedingen van dien? Handelt een Staat niet net zo laakbaar en strafbaar als belastingontduikers op het moment dat voor de beantwoording van de vraag of juist dan wel onjuist aangifte is gedaan, gebruik wordt gemaakt van gestolen gegevens? Mag deze informatie worden aangewend voor de vaststelling van een navorderingsaanslag dan wel strafbaarstelling?³ Welke gevolgen heeft dit alles ten aanzien van de rechtszekerheid? Bovendien kan men zich afvragen welke rol banken hebben. Kan een bank direct worden aangesproken en verplicht worden gesteld om informatie aan een andere Staat te verschaffen en kan diezelfde bank, die immers beweert een bankgeheim te hebben, verantwoordelijk worden gehouden voor daaruit voortvloeiende schade? Vragen te over die aanstonds aan de KB-Luxaffaire doen denken. Gezien het korte bestek van deze opinie zal ik in het hiernavolgende op twee van de vele vragen ingaan, namelijk: in hoeverre kunnen gestolen gegevens in Nederland fiscaal en strafrechtelijk worden aangewend en hoe lang kan Liechtenstein zijn bankgeheim nog volhouden?

Bruikbaarheid van gestolen gegevens

Belastingontduiking leidt tot uitholling van de belastinggrondslag, hetgeen niet alleen op nationaal niveau grote budgettaire gevolgen kan hebben, maar ook leidt tot internationale competitie en verstoring van de internationale kapitaalstromen. Voor vele Staten is dit reden genoeg belastingontduiking zwaar te bestraffen en om bij de opsporing daarvan geen middel ongebruikt te laten. Zo heeft de Belgische fiscus in de jaren negentig spontaan microfiches verstrekt aan de Nederlandse Belastingdienst, met daarop gegevens over bankrekeningen aangehouden bij de Kredietbank Luxemburg, die op naam stonden van inwoners van Nederland. Het complex van hieruit voortvloeiende staatsrechtelijke, strafrechtelijke en fiscaalrechtelijke vragen wordt doorgaans als de KB-Luxaffaire aangeduid. De gegevens waren in die affaire afkomstig uit de interne administratie van de bank en zijn naar alle waarschijnlijkheid door ex-werknemer(s) van KBL in Luxemburg verstrekt. De Nederlandse fiscus heeft de informatie vervolgens aangewend voor het opleggen van navorderingsaanslagen, hetgeen wederom heeft geleid tot een aanzienlijke hoeveelheid procedures. Daarin is onder andere aan de orde gekomen of de (naar men mag aannemen) gestolen informatie mag worden aangewend in fiscale procedures en in strafzaken. De link naar de recente Liechtensteinaffaire is dan ook snel gelegd.

Op 21 maart 2008 heeft de Hoge Raad in een KB-Luxzaak bevestigd dat het gebruik van microfiches in fiscale en strafzaken in beginsel toelaatbaar is, ook als die microfiches zijn verduisterd

Is Liechtenstein een 'schurkenstaat'?

en op onduidelijke wijze terecht zijn gekomen bij de Belgische respectievelijk de Nederlandse autoriteiten.⁴ Een eventueel onrechtmatig handelen kan in casu niet aan de Nederlandse fiscus worden toegerekend. Dit zou anders zijn geweest indien vast was komen te staan dat de Nederlandse dan wel de Belgische fiscus de gegevens op een onrechtmatige wijze hadden verkregen.⁵ Aangezien daarvan in het onderhavige geval geen sprake was, kon niet worden gezegd dat de gegevens door de Nederlandse fiscus zijn verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat de gegevens om die reden niet mogen worden gebruikt.

Welke gevolgen heeft deze uitspraak nu voor de procedures die wellicht door in Nederland wonende 'gedupeerden' van de Liechtensteinaffaire aanhangig zullen worden gemaakt? Blijkbaar is voor de bruikbaarheid van gestolen informatie niet alleen doorslaggevend hoe de Nederlandse overheid aan die informatie is gekomen, maar ook of de autoriteit die de gegevens aan Nederland heeft verstrekt niet onrechtmatig heeft gehandeld. Dat betekent dat de bruikbaarheid van de zich op de cd-rom bevindende gegevens mede afhankelijk is van de vraag of de Duitse autoriteiten de gegevens hebben verkregen middels zodanig handelen dat dit feitencomplex (in samenhang met andere relevante feiten) niet zodanig onbehoorlijk is dat gesteld kan worden dat het indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht. Hebben de Duitse autoriteiten door het betalen van € 4,6 miljoen voor gestolen informatie de grens van het toelaatbare overschreden? Zo ja, dan zal de informatie op de cd-rom, op basis van voornoemd arrest, niet mogen worden aangewend in Nederlandse fiscale zaken en in strafzaken. Mijns inziens is het ronduit twijfelachtig te noemen of in dit geval de grens niet daadwerkelijk is overschreden. Weliswaar lijkt het er alle schijn van te hebben dat de Duitse autoriteiten, net als in de KB-Luxaffaire, niet betrokken zijn geweest bij de verduistering van de gegevens. Desondanks kan worden gesteld dat door het betalen van € 4,2 miljoen voor dergelijke gegevens strafbaar gedrag wordt geïnitieerd en gefaciliteerd. Is mogelijk sprake van heling? Een bankgeheim rechtvaardigt een dergelijk handelen mijns inziens niet. Het ligt echter in de handen van de rechter om dat te bepalen.

Inmiddels hebben enige landen in navolging van Duitsland besloten om deze op relatief eenvoudige wijze te verkrijgen Liechtensteinse bankinformatie te vergaren en te gebruiken ter bestrijding van de belastingvrijdom die wordt verkregen door vermogen en inkomsten niet aan te geven. Naar men kan verwachten, zal in deze landen de vraag opkomen of het op deze wijze verkrijgen van belastend materiaal bruikbaar is voor fiscale en strafrechtelijke doeleinden. In Duitsland zijn reeds procedures aanhangig gemaakt ten aanzien van deze vraag. Het zal echter nog jaren duren voordat bekend zal worden of de gegevens, op basis van de Duitse wetgeving, bruikbaar zijn of niet.

Bankgeheim versus (verplichte) informatie-uitwisseling

In beginsel is iedere nationale wetgever zelf bevoegd om te bepalen of informatie wordt uitgewisseld of niet. In het kader van de internationalisering van onze maatschappij is het echter de vraag in hoeverre verdragen en andere supranationale afspraken met de daaruit voortvloeiende rechtspraak en doctrine deze bevoegdheid beperken. Inmiddels zijn er tal van overeenkomsten, verdragen en richtlijnen die voorzien in de uitwisseling van informatie. Zo is in de EG-Bijstandsrichtlijn van 1977 reeds vastgelegd dat de lidstaten elkaar wederzijds alle inlichtingen dienen te verstrekken die voor hen van nut kunnen zijn om het juiste bedrag van de belastingschuld te bepalen. Uiteraard geldt deze richtlijn niet voor Liechtenstein. Liechtenstein staat met Zwitserland (evenals Liechtenstein geen lid van de EU) en Luxemburg bekend om zijn sterk ontwikkeld bankgeheim, hetgeen menig kapitalist een vrijbrief lijkt te verschaffen om aldaar ongemerkt vermogen te parkeren en op te potten, althans vooralsnog. Luxemburg zal, als lidstaat van de EU, onder druk van de Spaarrenterichtlijn zijn bankgeheim uiteindelijk moeten opgeven, zij het met een ruime overgangsregeling.⁶ Ook de Spaarrenterichtlijn is niet van toepassing op Liechtenstein. Wel is op 7 december 2004 een overeenkomst tot stand gekomen tussen Liechtenstein en de EU, die aansluit op het geregelde in de Spaarrenterichtlijn.⁷

In art. 8, lid 1 (*exchange of information*) van de Spaarrenterichtlijn staat dat:

'where the beneficial owner is resident in a Member State other than that in which the paying agent is established, the minimum amount of information to be reported by the paying agent to the competent authority of its Member State of establishment shall consist of: the identity and residence of the beneficial owner ..., the account number of the beneficial owner ..., information concerning the interest payment ...'

Op basis van deze bepaling dienen banken gevestigd in de EU volledige openheid van zaken te geven ten aanzien van hun rekeninghouders (vooralsnog geldt dit niet voor Oostenrijk, België en Luxemburg; deze landen zijn net als Liechtenstein verplicht een bronheffing in te houden en van de opbrengst daarvan driekwart uit te betalen aan de woonstaat). Een en ander heeft slechts betrekking op 'interest payments', welk begrip in de richtlijn nader is gedefinieerd. De hiervoor geciteerde bepaling komt niet voor in de genoemde overeenkomst tussen Liechtenstein en de EU. In plaats daarvan staat in art. 10, lid 1 (*exchange of information*) van deze overeenkomst vermeld:

'The competent authorities of Liechtenstein and any Member State shall exchange information on conduct constituting tax fraud under the laws of the requested State, or the like for income covered by this agreement ...'

Uit het laatste citaat kan naar mijn opvatting worden afgeleid dat de banken in Liechtenstein op basis van deze overeenkomst, in tegenstelling tot de banken gevestigd in de EU, niet verplicht zijn informatie over rekeninghouders door te geven aan de autoriteiten, net zo min als Zwitserland en San Marino. Ook die landen geven net als Liechtenstein immers hun bankgeheim niet op, maar hebben ook een bronheffing ingevoerd, evenals België, Oostenrijk en Luxemburg. Zodra die heffing eenmaal is opgelopen naar 35% is de lol voor de ontduikers er af, zij het dat de lidstaten er maar op moeten vertrouwen dat hun bankgeheim-verdragspartners en de banken die het betreft zich aan de overeengekomen inhouding en inkomstendeling zullen houden. Men kan derhalve vraagtekens zetten bij de toegevoegde waarde van deze overeenkomst. Het wordt immers moeilijk voor de Liechtensteinse autoriteiten om informatie uit te wisselen waarover ook zij niet beschikken. Bovendien dient te worden aangetekend dat zowel de Spaarrenterichtlijn alsook de overeenkomst slechts van toepassing is als er sprake is van een 'interest payment'. De vraag is dus of, indien wel een soortgelijke bepaling in de overeenkomst zou hebben gestaan, deze bepaling überhaupt effect zou hebben ten aanzien van, om het maar zo te noemen, 'slapend vermogen'. Zolang namelijk geen sprake is van een 'interest payment' zoals dit begrip nader is gedefinieerd, dient toepassing van die bepaling achterwege te blijven.⁸

Uit het vorenstaande kan mijns inziens worden geconcludeerd dat de overeenkomst die Liechtenstein met de EU heeft gesloten praktische betekenis vrijwel volledig moet worden ontzegd. De druk op Liechtenstein om het bankgeheim prijs te geven, is vooralsnog een wassen neus. In 2006 maakte Liechtenstein in het kader van de renteovereenkomst met de EU slechts € 75.000 aan bronbelasting over aan Nederland, op basis van de verplichting om driekwart door te betalen. Er zullen derhalve andere, overtuigender middelen moeten worden aangewend om Liechtenstein zover te krijgen het bankgeheim af te schaffen. Een daarvan zou kunnen zijn Liechtenstein alsnog de toegang tot het Schengenacquis te ontzeggen. Rechtsgelijkheid zou met zich mee kunnen brengen dat dit ook voor Zwitserland dient te gelden.⁹

Ook de OESO heeft zich een aantal jaren terug gemengd in het probleem 'belastingparadijzen' door een zwarte lijst op te maken van landen die niet willen meewerken aan de internationale standaard van transparante en effectieve informatie-uitwisseling. In 2002 waren dat er nog zeven. Inmiddels zijn er daarvan nog drie overgebleven, te weten: Andorra, Monaco en jawel, Liechtenstein. Er bestaat echter geen verplichting daaraan mee te werken. Het blijft derhalve (voorlopig) alleen bij politieke dreigementen. Zo heeft de OESO al gedreigd Liechtenstein als een paria te zullen gaan behandelen en Angela Merkel ziet, zo liet zij zich ontvallen, een isolement van het alpenstaatje wel zitten. Desondanks is het onwaarschijnlijk dat Liechten-

Is Liechtenstein een 'schurkenstaat'?

stein aanstonds door de knieën gaat voor deze dreigementen. Daarvoor is het belang te groot en dient zwaarder geschut te worden ingezet. Maar maakt de opstelling van Liechtenstein in deze van het staatje een staat voor en door 'schurken'?¹⁰ Gezien de dubbele moraal die Liechtenstein erop na houdt en de voordelen die een bankgeheim biedt voor mensen die geen probleem zien in het overschrijden van de thans in de internationale arena algemeen aanvaarde fiscale grenzen, lijkt een positief antwoord op die vraag voor de hand te liggen.

Typerend voor een belastingparadijs is volgens de OESO dat sprake is van een gebrek aan informatie-uitwisseling alsook aan transparantie, en dat er geen vereisten gelden als het verrichten van substantiële activiteiten. Voorlopig zal Liechtenstein nog wel als belastingparadijs door het leven gaan. Toch is de stigmatiserende vaststelling dat Liechtenstein een schurkenstaat is al te gemakkelijk, nog daargelaten of zo'n vaststelling enig nut oplevert. Liechtenstein heeft zich meer dan vele andere gerespecteerde landen die fiscaliteit tot handelswaar hebben verheven (welke handelswaar niet of maar in zeer beperkte mate substantieel is), voorzien van een soepel en ontwikkeld vennootschapsrechtelijk rechtssysteem. Liechtenstein heeft in haar wetgeving een rijke staalkaart van rechtspersonen en geïnstitutionaliseerde lokale vestigingen in vele varianten opgenomen. Daaraan is ook nog eens de adoptie van een flexibele *'discretionary private express trust inter vivos'* naar Anglo-Amerikaanse snit toegevoegd. In combinatie met het bankgeheim en een uitstekende infrastructuur is het land daardoor een fiscale vluchthaven bij uitstek, zij het dat de omvang ervan, gerekend in aantallen rekeningen vergeleken met een land als bijvoorbeeld Zwitserland, relatief gering is. De verwachting is echter gewettigd dat dit 'paradijselijke' aan Liechtenstein binnen een jaar of vijf zal zijn vervluchtigd. Dit zal gebeuren door voortgaande politieke druk van de EU, de OESO, de Raad van Europa en door pressie van individuele landen als Duitsland, de dreiging met sancties en isolement daarin inbegrepen. Liechtenstein is gewoon een der laatsten der Mohikanen, nakomertje van een bijna achterhaald tijdperk. Overigens zou Nederland wel de laatste natie mogen zijn om hier met het beschuldigende vingertje te wijzen. Dat zou gezien onze rijke traditie om in de internationale arena op oneigenlijke wijze aan belasting te verdienen hypocriet zijn.

* Harrie van Mens, in samenwerking met Andrea Faber. Van Mens is advocaat en partner bij Van Mens & Wisselink, advocaten, belastingadviseurs, notariaat. Hij is tevens hoogleraar belastingrecht aan de Universiteit Utrecht en raadsheer plaatsvervanger bij Hof Den Bosch. Andrea Faber is als fiscaal gespecialiseerd advocaat werkzaam bij Van Mens & Wisselink, advocaten, belastingadviseurs, notariaat te Utrecht.

- 1 De Duitse overheid betaalde recent € 4,2 miljoen voor een databank waarop gespecificeerd 750 Duitse ingezetenen staan vermeld, die een bij de Duitse fiscus onbekende rekening aanhouden bij een bank in Liechtenstein. De informatie werd aan de fiscus ter hand gesteld. Ook andere landen, naar verluidt in ieder geval Zweden, Groot-Brittannië, Canada en Nederland kunnen mogelijk hun voordeel doen met dit fiscale lek om zo spaarders in de belastingheffing te betrekken. Zie over de feiten *Het Financieele Dagblad* van 22, 26 en 28 februari en 5 maart 2008.
- 2 Wat in ander verband wel als graaicultuur wordt aangeduid, heeft met name in Duitsland tot grote commotie geleid, omdat gezaghebbende leiders een geheime bankrekening bleken aan te houden.
- 3 In dit kader kan niet nader worden ingegaan op deze strafrechtelijke vraag. In principe kan de Staat in deze niet strafrechtelijk worden betrokken. Zie onder meer het Volkel-arrest (HR 25 januari 1994, NJ 1994, 598). De Staat zou vervolgd en vervolger tegelijk zijn en opgelegde boetes aan zichzelf verschuldigd zijn. Relevant in deze is de brief van 20 september 2000 van de toenmalige minister van Justitie A.H. Korthals aan de Tweede Kamer.
- 4 HR 21 maart 2008, nr. 43.050, NTFR 2008-614.
- 5 Het hof achtte dit gegeven van belang en de Hoge Raad heeft het oordeel van het hof in stand gelaten.
- 6 Luxemburg zal haar bankgeheim eerst opgeven, zodra Zwitserland en Liechtenstein hetzelfde hebben gedaan.
- 7 Agreement between the European Community and the Principality of Liechtenstein providing for measures equivalent to those laid down in council directive 2003/48/EC on taxation of savings income in the form of interest payments, OJ L 379, 24.12.2003, p. 84.
- 8 Een veel gebruikte techniek is om het particuliere vermogen in een Liechtensteinse *Anstalt of Stiftung* te parkeren, waarvan het vermogen (in de terminologie van onze Hoge Raad) aan de spaarder 'volledig ter beschikking staat als ware het zijn eigen vermogen'. Zo mist de Spaarrenterichtlijn naar het oogt toepassing, nu deze is toegesneden op rente te ontvangen door natuurlijke personen.
- 9 Zwitserse banken plegen overigens veelvuldig samen te spelen met het Liechtensteinse bank- en trustwezen, teneinde op soepele wijze aan de werking van de Spaarrenterichtlijn te ontsnappen.
- 10 Schurkenstaat (*'rogue state'*): pejoratieve term voor een land dat zich buiten de internationale rechtsorde stelt en zich in politiek opzicht onfatsoenlijk gedraagt.