



Advies nr 13/2010 van 31 maart 2010

Betreft: Wetsvoorstel tot opheffing van het bankgeheim (A-2010-011)

De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer;

Gelet op de wet van 8 december 1992 *tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens* (hierna WVP), inzonderheid artikel 29;

Gelet op het verzoek om advies van de Voorzitter van de Kamer van Volksvertegenwoordigers ontvangen op 29/01/2010;

Gelet op het verslag van de heer Trogh;

Brengt op 31/03/2010 het volgend advies uit:

I. ONDERWERP EN CONTEXT VAN HET ADVIES

A. Doeleinde van het wetsvoorstel

1. Op 29 januari 2010 vraagt de werkgroep "Fiscale fraude" van de Kamer advies over het wetsvoorstel Gilkinet-Van Hecke¹ (hierna het "wetsvoorstel").

2. De toelichting bij het wetsvoorstel verwijst naar de werkzaamheden van de parlementaire onderzoekscommissie belast met het onderzoek naar de grote fiscale fraudedossiers². Het wetsvoorstel verleent de fiscale administratie bijkomende onderzoeksbevoegdheden ten aanzien van de cliënten van de financiële instellingen, waardoor het fiscaal bankgeheim wordt hervormd.

3. De Commissie onderschrijft ook de motie die de Kamer in plenaire zitting heeft aangenomen op 14 mei 2009. Deze motie onderschrijft de «Vaststellingen en Aanbevelingen» van de onderzoekscommissie, zoals ze vermeld staan in het derde deel van haar verslag. De voor dit advies relevante vaststellingen en aanbevelingen zijn deze betreffende het fiscaal bankgeheim³.

4. De onderzoekscommissie stelde vast *"dat het bankgeheim zoals het in België is georganiseerd een echt beletsel vormt voor een doeltreffende bestrijding van de fiscale fraude". Zij formuleerde hierbij de volgende aanbeveling nr. 19 : "De wetten en de fiscale regels die het bankgeheim in ons land regelen aanpassen uit het oogpunt van de bestrijding van fiscale fraude, teneinde het bestuur de mogelijkheid te bieden de banken te ondervragen indien het over een of meer aanwijzingen beschikt dat inkomsten niet werden aangegeven. Die aanpassing zal geschieden in de zin van de Europese regelgeving, en zal onder andere geheel of gedeeltelijk betrekking hebben op de artikelen 318, 322 en 323 van het WIB, onverminderd de toepassing van artikel 333 van het WIB (verplichting de belastingplichtige in sommige gevallen ervan in kennis te stellen dat de discretieplicht wordt opgeheven)."*

¹ Wetsvoorstel van 22 oktober 2009 tot opheffing van het bankgeheim, ingediend door de heren Georges Gilkinet en Stefaan Van Hecke, Parl. St., Kamer, DOC 52, 2216/001.

² Laatste alinea op eerste pagina van de Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel

³ Parl. St., Kamer, DOC 52, 0034/004, pagina 242.

B. Inhoud van het wetsvoorstel

5. De Raad van State⁴ omschrijft de inhoud van het wetsvoorstel als volgt : het wetsvoorstel "*strekt ertoe de administratie der directe belastingen de mogelijkheid te geven om bij de bank-, wissel-, krediet- en spaarinstellingen inlichtingen in te winnen met het oog op het bepalen van de verschuldigde belastingen indien er aanwijzingen zijn dat een cliënt van de instelling de bepalingen van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 (hierna: WIB 92) of van zijn uitvoeringsbesluiten heeft overtreden of zich voorbereidt om dat te doen (zie de artikelen 2 en 3 van het voorstel).*"

Voorts worden de bank-, wissel-, krediet- en spaarinstellingen alsook alle andere financiële tussenpersonen die in België actief zijn, verplicht om aan de administratie der directe belastingen jaarlijks een op het einde van het voorafgaande jaar afgesloten lijst te bezorgen met de identificatiegegevens van alle rekeningen die op naam van of voor rekening van hun cliënten, dan wel via een volmacht geopend zijn of zijn geweest, met vermelding van de identiteit van de houders en de lasthebbers (artikel 4). Administratieve geldboetes die wegens het niet nakomen van die verplichting worden opgelegd, worden per rekening toegepast (artikel 6). Als inlichtingen zijn gevraagd bij een instelling moet de betrokken belastingplichtige binnen een maand in kennis worden gesteld van de aanwijzingen die het verzoek hebben gerechtvaardigd (artikel 5). Het voorstel stelt daartoe wijzingen voorop aan de artikelen 318, 322, 323 en 445 WIB 92, en voegt een artikel 333/1 toe."

C. Actuele nationale reglementering

6. Artikel 318 WIB stelt dat de belastingadministratie in principe niet gemachtigd is om inlichtingen in te zamelen bij bank, wissel-, krediet- en spaarinstellingen met het oog op het belasten van hun cliënten. Dit zogenaamde "fiscale bankgeheim" bestaat enkel in het kader van de inkomstenbelastingen, en enkel ten gunste van het cliënteel van voormelde instellingen. Voor wat de andere belastingen aangaat bestaat deze beperking niet en kan de fiscale administratie actueel financiële instellingen aan een fiscaal derdenonderzoek onderwerpen⁵. Het fiscale bankgeheim is ook niet absoluut inzake inkomstenbelastingen en kan in bepaalde gevallen worden terzijde geschoven⁶.

⁴ Punt 1 advies nr. 47.427/1 van 5 januari 2010 betreffende een wetsvoorstel tot opheffing van het bankgeheim, gepubliceerd op <http://www.dekamer.be/FLWB/PDF/52/2205/52K2205002.pdf>

⁵ Verslag van de onderzoekscommissie, Kamer, 0034/004, pagina's 63 en 67.

⁶ Verslag van de onderzoekscommissie, Kamer, 0034/004, pagina 68.

7. In het WIB wordt een basisonderscheid gemaakt tussen enerzijds het onderzoek bij belastingplichtigen (artikel 315-321 WIB) en anderzijds het onderzoek bij derden (artikel 322 en volgende). Voor beide regimes geldt in principe het fiscale bankgeheim van artikel 318 WIB⁷.

II. ALGEMEEN ONDERZOEK

A. Algemene overweging in verband met de bescherming van de persoonlijke levenssfeer

8. De Raad van State stelde *"In dit geval mag er vanuit worden gegaan dat het wetsvoorstel in overeenstemming is met die uitgangspunten"*⁸ (nvdr. mbt de vereiste van een wettelijke bepaling).

9. De Commissie erkent dat de bescherming van de persoonlijke levenssfeer geen absoluut gegeven is, zoals ook vermeld in de adviezen van de Raad van State⁹. De persoonlijke levenssfeer betreft een relationeel recht dat steeds in verhouding staat met andere rechten en vrijheden, en dat daarmee dient afgewogen te worden. De Commissie is eveneens van oordeel dat het bestrijden van de fiscale fraude een verdergaande afbouw van het fiscale bankgeheim kan rechtvaardigen, althans in zoverre deze afbouw gepaard gaat met een goede, kwalitatieve wetgeving¹⁰ en een evenwichtige procedure die aandacht schenkt aan de rechten en belangen van alle betrokken partijen (fiscale administratie, betrokken belastingplichtigen en betrokken instellingen) (artikelen 8 EVRM, 22 Grondwet en 16.1 VWEU¹¹), en die arbitrair gebruik van onderzoeksbevoegdheden afdoende uitsluit¹².

10. Wat de beginselen betreft die van toepassing zijn op de interne uitwisseling van persoonsgegevens tussen de diverse administraties van de FOD Financiën verwijst de Commissie in het bijzonder naar haar eerdere adviezen met nummers 01/2007¹³, 16/2007¹⁴, 27/2007¹⁵ en

⁷ Verslag van de onderzoekscommissie, Kamer, 0034/004, pagina 68.

⁸ punt 2 advies nr. 47.427/1 van 3 december 2009 betreffende een wetsvoorstel tot opheffing van het bankgeheim, gepubliceerd op www.dekamer.be

⁹ Zie punt 2 van voormeld advies nr. 47.427/1 van 3 december 2009.

¹⁰ Zie EHRM 4 mei 2000, Rotaru , § 52.

¹¹ Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie, PB, 9 mei 2008, C 115/47.

¹² Zie onder meer EHRM, 26 maart 1987, Leander t. Zweden, § 51, EHRM, 17 februari 2004, Maestri t. Italië, § 30 en EHRM, 4 december 2008, S. and Marper t UK, § 99.

¹³ Advies van 17 januari 2007 betreffende het voorontwerp van wet betreffende bepaalde verwerkingen van persoonsgegevens door de Federale Overheidsdienst Financiën.

¹⁴ Advies van 11 april 2007 betreffende het Voorontwerp van wet betreffende bepaalde verwerkingen van persoonsgegevens door de Federale Overheidsdienst Financiën.

29/2009¹⁶. Wat de beginselen betreft die bovendien van toepassing zijn bij het opvragen van inlichtingen aan belastingplichtigen ingevolge artikel 316 WIB verwijst de Commissie ook naar de randnummers 12 en volgende van voormeld advies met nummer 27/2007 (toepassing van de proportionaliteits- en transparantiebeginselen).

11. De onderzoekscommissie beveelde verder aan dat de aanpassing zou gebeuren in de zin van de Europese regelgeving. De Commissie nam in dat verband akte van de recente oproep van de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming (“EDPS”) om een begrijpelijke en geharmoniseerde aanpak op te zetten op het gebied van internationale gegevensuitwisselingen. Hoewel de EDPS hierbij vooral¹⁷ dacht aan de PNR overeenkomsten met VS en Australië, en het EU-US Terrorist Financing Tracking Programma (zgn. SWIFT akkoord), wijst de Commissie ook op een andere opinie van 6 januari 2010 mbt het voorstel van een richtlijn van de Raad in verband met internationale administratieve samenwerking op het gebied van fiscaliteit. De EDPS stelde in deze laatste opinie vast dat het bewustzijn (“awareness”) op het gebied van de vereisten van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer nog in zijn initiële fase vertoeft. Gezien het hier een complexe materie betreft waarin onder meer ook het Europees Parlement nog dient tussen te komen behoudt de Commissie zich voor om pas na bijkomend overleg met (onder meer) de fiscale administratie zich later uit te spreken over de voorwaarden die van toepassing zijn op de internationale transfers van persoonsgegevens naar landen zonder een passend niveau van gegevensbescherming (artikelen 21 en 22 WVP). Wel wijst zij er op dat de geautomatiseerde uitwisseling van persoonsgegevens door de FOD Financiën aan derden buiten de FOD Financiën actueel een voorafgaande machtiging van het Sectoraal Comité federale Overheid vereist (artikel 36*bis* WVP).

B. Duidelijkheid van het wetsvoorstel / rechtszekerheid

1. Ratio legis en rechtsbasis voor de onderzoeksbevoegdheid

12. De bewoording van de rechtsbasis voor de bijkomende onderzoeksbevoegdheid is zeer ruim, terwijl de ratio legis te onduidelijk is verwoord.

¹⁵ Advies van 19 september 2007 betreffende de Uitwisseling van persoonsgegevens tussen de fiscale administraties – fiscale verificatie volgend op de verzoeken voor terugbetaling van de taks op beursverrichtingen die ten gevolge van het arrest van 15 juli 2004 van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen onwettig werden geïnd.

¹⁶ Advies van 28 oktober 2009 betreffende het ontwerp van programmawet als gevolg van een notificatie uit het begrotingsconclaaf 2010-2011 inzake de gegevensuitwisseling binnen de FOD Financiën (Hoofdstuk IV - artikelen D1 tot D8).

¹⁷ commentaar EDPS van 25 januari 2010 op verschillende internationale overeenkomsten, gepubliceerd onder de rubriek “nieuws”, te raadplegen in de Engelse taal op de website <http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/edps/Home/EDPS/Pressnews/News>

13. Er wordt expliciet verwezen in de toelichting naar de bevinding van de parlementaire onderzoekscommissie dat het (fiscale) bankgeheim de doeltreffende bestrijding van de fiscale fraude zou beletten¹⁸. De onderzoeksbevoegdheid in artikel 3 van het wetsvoorstel blijkt qua toepassingsgebied zeer ruim verwoord. Elke (aanwijzing van een) inbreuk op de bepalingen van het WIB of de uitvoeringsbesluiten hierop (artikel 3 van het wetsvoorstel) is voldoende voor het uitoefenen van de onderzoeksbevoegdheid. Indien het de bedoeling is om nieuwe fiscale onderzoeksbevoegdheden in te voeren voor elke (aanwijzing van een) inbreuk op de bepalingen van het WIB of de uitvoeringsbesluiten hierop (bvb een laattijdige aangifte), dan dient de wetgever dit ook zeer duidelijk in de ratio legis te verwoorden (artikel 8 EVRM en 22 Grondwet). Toch kan ernstig in twijfel worden getrokken dat dergelijke brede inzetbaarheid van de fiscale onderzoeksbevoegdheid op gevallen die niet betrekking hebben op het niet aangeven van inkomsten (bvb laattijdige aangifte) nog een proportionele en effectieve uitoefening van de fiscale onderzoeksbevoegdheden inhoudt.

14. De Commissie wijst erop dat de wettelijke bepalingen in verband met de onderzoeksbevoegdheid van de fiscus afdoende duidelijk moeten zijn in het licht van de voorzienbaarheidsvereiste¹⁹.

15. De Commissie stelt vast dat het bestaan van een objectieve voorafgaande voorwaarde om bankgegevens te kunnen opvragen vandaag niet is voorzien inzake indirecte belastingen (art. 62bis WBTW, 183 WReg, 100 WSucc en 205/1 WDT) waar de administratie in de mogelijkheid verkeert om zonder voorafgaande premisse banken aan te spreken om gegevens voor te leggen.

16. De Commissie stelt verder vast dat uit de aanbeveling 19 van de onderzoekscommissie daarentegen een bepaalde opzet blijkt, waarbij de afschaffing van het bankgeheim niet onvoorwaardelijk kan worden uitgeoefend, en dit niet enkel voor gevallen van fiscale fraude. De aanbeveling zelf stelt dat de administratie in de mogelijkheid moet worden gesteld bankgegevens op te vragen indien zij *"over een of meer aanwijzingen beschikt dat inkomsten niet werden aangegeven"*. De parlementaire onderzoekscommissie heeft aldus duidelijk een richting ingeslagen die maakt dat bankonderzoeken ook mogelijk moeten zijn in dossiers die verder gaan dan het bestaan van *"aanwijzingen inzake belastingontduiking"*²⁰, dus fraudedossiers in strikte zin.

2. Preciseren van de voorwaarden voor het uitoefenen van de onderzoeksbevoegdheid

¹⁸ Eerste pagina, laatste alinea van de memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel

¹⁹ De zogenaamde "voorzienbaarheidsvereiste" waaraan de reglementering moet beantwoorden betekent volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat zij qua formulering *"voldoende precies is zodat elk individu in de gegeven omstandigheden in redelijke mate de gevolgen van een bepaalde handeling kan voorzien"*. Zie onder meer EHRM, 26 maart 1987, Leander t. Zweden, § 51 en EHRM 4 mei 2000, Rotaru, § 52:

²⁰ Zie de in artikel 333, derde lid WIB92 voorziene mogelijkheid tot uitbreiding van de onderzoekstermijn wegens het bestaan van "aanwijzingen inzake belastingontduiking".

17. Wat het woord "aanwijzingen" betreft stelt de Commissie vast dat deze terminologie ook voorkomt in het fiscaal procedurerecht in artikel 333, derde lid WIB92 waar wordt gesteld dat de administratie de onderzoekstermijn kan uitbreiden van drie tot zeven jaar indien zij over "aanwijzingen" beschikt die het bestaan van fraude kunnen aantonen in hoofde van de belastingplichtige lastens wie de administratie de onderzoekstermijn wenst uit te breiden. Ook wat artikel 333, derde lid WIB92 betreft moet worden opgemerkt dat de wetgever niet in een eigen definitie van het begrip "aanwijzingen" heeft voorzien.²¹ Enkel werd tijdens de parlementaire voorbereiding van de Wet van 3 november 1976 tot wijziging van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen²² gesteld dat de verlenging van de onderzoekstermijn in feite alleen zou worden toegepast wanneer tijdens de gewone onderzoekstermijn onrechtmatige praktijken werden vastgesteld welke laten vermoeden dat deze reeds vroeger bestonden, of nog wanneer ingevolge bekomen of ingewonnen inlichtingen, onder meer bij derden, er ernstige aanwijzingen zijn van een inbreuk gedaan met bedrieglijk opzet of met het oogmerk te schaden.²³

18. De wetgever heeft hiermee geen definitie gegeven van het begrip 'aanwijzingen inzake belastingontduiking' doch enkel twee situaties aangehaald waarbij mogelijkerwijs aanwijzingen van fraude aanwezig kunnen zijn. Het begrip 'aanwijzingen' uit artikel 333, derde lid WIB92 heeft dan ook dezelfde betekenis als het begrip 'indiciërl' uit artikel 2 van de Wet van 28 april 1999 tot aanvulling, wat de bestrijding van de fiscale betreft, van het K.B. nr. 185 van 9 juli 1935 op de bankcontrole en het uitgifteregime voor titels en effecten en van de Wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen²⁴ die een fiscale meldingsplicht voor de leden van het openbaar ministerie heeft ingevoerd.²⁵

19. De Commissie neemt derhalve aan dat het begrip 'aanwijzingen' of 'indiciërl' moet worden begrepen als synoniem voor vermoedens, d.w.z. bekende of vaststaande feiten waaruit een onbekend feit kan worden afgeleid.²⁶ In het licht van het wetsvoorstel dient de administratie in het kader van haar bewijslast de gekende feiten aan te voeren waaruit kan worden afgeleid *dat de verschuldigde belasting hoger is dan blijkt uit de aangegeven inkomsten.*

²¹ MAUS M., *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 577 e.v.

²² B.S., 9 december 1976.

²³ Parl.St., Kamer, 1975-1976, 879/7, 43; Circulaire Ci.RH.831/288.492, Bull.Bel., 1976, nr. 551, 1033.

²⁴ B.S., 25 juni 1999.

²⁵ Te noteren valt dat ook de Wet van 2 april 1999 geen verdere verduidelijking aan het begrip 'indiciën van fraude' heeft gegeven.

²⁶ Zie omtrent het begrip vermoedens vb. Luik, 4 maart 1998, Fisc. Koer., 1998, 253; Gent, 12 december 1996, T.G.R., 1997, 190. Antwerpen, 30 oktober 1995, F.J.F., 1996, nr. 44; Luik, 4 maart 1994, J.D.F., 1994, 114; Antwerpen, 21 september 1993, F.J.F., 1994, 197; Antwerpen, 26 oktober 1992, F.J.F., 1993, 243.

20. Doordat sprake is van afdoende duidelijkheid en voorzienbaarheid in de interpretatie gaat het dus om woorden die aan de transparantievereiste (van de reglementering) onder artikel 8 EVM kunnen beantwoorden. Wel dient het dubbel gebruik van de synoniemen "aanwijzingen" en "vermoeden" te worden vermeden, omdat deze formulering verwarrend kan werken.

3. Transparantie en rechtszekerheid door harmonisering

21. De aanbeveling nr. 24 van de parlementaire onderzoekscommissie²⁷ was om de fiscale procedureregels voor de federale belastingen te harmoniseren. De Commissie sluit zij hierbij aan. Gelet op voormelde voorzienbaarheidsvereiste is zij immers voorstander van een maximale transparantie, rechtszekerheid en dus harmonisering van de fiscale begrippen en procedures om bankonderzoeken uit te voeren. Dit in tegenstelling tot de actuele aanpak die blijkbaar uitgaat van het behoud van verschillende procedures en voorwaarden om bankonderzoeken uit te voeren per fiscaal domein (personenbelasting, BTW, registratierechten, ...) ²⁸. Met hetzelfde doel voor ogen kan ook de aanbeveling nr. 19 van voormelde onderzoekscommissie worden gevolgd. Dit wil zeggen dat de door de onderzoekscommissie aanbevolen formulering kan worden gebruikt, zijnde "*indien (het bestuur) over een of meer aanwijzingen beschikt dat inkomsten niet werden aangegeven*". Deze formulering wordt aanbevolen in plaats van alternatieve formuleringen te ontwikkelen in het wetsvoorstel.

4. Preciseren van het voorwerp van de onderzoeksbevoegdheid (aard persoonsgegevens en proportionaliteit)

22. In artikel 3 van het wetsvoorstel is onvoldoende duidelijk wat precies wordt bedoeld met het begrip "inlichtingen" (welke informatie kan worden opgevraagd bij de instellingen) die kunnen worden opgevraagd onder de nieuwe onderzoeksbevoegdheid. Nochtans werd inzake de indirecte belastingen²⁹ wel duidelijk voorzien dat het steeds moet gaan om informatie die relevant is om de juiste heffing te kunnen verrichten.

²⁷ zie aanbeveling 24, Parl.St., Kamer, 2008-2009, 52-0034/004, 248

²⁸ Zie onder meer artikel 62bis WBTW, artikel 183 W Reg, artikel 100 WSucc en artikel 205/1 WDT.

²⁹ Zie artikel 62bis WBTW, artikel 183 WReg, artikel 100 WSecc en artikel 205/1 WDT.

23. Weliswaar beperken de bestaande administratieve commentaren³⁰ m.b.t. de artikelen 315, 318 en 322 actueel een te arbitraire uitoefening van onderzoeksbevoegdheden door de fiscale administratie ten aanzien van de betrokkene en derden. Zo werd er eerder in de fiscale rechtspraak en rechtsleer eraan herinnerd dat stukken die fiscaal niet relevant of privaat zijn niet kunnen worden opgevraagd ("Bescheiden van loutere privé-aard, zonder enig verband met geldbeleggingen of inkomstenincasseringen, zoals bv. boeken en bescheiden betreffende huishoudelijke uitgaven, mogen niet worden opgevorderd. De aanslagambtenaren moeten in dit opzicht met tact en doorzicht optreden, ten einde nutteloze discussies te vermijden en de belastingplichtige niet te ontstemmen."³¹)

24. Artikel 3 van het wetsvoorstel betreft echter een nieuwe context (personenbelasting en onderzoeksbevoegdheid tav instellingen).

25. Naar analogie met de bewoordingen van artikel 315 WIB³² adviseert de Commissie om toe te voegen dat het moet gaan om inlichtingen die noodzakelijk zijn om het bedrag van belastbare inkomsten te bepalen. Het dient bijvoorbeeld uitgesloten te worden dat de administratie ook gegevens kan opvragen bij instellingen betreffende verrichtingen die betrekking kunnen hebben op gevoelige gegevens die een bijzondere bescherming genieten onder de artikelen 6, 7 en 8 WVP (bvb betalingen van vakbondsbijdrage, politiek lidmaatschap, en andere gevoelige verrichtingen die behoren tot de private levenssfeer...), en die fiscaal niet relevant zijn.

26. Deze aanpassing in het licht van artikel 315 WIB is des te meer voor de hand liggend nu artikel 315 WIB⁹² de administratie reeds machtigt om bij de belastingplichtige bankgegevens op te vragen van de beroepsmatig gebruikte rekeningen en van de buitenlandse privé-rekeningen.³³ In die zin lijkt het voor de hand liggend dat dezelfde onderzoeksbeperking ook zou worden toegepast voor wat betreft de inzage van Belgische bankgegevens.

³⁰ Beschreven in de administratieve commentaar op de artikelen 315, 318 en 322 WIB, o.m. raadpleegbaar via de fiscale gegevensbank van de Federale Overheidsdienst Financiën en private databanken van private uitgeverijen zoals <http://www.monkey.be/db/?start&taal=nl>

³¹ Commentaar rechtsleer bij artikel 315 WIB

³² Deze bepaling regelt het boekenonderzoek bij de belastingplichtige inzake de Inkomstenbelasting en stelt "*Eenieder die onderhevig is aan de personenbelasting, de vennootschapsbelasting, de rechtspersonenbelasting of de belasting van niet-inwoners is verplicht de administratie, op haar verzoek, zonder verplaatsing, met het oog op het nazien ervan, alle boeken en bescheiden voor te leggen die noodzakelijk zijn om het bedrag van zijn belastbare inkomsten te bepalen. (...)*"

³³ MAUS M., *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 174 e.v.

C. Procedurele garanties, proportionaliteit en eerlijkeheidsbeginsel : voorzien van een "getrapte procedure" (artikel 4, § 1, 1° en 3° WVP)

1. Getrapte procedure

27. De mogelijkheid tot discretionaire interpretaties van administratieve onderzoeksbevoegdheden wordt in sommige buurlanden³⁴ ingeperkt via een zogenaamde getrapte procedure. Een getrapte procedure wil zeggen dat de fiscus de gevraagde informatie pas bij de financiële instelling kan opvragen indien de belastingplichtige eerst daartoe werd verzocht en deze verzuimt de informatie zelf te verschaffen.

28. Het getrapte model biedt aanzienlijk meer garanties dan een systeem waar de administratie niet eerst de stap naar de belastingplichtige dient te zetten, of discretionair kan bepalen of de getrapte aanpak wel wenselijk is. De belastingplichtige als betrokkene (zowel in de zin van de WVP als voor de inning van de belastingen) lijkt immers de meest geschikte persoon om in eerste orde te worden aangesproken door de fiscale administratie, vooraleer bijzondere onderzoeksbevoegdheden kunnen worden overwogen en uitgeoefend ten aanzien van financiële instellingen. Dit zal de persoon ook toelaten om indien nodig, hetzij tijdig zijn recht van betwisting uit te oefenen of hetzij de belastingadministratie de gevraagde stukken over te maken waardoor verdere omslachtige verificaties bij financiële instellingen niet noodzakelijk blijken. De Commissie legt er de nadruk op dat de getrapte procedure de regel moet zijn, Eventuele uitzonderingen dienen een wettelijke grondslag te hebben en beperkt te zijn tot concreet omschreven risico's of gevallen (8 EVRM).

2. Getrapte procedure - subsidiair karakter van het derdenonderzoek in de zin van artikel 322 WIB

29. De Commissie begrijpt dat het onderzoek van bankgegevens bij een bankinstelling over het cliënteel van de bank in essentie een derdenonderzoek is in de zin van artikel 322 WIB92. Er mag derhalve worden verwacht dat een bankonderzoek zoals in het wetsvoorstel onderworpen is aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 322 WIB92 dat in essentie een subsidiair onderzoek is, dat is ondergeschikt aan het fiscaal onderzoek bij de belastingplichtige zelf.³⁵ Volgens de Minister van Financiën mogen attesten of inlichtingen aldus slechts van derden worden gevorderd wanneer de belastingplichtige zelf nalaat gevolg te geven aan een op grond van art. 316, WIB 92, tot hem gericht verzoek, wanneer de van hem bekomen inlichtingen twijfelachtig voorkomen, wanneer de inlichtingen noodzakelijk blijken om een bepaalde belastingplichtige, over wie men onvoldoende gegevens bezit, oordeelkundig te belasten, of nog, wanneer men bepaalde verrichtingen, uitgevoerd

³⁴ Denemarken, Duitsland en Nederland, aangehaald in het verslag van de onderzoekscommissie.

³⁵ MAUS M., *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 225 e.v.

door een belastingplichtige die men op grond van ernstige vermoedens van fraude verdenkt, wil opsporen of wanneer men de juiste aard of omvang van die verrichtingen wil bepalen.^{36 37} Indien de ondervraagde derden nalaten de vragen om inlichtingen te beantwoorden die hen door de administratie worden toegezonden of indien de schriftelijk verstrekte inlichtingen ontoereikend schijnen of als zeer twijfelachtig voorkomen, kan, zo nodig, nog een onderzoek worden ingesteld en tot het verhoor van die derden worden overgegaan.³⁸

3. Vereiste van een expliciete wettelijke vastlegging van de procedurele garanties

30. De Commissie acht het voorzien van procedurele garanties een essentieel aandachtspunt indien inmengingen in de persoonlijke levenssfeer worden aangevoerd als zijnde noodzakelijk met het oog op het vrijwaren van het economisch welzijn van het land of het voorkomen van strafbare feiten (artikel 8 EVRM). De invulling van dergelijke belangrijke garanties wordt hierbij best niet enkel overgelaten aan de interpretatie door de bevoegde administratie en/of minister, zeker niet indien in de getrapte procedure bepaalde voorwaarden dienen te worden nageleefd die best expliciet in de wet worden geformuleerd.

31. De Commissie denkt hierbij aan volgende voorwaarden

- voorafgaande informatie aan de betrokkene moet eventueel arbitrair gebruik van de onderzoeksbevoegdheid uitsluiten. Deze waarborg kan ook voor meer rechtszekerheid en een efficiëntere belastinginning zorgen (zie hierna).
- de vraag naar de instellingen moet bovendien betrekking hebben op dezelfde gegevens als die zijn opgevraagd bij de betrokkene,
- de beslissing van de administratie om een verzoek te richten tot de instelling moet afdoende worden gemotiveerd (fiscale relevantie van de vragen³⁹, zie hiervoor).

³⁶ Parl.Vr., Senator Valkeniers, 14 december 1984, Bull.Bel., 1985, nr. 640, 1279; Parl.Vr., Senator Guillaume, 16 januari 1974, Vr. & Antw., Senaat, 1973-1974, 705.

³⁷ Com.I.B.92, 322/4.

³⁸ Com.I.B.92, 322/15.

³⁹ Voorbeelden die in de recente rechtsleer worden aangehaald van vragen met mogelijk betwistbare fiscale relevantie betreffen de bestemming van de lotto-, totto of tiercé-opbrengst, het saldo van de privérekeningen van personen ten laste, de scholen die door de kinderen van de belastingplichtige worden bezocht, de telefoonrekeningen van de belastingplichtige, de huishoudelijke uitgaven edm. (MAUS, M. en MERCIER, S., Fiscale Controle in de praktijk, Die Keure, 2009, pagina 264).

4. Jaarlijkse meldingsplicht

32. Het wetsvoorstel voorziet een jaarlijkse notificatieplicht van de instellingen (zie hiervoor) mbt tot alle geopende en nieuw geopende rekeningen. Als reden hiervoor stelt de memorie van toelichting dat de fiscus haar onderzoekswerk correct moet kunnen uitoefenen, dus aan de hand van op voorhand meegedeelde gegevens van alle rekeningen in plaats van de mededeling op verzoek.

33. De notificatieplicht toepassen op alle rekeningen en verrichtingen van alle belastingplichtigen voor een onbepaalde termijn lijkt disproportioneel en ineffectief omdat slechts in een minderheid van de ganse populatie van belastingplichtigen aanwijzingen kunnen bestaan van fiscale fraude die een mededeling van informatie aan de administratie kan wettigen, laat staan dat hier steeds sprake zou zijn van (ernstige) fiscale fraude of dat er steeds sprake zou zijn van aanwijzingen voor het niet aangeven van inkomsten. De Commissie benadrukt dat de fiscale administratie, zelfs bij het bestaan van algemene wettelijke onderzoeksbevoegdheden, tijdens de fiscale controle steeds het proportionaliteitsprincipe moet respecteren. Er bestaat ook een wettelijk verbod voor de administratie om louter op basis van het al dan niet voorkomen op de jaarlijkse lijsten (opgenomen in geautomatiseerde verwerkingen) eerst profielen aan te maken, aan de hand waarvan vervolgens automatisch beslissingen worden genomen met rechtsgevolgen voor de betrokkene (artikel 12bis WVP), hetgeen de bedoeling en het nut van de jaarlijkse meldingsplicht bijkomend in vraag stelt.

34. De Commissie herinnert aan de vereisten in het licht van de artikelen 8 EVRM, 22 Grondwet, die een duidelijke(r) wetgeving veronderstellen met de omschrijving van een aantal bijzondere waarborgen. De wijze waarop de jaarlijkse notificatieplicht in het wetsvoorstel actueel wordt omschreven vertoont enkele opvallende lacunes. De Commissie wijst op volgende elementen :

- Allicht is het proportioneler om in het kader van de fiscale aangifte te voorzien in de aangifteverplichting voor de belastingplichtige van al zijn rekeningen. Deze verplichting bestaat thans reeds voor buitenlandse bankrekeningen. (Zie artikel 307 WIB92)
- De Commissie nam nota van de kritiek van de Raad van State⁴⁰ die stelde dat de maatregel veel verder reikt dan nodig. De raad van State wees op de (extraterritoriale) toepasselijkheid op alle rekeningen, inclusief rekeningen waarvan noch de houder, volmachthebber of begunstigde een belastingplichtige is naar Belgisch recht.

⁴⁰ Advies 47.427/1 van 3 December 2009 betreffende het Wetsvoorstel tot opheffing van het bankgeheim, Kamer, 2216/002.

- De Commissie merkt op dat en betwijfelt of wel voldoende wordt (kan worden) gemotiveerd waarom en in welke mate de gangbare praktijk (mededeling op verzoek, verplichte melding buitenlandse rekeningen in de aangifte,...) dermate ontoereikend zou zijn dat een a priori informatievervalsing door de instellingen met betrekking tot alle rekeningen noodzakelijk wordt.
- Een repetitieve, voorspelbare informatievervalsing op enkele piekmomenten verhoogt ook het risico op beveiligingslekken (zgn. "security breaches") via onderschepte communicaties, oneigenlijk gebruik door de administratie (zgn. "fishing expeditions") of derden.
- Het voormeld risico neemt toe nu de modaliteiten van dergelijke nieuwe verwerking niet zijn geregeld (bvb wie heeft onder welke voorwaarden toegang tot deze bijkomende databank, wat is de procedure voor toegang en verbetering van dergelijke gegevens, is er centrale opslag en regionale toegang met controle log-ins edm, zal er een voorafgaande controle zijn door de privacycommissie bij elke wijziging aan dergelijke nieuwe databank, wanneer worden de gegevens gewist edm...).

35. De Commissie is van oordeel dat in de huidige redactie van de jaarlijkse meldingsplicht het wetsvoorstel te onduidelijk en ontoereikend is.

5. Gegevens betreffende vroegere houders of lasthebbers van rekeningen

36. Het wetsvoorstel voorziet eveneens in de mededeling van de identiteit van de houders of lasthebbers van rekeningen. De Commissie stelt zich vragen omtrent betekenis en de doelstelling van deze dergelijke mededeling die bovendien niet wordt gemotiveerd in de memorie van toelichting. Bedoelt men hiermee ook dat informatie over vroegere, afgesloten rekeningen van rekeninghouders kan worden opgevraagd? Gedurende welke termijnen dienen de instellingen deze gegevens bovendien bij te houden? Dergelijke impliciete dataretentieverplichtingen dienen veel preciezer te worden verwoord in een duidelijke wettelijke bepaling (artikel 8 EVRM en 22 Grondwet).

D. Informatie aan de betrokken personen (artikel 9 WVP)

37. Het wetsvoorstel voorziet dat de informatieverstrekking aan de belastingplichtige dient te gebeuren, dit tot een maand die volgt op het verzoek om inlichtingen⁴¹. De actuele redactie van de informatieplicht laat de administratie dus toe om de betrokkene steeds a posteriori te informeren.

⁴¹ Artikel 5 van het wetsvoorstel

38. De Commissie heeft verschillende bezwaren tegen het a posteriori informeren van de betrokkenen.

- Het wetsvoorstel bevat geen expliciete motivering voor de reden en de keuze van het tijdstip van de informatie aan de betrokkene. Het wetsvoorstel bepaalt enkel dat de informatie de betrokkene de mogelijkheid moet bieden om de aanwijzingen waarop de administratie der belastingen haar verzoek om inlichtingen baseert, te betwisten⁴². Er is derhalve geen enkele motivering voorhanden waaruit zou blijken dat tijdige informatie a priori een zware belemmering of risico zou inhouden voor het administratieve fiscale onderzoek of de hierop volgende procedure. Een informatie a priori zal bovendien makkelijker een eerlijker verwerking en een evenwicht aan belangen garanderen (artikel 4, § 1, 1^o WVP), zeker indien de tijdige informatie wordt gecombineerd met voormelde getrapte procedure.
- De memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel lijkt de informatieplicht enkel te vermelden in het licht van mogelijke betwistingen door de betrokkene. Dit lijkt een vrij eenzijdige voorstelling van de situatie. Indien de betrokkene eerst tijdig wordt geïnformeerd van de intentie van de administratie om een onderzoek bij de instelling te verrichten, biedt de administratie dan juist niet zowel de betrokkene als zichzelf eerst de gelegenheid om de informatie alsnog over te maken en te beoordelen, of eventueel gegronde bezwaren of meer precieze inlichtingen mee te delen die niet in het bezit zijn van de instellingen ?
- Tenslotte wijst de Commissie op de minimumverplichting van de financiële instellingen om de klant te informeren van zodra zij het verzoek om inlichtingen van de fiscus ontvangen (artikel 9, § 2 WVP). Dit gezien de klant (bij a posteriori informatie) normaal niet reeds op de hoogte zal zijn van het verzoek van de administratie en de fiscus onder de voorontwerpen de informatie niet rechtstreeks bij de betrokkene verzamelt, maar via de instellingen (zie artikel 9, § 2 WVP).

E. Bijkomende voorwaarden (artikel 36bis WVP)

39. De uitwisseling van persoonsgegevens door de FOD Financiën aan derden buiten de FOD Financiën vereist een voorafgaande machtiging van het bevoegde Sectoraal Comité, actueel het sectoraal comité federale Overheid (artikel 36bis WVP).

⁴² Memorie van toelichting bij artikel 5 van het wetsvoorstel

OM DEZE REDENEN,

40. Het bestrijden van fiscale fraude is een legitiem doel die een verdergaande afbouw van het fiscale bankgeheim kan rechtvaardigen, althans in zoverre deze afbouw gepaard gaat met een goede, kwalitatieve wetgeving, een evenwichtige procedure die aandacht schenkt aan de rechten en belangen van alle betrokken partijen, de vereisten van transparantie en de aanbevelingen (nr. 19 en 24) van de parlementaire onderzoekscommissie.

41. Een preciezer ratio legis, een proportionelere aanwending en voldoende procedurele garanties (zoals getrapte procedure en voorafgaande informatie vooraleer financiële instellingen worden aangesproken) acht de Commissie noodzakelijk om de belangen van alle betrokken partijen (fiscale administratie, betrokken belastingplichtigen en betrokken instellingen) maximaal met elkaar in evenwicht te brengen (artikelen 8 EVRM en 22 Grondwet), en tegelijk een efficiëntere aanpak van (ernstige vormen van) fiscale fraude te garanderen.

42. Gelet op de impact, de ernst en het aantal van voormelde opmerkingen in het licht van de artikelen 8 EVRM, 22 Grondwet en de artikelen 4 § 1, 1° en 3°, 9 en 36bis WVP, is de Commissie genoodzaakt om een negatief advies uit te brengen over het voorliggende wetsvoorstel.

43. De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer behoudt zich hierbij het recht voor om verdere evaluaties te verrichten op het gebied van internationale gegevensuitwisselingen. Zij blijft zich ter beschikking houden voor eventueel verder overleg met de werkgroep fiscale fraude voor verdere besprekingen of advies.

Voor de Administrateur m.v.,

De Voorzitter,

(get.) Patrick Van Wouwe

(get.) Willem Debeuckelaere