



Dutch Accidental Americans Group
p/a Stevinstraat 18
1171XX Badhoevedorp
The Netherlands
nl.accidental.americans@gmail.com
<https://accidentalamericans.nl>
<https://eupetition-endfatca.eu>

22 juli 2022

Aan: Nederlandse Autoriteit Persoonsgegevens
Hr A Wolfsen
email: a.wolfesen@autoriteitpersoonsgegevens.nl

Betreft: toetsing FATCA IGA

Geachte heer Wolfsen,

Als vertegenwoordigers van een grote groep 'toevallige' Amerikanen in Nederland willen wij uw aandacht vragen voor de problematiek van het verdrag dat Nederland met de Verenigde Staten heeft gesloten over het uitwisselen van financiële persoonsgegevens met de Verenigde Staten inzake fiscale inwoners van Nederland.

In deze brief proberen we nog een keer op een rijtje te zetten wat er aan de hand is.

Verdrag met de VS en Citizenship Based Taxation

Dat verdrag, hierna 'FATCA-IGA' of 'FATCA-verdrag', is in 2013 gesloten¹ en vervolgens door het parlement goedgekeurd. Het verdrag is gebaseerd op een Amerikaanse wet, de *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA), die aan financiële instellingen in de hele wereld de verplichting oplegt om gegevens aan de Amerikaanse belastingdienst (IRS) te leveren ten behoeve van de Amerikaanse belastingheffing.

Hoewel FATCA in het leven is geroepen om IRS de mogelijkheid te bieden achter rijke Amerikaanse belastingontduikers aan te gaan, is de praktijk dat nette burgers benadeeld worden. Dat komt omdat de VS een internationaal afwijkend belastingstelsel heeft. In heel de wereld betrekken landen hun fiscale inwoners in de wereldwijde belastingheffing, conform de internationaal geaccepteerde OESO modellen. Alleen de VS doet het anders en verlangt niet alleen dat fiscale inwoners aangifte doen over hun wereldinkomen in de VS ('Residence Based Taxation'). Datzelfde verlangt de VS van mensen die de Amerikaanse nationaliteit hebben maar fiscaal inwoner van een ander land zijn, bijvoorbeeld

¹ <https://wetten.overheid.nl/BWBV0006305/>

Nederland. De verplichting om aangifte te doen over het wereldinkomen gebaseerd op nationaliteit wordt ook wel 'Citizenship Based Taxation' (CBT) genoemd.

CBT benadeelt iedereen die fiscaal inwoner van Nederland is en de Amerikaanse nationaliteit heeft. Het probleem is extra groot voor de 'toeval-Amerikanen' oftewel 'Accidental Americans', de mensen die de Amerikaanse nationaliteit hebben verkregen doordat zij in de VS zijn geboren maar snel daarna zijn vertrokken, en voor mensen die buiten de VS geboren zijn maar een Amerikaanse ouder hebben. Die Accidental Americans hebben geen Amerikaanse fiscaal identificatienummer (TIN) en wisten tot voor kort niet eens dat zij verplicht waren aangifte te doen in de VS over hun wereldinkomen.

Als gevolg van FATCA en de verdragen die de VS met de meeste landen in de wereld, waaronder Nederland, heeft gesloten, is dat mensen met de Amerikaanse nationaliteit worden geweigerd door financiële instellingen. Accidental Americans raakten extra in de problemen door dat zij geen TIN hebben. Voor de problemen verwijzen wij u naar bijlage 1 bij deze brief.

Toetsing rechtmatigheid gegevenslevering aan de VS

Voor zover ons bekend heeft er ten tijde van het aangaan van het Nederlandse FATCA-verdrag geen toetsing plaats gevonden aan artikel 1 van het Eerste Protocol EVRM en ook niet aan de destijds geldende databeschermingsregelgeving, die toen ook al voorschreef dat gegevensverwerking door en ten behoeve van overheden een wettelijke grondslag dient te hebben.

Wij realiseren ons dat de VS een zelfstandig land is dat zelf kan beslissen over de eigen belastingregels. Dat betekent echter niet dat Nederland (en Europa) zo maar mee kunnen werken aan ieder verzoek van een niet-Europese overheid om gegevens van burgers te verschaffen. Wij verwachten dat inwoners van Nederland worden beschermd door de Europese grondrechtenregelgeving.

In heel Europa hebben Accidental Americans en fiscale inwoners van Europa aangedrongen op toetsing van de met de VS gemaakte afspraken en de daarop gebaseerde nationale regelgeving. In Europa is aangedrongen op toetsing van gegevensuitwisseling op grond van verdragen, zie het verzoek van de EDPB (13 april 2021)² en de resolutie van het Europees Parlement (20 mei 2021)³. Nu heeft ook de vaste commissie voor Financiën van de Tweede Kamer aangedrongen⁴ op een toetsing van de FATCA-IGA met de VS.

Dit naar aanleiding van aanhoudende klachten van Nederlandse staatsburgers en belangenorganisaties en op basis van gepubliceerde rapportages van nationale en internationale juristen, die veronderstellen dat er gereede twijfel is of de FATCA-IGA wel aan de actuele AVG regelgeving voldoet.

Staatssecretaris van Rij heeft daarom op 22 juni 2022 aan de leden van de commissie Financiën van de Tweede Kamer de toezegging gedaan⁵ de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) om een toetsing van de FATCA IGA te vragen en daarover vóór 1 september aan de commissie te rapporteren.

Wij gaan er vanuit dat u dit verzoek reeds heeft ontvangen of binnenkort van het ministerie van Financiën zal ontvangen. Graag verzoeken wij u bij uw toetsing met het navolgende rekening te houden.

² [edpb_statement042021_international_agreements_including_transfers_en.pdf \(europa.eu\)](https://edpb.europa.eu/media/default/attachement_data/object/attachment_data/object/20210413_statement_042021_international_agreements_including_transfers_en.pdf)

³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021IP0256&from=EN>

⁴ Conceptverslag Fatca | Tweede Kamer der Staten-Generaal, <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2022D27308&did=2022D27308>

⁵ Zie noot 4.

Juridische aspecten van het FATCA-verdrag

Op basis van rapportages van de juristen signaleren wij een aantal knelpunten. De twee belangrijkste knelpunten zijn volgens ons:

- [1] Er is geen adequate **grondslag** voor de gegevensuitwisseling met de VS (artikel 6 AVG).
- [2] De **doorgifte** aan de VS voldoet niet aan de eisen die de AVG stelt aan doorgifte naar landen buiten de EU (hoofdstuk V AVG, met name artikel 46 leden 2 en 3).

Daar komt nog bij dat ook niet aan andere eisen wordt voldaan, zoals artikel 5 (minimalisatie-eis), artikel 14 (transparantie) en de eisen van artikel 49 (afwijkingen voor specifieke situaties).

Grondslag

Wij vragen uw speciale aandacht voor de vraag of er wel een grondslag is voor het verwerken van persoonsgegevens van fiscale inwoners van Nederland. Deze vraag is lang onderbelicht gebleven, veelal ging de aandacht uit naar de doorgifte, die we hierna bespreken.

Zoals u weet kent de AVG specifieke grondslagen voor verwerking van persoonsgegevens:

- Volgens artikel 6 lid 1 sub c kan er sprake zijn van een wettelijke grondslag. Uit lid 3 volgt dat het dan alleen kan gaan om het recht van Nederland of van de EU.
- In artikel 6 lid 1 sub e is vervulling van een taak van algemeen belang als grondslag genoemd.

Voor beide grondslagen geldt dat artikel 6 lid 3 AVG voorschrijft dat die regelgeving moet beantwoorden aan een doelstelling van algemeen belang en evenredig moet zijn met het nagestreefde doel. Wij zijn van mening dat er geen grondslag is:

1. De vereiste persoonsgegevens staan niet in een Nederlandse of Europese wet maar in Amerikaanse wetten.
2. De Nederlandse *Wet op de internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen* (WIB) is geen grondslag omdat daarin niets staat over Amerikaanse belastingwetgeving. Deze wet is alleen een doorgeefluik.
3. Het FATCA-verdrag is geen wet maar een overeenkomst tussen Nederland en de VS en bindt dus alleen staten.
4. Als er al een wettelijke grondslag zou zijn, is het maatschappelijk onbetamelijk dat de VS van mensen die geen fiscaal inwoner zijn van de VS verlangt dat zij aangifte over hun wereldinkomen in de VS doen. Niet voor niets zijn alle belastingverdragen in de hele wereld, behalve de Amerikaanse, gebaseerd op Residence Based Taxation. Daar komt nog bij dat de Amerikanen geen gegevens aan Nederland leveren en dat de Amerikaanse belastingdienst niets doet met de op grond van FATCA ontvangen gegevens⁶.

Wij verwijzen voor dit onderwerp ook naar het artikel van advocate Ellen Timmer van 18 juli 2022, *Is er wel een AVG-grondslag voor verwerking van persoonsgegevens in opdracht van de VS?*⁷

Wij zijn van mening dat Nederland in strijd met de AVG handelt door persoonsgegevens aan de VS te verschaffen van mensen die geen fiscaal inwoner zijn van de VS en die niet een andere heffings-relevante relatie met de VS hebben (zoals bijvoorbeeld onroerend goed in de VS).

⁶ Zie verklaring Rettich, <https://www.irs.gov/newsroom/written-testimony-of-charles-p-rettich-commissioner-internal-revenue-service-before-the-house-ways-and-means-committee-subcommittee-on-oversight-on-the-filing-season-and-irs-operations>, onder andere: "Congress enacted FATCA in 2010, but we have yet to receive any significant funding appropriation for its implementation."

⁷ <https://ellentimmer.com/2022/07/18/fatca-123/>

Anders gezegd: wij zijn van mening dat er geen AVG-grondslag is voor het verschaffen van persoonsgegevens van mensen die fiscaal inwoner zijn van Nederland en geen andere heffingsrelevante relatie met de VS hebben.

Doorgifte

Daar komt nog bij dat – als er al een grondslag zou zijn – de doorgifte niet aan de AVG voldoet. Zie daar over ook bijlage 2.

De argumenten die door het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ-EU) worden gebruikt in zaken die verband houden met niet-FATCA overdrachten van Europese gegevens naar de VS (in de zaken bekend als Schrems I en Scherms II), tonen aan dat de gegevens niet adequaat worden beschermd zodra ze de Amerikaanse bodem bereiken, wat leidt tot schendingen van grondrechten. Verder ontbreekt een behoorlijke laagdrempelige rechtsbescherming voor fiscale inwoners van Nederland.

Overige AVG bezwaren

Het FATCA-verdrag is niet wederkerig en legt meer verplichtingen op aan Nederland dan aan de VS. Wijziging van de Amerikaanse belastingwetgeving werkt automatisch door via het FATCA-verdrag, wat tot gevolg heeft dat die wijzigingen niet aan AVG en EVRM getoetst kunnen worden. Fiscale inwoners van Nederland worden niet door de Nederlandse Staat geïnformeerd over de gegevensverschaffing aan de VS. Er is onvoldoende rechtsbescherming voor fiscale inwoners van Nederland tegen het optreden van de VS.

Voor de enorme schade voor fiscale inwoners van Nederland verwijzen we naar bijlage 1.

Handhaving door de AP

De Nederlandse AP is verantwoordelijk voor het toezicht op de naleving van de grondbeginselen van de bescherming van persoonsgegevens, binnen het kader van deze wet en de wetten die bepalingen bevatten over de bescherming van de verwerking van persoonsgegevens.

Wij dringen er bij u op aan om deze handhavingsmogelijkheden in te zetten en verzoeken u meer specifiek om het volgende:

1. Om een **verwerkingsverbod** aan de Staat der Nederlanden op te leggen inzake de persoonsgegevens van fiscale inwoners van Nederland met de Amerikaanse nationaliteit, voor zover zij geen andere heffingsrelevante relatie met de VS hebben, zolang de hierna onder 2. en 3. genoemde toetsing plaats vindt. Dit betreft dan de persoonsgegevens die worden verzameld ten behoeve van verschaffing aan de VS.
2. Om de Staat der Nederlanden te gelasten dat zij financiële instellingen in Nederland zal **verbieden** om de sub 1. bedoelde persoonsgegevens te verwerken gedurende de periode dat het sub 1. bedoelde verwerkingsverbod geldt.
3. Om de Staat der Nederlanden te gelasten de vermeende **grondslag** als bedoeld in artikel 6 AVG voor het verschaffen van persoonsgegevens van fiscale inwoners van Nederland met Amerikaanse nationaliteit aan de VS te onderbouwen en aan te geven op grond waarvan aan de vereisten van artikel 6 lid 1 sub c of e en van artikel 6 lid 3 wordt voldaan.
4. Om de sub 3. bedoelde onderbouwing door de Staat der Nederlanden te **toetsen**.
5. Om na de sub 4. bedoelde toetsing te beslissen tot een definitief **verwerkingsverbod** inzake de persoonsgegevens van fiscale inwoners van Nederland met de Amerikaanse nationaliteit, voor zover zij geen andere heffingsrelevante relatie met de VS hebben.

Gezien de belangrijke rol en de bevoegdheden van de Nederlandse Autoriteit Persoonsgegevens bij de bescherming van de persoonsgegevens van fiscale inwoners van Nederland, gaan wij er vanuit dat u de gevraagde toetsing serieus zult uitvoeren.

Vanzelfsprekend zijn wij bereid om ons verzoek nader toe te lichten.

Graag verzoeken wij u de goede ontvangst van deze brief aan ons te bevestigen.

Alvast bedankt, mede namens meer dan 46.000 Nederlandse staatsburgers en hun gezinnen.

De Nederlandse accidental Americans groep

Jet Barendregt

Maria Bantjes

Rob Gerretsen

0031-6-5495.7897

Bijlage 1 – De schade door FATCA

De schade die CBT en FATCA opleveren voor mensen met Amerikaanse nationaliteit die geen fiscaal inwoner van de VS zijn, is ernstig en inmiddels bij zowel de Nederlandse overheid (ministerie van financiën, parlement) als bij de Europese overheid (Europese Commissie, Europees Parlement⁸, Europese Raad). De meeste schade ondervinden nette burgers die geen band met de VS hebben en slechts de Amerikaanse nationaliteit hebben verkregen doordat zij in het land zijn geboren of (buiten de VS geboren) een Amerikaanse ouder hebben. De problematiek is ook door de rechter erkend in het vonnis van 29 december 2021⁹.

Lees over de schade door CBT/FATCA ook het rapport van een internationale belangenorganisatie, *Stop Extraterritorial American Taxation* (SEAT). Deze organisatie heeft begin mei 2021 een rapport uitgebracht naar aanleiding van ingesteld onderzoek. Er wordt gerapporteerd over de radeloosheid van buiten de VS wonende Amerikaanse belastingplichtigen, "*Being an American outside of America is no longer safe*"¹⁰. Het rapport gaat zowel over Accidental Americans als over andere Amerikaanse belastingplichtigen die fiscaal inwoner van een ander land zijn. In de persoonlijke beschrijvingen zijn vele noodkreten te vinden.

Praktisch betekent CBT/FATCA voor een inwoner van Nederland:

- Er moet aangifte over het wereldinkomen worden gedaan in de VS (en in Nederland) waaraan hoge kosten zijn verbonden (want zonder een Amerikaanse belastingadviseur is het niet mogelijk om het goed te doen).
- Accidental Americans worden gedwongen een fiscaal nummer (TIN) aan te vragen, terwijl zij geen financiële banden met de VS hebben en er geen belasting hoeven te betalen.
- In een zeer gering aantal gevallen is er belasting in de VS verschuldigd. Volgens bekend gemaakte cijfers gaat het om minder dan 5% van de mensen die geen inwoner van de VS zijn.
- Het doen van afstand van de Amerikaanse nationaliteit is zeer bewerkelijk, duurt lang en is kostbaar. Voor sommige inwoners van Nederland met de Amerikaanse nationaliteit is het niet wenselijk omdat zij nog familieleden in de VS hebben en er makkelijk naar toe willen reizen.

⁸ Zie onder meer het rapport van Carlo Garbarino voor een commissie van het Europees Parlement, [http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/188328/IPOL_STU\(2018\)604967_EN-original.pdf](http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/188328/IPOL_STU(2018)604967_EN-original.pdf), april 2018 en de resolutie van het Parlement van 5 juli 2018, http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0316_EN.pdf

⁹ ECLI:NL:RBMNE:2021:6267

¹⁰ http://seatnow.org/survey_report_intro_page/

Bijlage 2 - Verboden doorgifte

De AVG stelt eisen aan de doorgifte van persoonsgegevens aan landen buiten de EU. Doorgifte aan landen buiten de EU is alleen toegestaan als sprake is van een adequaatheidsbesluit van de Europese Commissie. Zo'n besluit is er niet voor de Verenigde Staten. In dat land is geen passend beschermingsniveau voor de verwerking van persoonsgegevens.

De Verenigde Staten voldoen niet aan de eisen van de AVG, zoals is gebleken uit de uitspraak van HvJ EU van 6 oktober 2015 (Schrems I)¹¹ en de uitspraak van HvJ EU van 16 juli 2020 (Schrems II)¹². Europese privacy instanties EDPB en EDPS hebben zich kritisch uitgelaten over datatransfers naar de VS, ook door overheden. De Portugese privacy toezichthouder heeft op 27 april 2021 bekend gemaakt¹³ dat een datatransfer naar de Verenigde Staten werd verboden¹⁴. Het Europees Parlement heeft in een resolutie van 20 mei 2021¹⁵ de Commissie uitgenodigd te onderbouwen op grond waarvan gegevens met de VS nog kunnen worden uitgewisseld. Die onderbouwing is er nog steeds niet.

Dat toetsing aan de eisen voor doorgifte dient plaats te vinden, geldt ook voor verdragen, zoals de Afdeling advisering van de Raad van State ook in een advies over het Kosovo-verdrag opmerkt¹⁶. Doorgifte is slechts toegestaan als aan strenge eisen wordt voldaan (in het citaat zijn de noten verwijderd):

Doorgifte van persoonsgegevens is echter ook toegestaan als er geen adequaatheidsbesluit voor het land genomen is, mits het desbetreffende land passende waarborgen biedt en betrokkenen over afdwingbare rechten en doeltreffende rechtsmiddelen beschikken. De AVG noemt een aantal instrumenten waarmee die passende waarborgen kunnen worden geboden.

¹¹ Zaak C-362/14 Maximilian Schrems v Data Protection Commissioner.

¹² Zaak C-311/18 Data Protection Commissioner v Facebook Ireland Limited en Maximilian Schrems.

¹³ <https://www.cnpd.pt/comunicacao-publica/noticias/censos-2021-cnpd-suspende-fluxos-para-os-eua/>

¹⁴ Besluit: <https://www.cnpd.pt/umbraco/surface/cnpdDecision/download/121875>.

¹⁵ European Parliament resolution of 20 May 2021 on the ruling of the CJEU of 16 July 2020 – Data Protection Commissioner v Facebook Ireland Limited and Maximilian Schrems ('Schrems II'), Case C-311/18 (2020/2789(RSP)),

¹⁶ <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-1000053>