

De impact van Amerikaanse extraterritoriale regelgeving op Nederlandse belangen

Cedric Ryngaert¹

De Verenigde Staten gebruiken extraterritoriale economische regelgeving om hun nationale belangen veilig te stellen. Zij is die regelgeving de laatste jaren steeds meer gaan gebruiken als geopolitiek wapen. Daarnaast is de VS recent begonnen haar belastingwetgeving extraterritoriaal toe te passen door belastingaangifte verplicht te stellen voor in het buitenland wonende Amerikaanse staatsburgers. De Amerikaanse extraterritoriale regelgeving heeft een aanzienlijke impact op de belangen van Nederlandse individuen, Nederlandse ondernemingen en de Nederlandse Staat zelf. Nederlandse (rechts-)personen worden geconfronteerd met handelsbeperkingen en aangifteverplichtingen, terwijl de politieke ruimte om een zelfstandig Nederlands (en Europees) buitenlands beleid vorm te geven verkleint als gevolg van extraterritoriale sanctiedreiging.

Het is genoegzaam bekend dat de Verenigde Staten (VS) niet aarzelen om extraterritoriale economische regelgeving uit te vaardigen om hun nationale belangen veilig te stellen.² Dergelijke regelgeving legt verplichtingen op aan personen buiten de VS, zonder dat deze personen, of activiteiten die zij verrichten, een sterke (territoriale) band met de VS hebben. De afgelopen jaren is de VS ter zake actiever geworden. Ze gebruikt extraterritorialiteit steeds meer als een geopolitiek wapen in de strijd om internationale hegemonie.³ In die context heeft de VS de export van bepaalde technologieën naar China aan banden gelegd en medewerking aan de bouw van een gaspijplijn tussen Rusland en Europa gesanctioneerd.⁴ Verder is de VS recent begonnen haar belastingwetgeving extraterritoriaal toe te passen om Amerikaanse belastingontwijking tegen te gaan, door met name belastingaangifte verplicht te stellen voor in het buitenland wonende Amerikaanse staatsburgers.⁵ De Amerikaanse extraterritoriale regelgeving heeft een aanzienlijke impact op de belangen van Nederlandse individuen, Nederlandse ondernemingen en de Nederlandse Staat zelf. Nederlandse (rechts-)personen worden geconfronteerd met handelsbeperkingen en aangifteverplichtingen, terwijl de politieke ruimte om een zelfstandig Nederlands (en Europees) buitenlands beleid vorm te geven verkleint als gevolg van extraterritoriale sanctiedreiging.

In deze bijdrage presenteer ik drie *vignettes*, waarin ik de impact van recente extraterritoriale Amerikaanse

regelgeving in Nederland (en in bredere zin de EU) over het voetlicht breng. Het gaat daarbij om (1) Amerikaanse beperkingen ten aanzien van de export van bepaalde technologieën naar China; (2) Amerikaanse sancties ten aanzien van de constructie van de Nord Stream 2-pijplijn, die aardgas rechtstreeks vanuit Rusland naar de EU zal transporteren; en (3) de toepassing van Amerikaanse inkomstenbelastingwetgeving op 'onbedoelde' Amerikanen, Amerikaanse staatsburgers die nauwelijks een band met de VS hebben. In deze drie *vignettes* besteed ik aandacht aan (a) de mate waarin de Amerikaanse extraterritoriale regelgeving Nederlandse belangen raakt, (b) de internationale rechtmatigheid van deze regelgeving, en (c) de wijze waarop Nederland en Europa (kunnen) omgaan met de Amerikaanse extraterritoriale claims. Vervolgens sintetiseer ik de inzichten die in de *vignettes* zijn opgedaan en suggereer ik een pad voorwaarts.

1. Amerikaanse beperkingen ten aanzien van de export van technologie naar China

Onder President Trump is de VS China steeds meer gaan zien als een strategische rivaal wiens technologische ontwikkeling dient te worden afgeremd. Met het oog op het voorkomen van Chinese dominantie heeft de VS recent stringente beperkingen opgelegd aan de export van technologie naar China. Deze beperkingen hebben niet alleen betrekking op directe export vanuit de VS naar China, maar ook op indirecte export naar China vanuit derde

landen. Op basis van Amerikaanse exportregelgeving is het buitenlandse ondernemen verboden bepaalde items naar China te exporteren, voor zover die items (deels) een direct product zijn van Amerikaanse technologie of software.⁶ De VS heeft in het bijzonder de levering van halfgeleiders (chips), die onmisbaar zijn in de ontwikkeling van moderne elektronica, ten gunste van het Chinese technologiebedrijf Huawei sterk aan banden gelegd.⁷ Het maakt daarbij niet uit dat de betrokken halfgeleiders in een derde land, zoals Nederland, ontwikkeld of geproduceerd worden. Het volstaat dat ze gebaseerd zijn op Amerikaanse technologie of software. Als gevolg van deze exportbeperkingen is het voor Chinese bedrijven zoals Huawei steeds moeilijker geworden om in het buitenland ontwikkelde of geproduceerde chips te verkrijgen.⁸

Deze beperkingen raken niet alleen China en Chinese ondernemingen, maar ook Nederlandse toeleveranciers. Als hoogtechnologisch land is Nederland een belangrijke internationale speler in de wereld van de halfgeleiders. Het in Veldhoven gevestigde ASML is de grootste leverancier van fotolithografiesystemen aan de halfgeleiderindustrie en is het (in waarde) grootste technologiebedrijf van Europa.⁹ ASML levert deze systemen ook aan Chinese afnemers en moet dan ook rekening houden met Amerikaanse exportbeperkingen, voor zover de systemen Amerikaanse componenten hebben. Zo heeft de VS druk uitgeoefend op Nederland om de export naar China te

voorkomen van de door ASML geproduceerde, zeer performante *extreme ultraviolet* (EUV) lithografiemachines.¹⁰ Nederland hernieuwde vervolgens een eerder aan ASML verleende exportvergunning niet.¹¹ Mocht Nederland de vergunning op termijn toch vernieuwen, dan zal de VS mogelijk rechtstreeks de export van EUV verbieden via aangescherpte exportcontroles.¹² Voorlopig levert ASML in ieder geval geen EUV-machines aan China, maar wel de iets minder performante DUV-systemen.¹³ Ook onder de nieuwe president Biden kiest de VS voor de harde lijn. In maart 2021 legde de Biden Administration bijvoorbeeld nieuwe restricties op aan de leveranciers van Huawei.¹⁴ Ook de door ASML geproduceerde DUV-systemen dreigen in de toekomst onder Amerikaanse sancties te vallen.¹⁵

Nederlandse ondernemingen kunnen er uiteraard voor opteren om de Amerikaanse exportcontroleregeling niet na leven en toch te exporteren naar China. Ze stellen zich in dat geval evenwel bloot aan verregaande Amerikaanse sancties. Zo dreigt het gevaar dat zij geen toegang meer hebben tot de Amerikaanse markt. Bovendien wordt de Amerikaanse regelgeving zowel bestuurlijk als strafrechtelijk gehandhaafd. Ondernemingen riskeren aanzienlijke bestuurlijke en strafrechtelijke boetes, en zelfs gevangenisstraf.¹⁶ Omdat niet-naleving grote gevolgen heeft, zullen Nederlandse ondernemingen derhalve geneigd zijn de Amerikaanse exportcontroleregeling na te leven. Dat geldt zelfs als EU-regels Europese onderne-

Omdat niet-naleving grote gevolgen heeft, zullen Nederlandse ondernemingen derhalve geneigd zijn de Amerikaanse exportcontroleregeling na te leven. Dat geldt zelfs als EU-regels Europese ondernemingen zouden verbieden zich te schikken naar de Amerikaanse regelgeving

Auteur

1. Prof. dr. C.M.J. Ryngaert is hoogleraar internationaal publiekrecht, Universiteit Utrecht (Ucall onderzoeksprogramma).

Noten

2. R. Knowles, 'Developments in the Law: Extraterritoriality', *Harvard Law Review* 2011/124, p. 1233.

3. Zie wat economische sancties betreft: P.E. Harrell, 'Trump's Use of Sanctions Is Nothing Like Obama's', *Foreign Policy* 5 oktober 2019.

4. Zie delen 1 en 2.

5. Zie deel 3.

6. Het gaat daarbij om erg technische regelgeving, die haar juridische grondslag vindt in de US Export Administration Regulations (EAR, 15 C.F.R. 730 et seq.) en waarop het US Bureau of Industry and Security (BIS) toezicht houdt (www.bis.gov/doc). Voor

een bevattelijk overzicht van recente regelgevende evoluties: 'U.S. Export Control Reforms and China: Issues for Congress', *US Congressional Research Service* 15 januari 2021.

7. Voor een overzicht van de huidige stand van zaken met betrekking tot Huawei: BIS, Huawei Entity List Frequently Asked Questions (FAQs) (online, bijgewerkt op 3 december 2020).

8. China richt zich daarom steeds meer op productie van chips in China zelf. Zie K. Hille, Y. Yang & Q. Liu, 'Huawei develops plan for chip plant to help beat US sanctions', *Financial Times* 1 november 2020.

9. 'How ASML became chipmaking's biggest monopoly', *The Economist* 27 februari 2020.

10. M. Hijink, 'VS hebben 'noodplan' klaarliggen voor ASML's EUV-machine', *NRC Handelsblad* 12 november 2020.

11. 'Trump administration pressed Dutch hard to cancel China chip-equipment sale: sources', *Reuters* 6 januari 2020.

12. Op dit moment zouden de EUV-machines niet onder de Amerikaanse sanctieregelgeving vallen omdat in de VS gefabriceerde componenten minder dan 25% van de totale waarde uitmaken. Zie 'Trump administration pressed Dutch hard to cancel China chip-equipment sale: sources', *Reuters* 6 januari 2020.

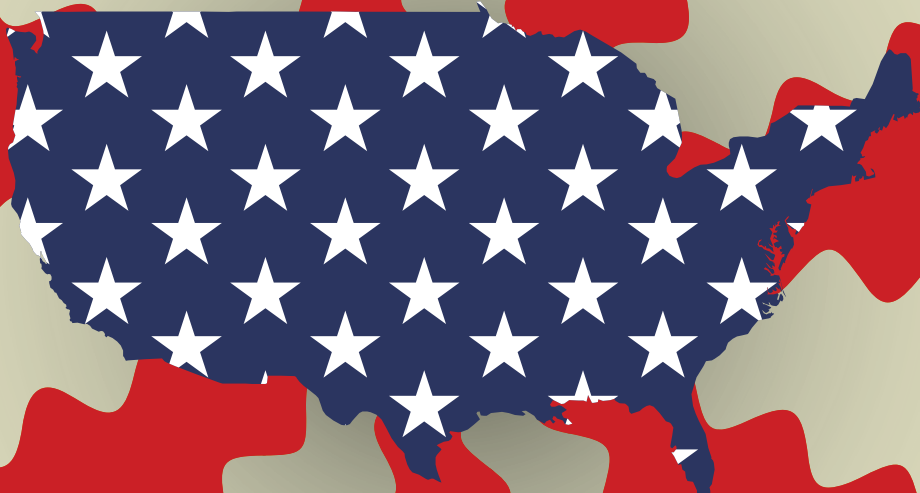
13. In maart 2021 sloten Semiconductor Manufacturing International Corporation (SMIC), dat deels eigendom is van de Chinese staat, en ASML een geamendeerd koopcontract over de levering van *ultraviolet* (DUV) lithography systems ter waarde van \$ 1,2 miljard. Zie C. Pan, 'US-China tech war: SMIC secures supply of chip-making equipment from ASML as signs suggest easing of sanctions', *South China*

Morning Post 4 maart 2021. Dit contract heeft geen betrekking op de EUV-systemen, maar het feit dat de levering van de DUV-systemen toch kan doorgaan, wijst volgens de auteur op een wat meer toegelijke attitude van de VS.

14. K. Freifeld, 'Biden administration adds new limits on Huawei's suppliers', *Reuters* 11 maart 2021.

15. M. van Dijk, 'Amerikanen willen dat er nog minder ASML-machines naar China gaan', *Eindhovens Dagblad* 10 maart 2021.

16. Strafsancties kunnen bestaan uit maximum twintig jaar gevangenisstraf en maximum \$ 1 miljoen per schending. Een bestuurlijke boete kan \$ 300.000 per schending bedragen, dan wel het dubbele van de waarde van de transactie. Zie 15 C.F.R. Parts 730-774 (EAR); Export Control Reform Act of 2018 (50 U.S.C. §§ 4801-4852) (ECRA).



© Shutterstock

mingen zouden verbieden zich te schikken naar de Amerikaanse regelgeving. Zo heeft de EU-blokkeringswetgeving ten aanzien van de Amerikaanse extraterritoriale sancties tegen Iran¹⁷ weinig impact gehad: in de praktijk is de handel tussen de EU en Iran sinds de aanscherping van de Amerikaanse sancties in 2018 dramatisch teruggelopen.¹⁸

Internationaalrechtelijk gezien lijkt de toepassing van Amerikaanse exportcontroleregeling op economische transacties tussen een Chinese onderneming en een onderneming in een derde land problematisch. Deze regelgeving wordt dan immers extraterritoriaal toegepast,

wat slechts te rechtvaardigen is wanneer de VS een beroep kan doen op een algemeen aanvaard beginsel van extraterritoriale rechtsmacht. Een beroep op het nationaliteitsbeginsel biedt de VS wellicht weinig soelaas, want Amerikaanse software en technologie zijn goederen, die formeel geen 'nationaliteit' hebben.¹⁹ De VS kan in beginsel dan ook niet zomaar haar regelgeving toepassen op producten die geproduceerd of ontwikkeld werden op basis van deels Amerikaanse software en technologie. Ook toepassing van het beschermingsbeginsel lijkt weinig overtuigend. De VS is dan wel van oordeel dat de technologische ontwikkeling

van China de nationale veiligheid van de VS in gevaar brengt, maar die dreiging zal toch enigszins objectiveerbaar moeten zijn. Het beschermingsbeginsel biedt immers geen vrijbrief om elke expansieve rechtsmachtsaanspraak op grond van een beweerdelijk gevaar voor de nationale veiligheid te billijken.²⁰ In ieder geval zal de VS aannemelijk moeten maken dat specifieke economische transacties tussen twee niet-Amerikaanse ondernemingen een directe bedreiging vormen voor de Amerikaanse nationale veiligheid. Het lijkt er niet op dat de VS daarin slaagt. Dat een staat zoals China een technologische voor-sprong neemt door het importeren van halfgeleiders uit derde landen is strategisch gezien mogelijk onwenselijk, maar dit betekent nog niet dat China daadwerkelijk een bedreiging vormt voor de nationale veiligheid van de VS. In de uitoefening van hun economische soevereiniteit staat het derde landen, zoals Nederland en andere Europese landen, vrij om op weloverwogen wijze handel te drijven met China. Die wens om strategische autonomie te vrijwaren blijkt ook uit het eind 2020 door de EU en China gesloten investeringsakkoord²¹ (al lijkt de ratificatie van dit akkoord op de helling te staan na het opleggen van EU-sancties jegens Chinese gezagsdragers die betrokken zouden zijn bij mensenrechtenschendingen tegen de Oeigoerse minderheid).²²

Toch lijken de Amerikaanse exportbeperkingen impact te hebben gehad op de Europese positie ten aanzien van China. Onder meer als gevolg van de Amerikaanse druk hebben meerdere Europese landen hun bezorgdheid geuit over de participatie van Chinese technologiebedrijven zoals Huawei in het aanleggen van het 5G-netwerk, en hebben zij Huawei c.s. deels geweerd.²³ Nederland nam in 2019 het Besluit veiligheid en integriteit telecommunicatie aan om spionage tegen te gaan 'wanneer in bepaalde

onderdelen van het netwerk of de bijbehorende faciliteiten, de zogenoemde "kritieke onderdelen", gebruik wordt gemaakt van producten of diensten van een leverancier die onder invloed staat van een kwaadwillende partij'.²⁴ Chinese partijen werden niet met name genoemd, maar het is onmiskenbaar dat Nederland Huawei in het vizier heeft.²⁵

Hoewel de Amerikaanse exportbeperkingen op het eerste gezicht problematisch zijn onder internationaal recht, lijkt de VS toch deels haar slag thuis te hebben gehaald nu Europese landen een aantal Amerikaanse bezorgdheden jegens China delen. Niettemin is het onwaarschijnlijk dat de EU de Amerikaanse exportbeperkingen ten aanzien van China zal repliceren, althans niet als de doelstelling daarvan is de technologische opmars van China een halt toe te roepen.²⁶ Wel is de EU van plan de export van bepaalde technologieën naar China nauwgezet te controleren, voor zover deze worden gebruikt voor praktijken die tegen de waarden van de EU indruisen, zoals gezichtsherkenning van minderheidsgroepen.²⁷

2. Amerikaanse sancties ten aanzien van de constructie van de Nord Stream 2-pijplijn

Op dit moment wordt in de Oostzee de laatste hand gelegd aan de Nord Stream 2-pijplijn. Die pijplijn zal aardgas transporteren vanuit Rusland, dat de grootste gasreserves ter wereld heeft, naar Duitsland en verder naar de EU, waaronder Nederland.²⁸ Ook Nederlandse bedrijven, zoals Shell, Boskalis en Van Oord zijn betrokken bij de aanleg van de pijplijn.²⁹ Het Nederlandse kabinet heeft ter zake 'een neutrale positie' en ziet 'Nord Stream 2 als een commercieel project, waarbij het zich rekenschap geeft van de geopolitieke aspecten'.³⁰ Deze neutraliteit is niettemin relatief, aangezien het kabinet aangeeft dat het aan-

17. Verordening (EU) nr. 2271/96, *PbEU* L 1996, 309/1; Gedelegeerde Verordening (EU) nr. 2018/1100, *PbEU* L 2018, 199/1.

18. C. Ryngaert, 'De Europese "Blocking Statute" - Een probaat middel om het Europese bedrijfsleven te beschermen tegen de Amerikaanse secundaire sancties tegen Iran?', *SEW* 2019/57, p. 157-167. In 2019 liep de import uit Iran met 93% terug, de export met 49%. Zie European Commission, Trade in goods with Iran Total goods: EU Trade flows and balance, annual data 2009-2019. Intussen onderzoekt de Commissie hoe de blokkeringswetgeving effectiever kan worden. Zie Commissiedocument 32 van 2021, laatste definitieve versie. De EU-blokkeringswetgeving is op dit moment overigens slechts van toepassing op de Amerikaanse sancties tegen Cuba en Iran, al kan deze uiteraard uitgebreid worden.

19. T. Ruys & C. Ryngaert, 'Secondary Sanctions: A Weapon out of Control? The International Legality of, and European Responses to, US Secondary Sanctions', *British Yearbook of International Law* 22 september 2020 deel III.B.2. (toegang

online <https://doi.org/10.1093/bybil/braa007>).

20. Omdat het beschermingsbeginsel aan staten de vrijheid geeft om zelf te bepalen welke bedreigingen hun nationale veiligheid in het gedrang brengen, wordt de validiteit van het beschermingsbeginsel zelf soms in twijfel getrokken. Zie bijvoorbeeld J. Hörnle, *Internet Jurisdiction. Law and Practice*, Oxford: Oxford University Press 2021, p. 95 ('One point of concern regarding the use of the protective principle is that because it solely focuses on states' national interests, it may undermine international solidarity').

21. 'EU - China Comprehensive Agreement on Investment (CAI): list of sections' trade. ec.europa.eu 22 januari 2021.

22. Uitvoeringsverordening (EU) 2021/478 van de Raad van 22 maart 2021 tot uitvoering van Verordening (EU) 2020/1998 betreffende beperkende maatregelen tegen

ernstige schendingen van de mensenrechten (*PbEU* 2021, L 991/1).

23. L. Cerulus, 'Trump and friends: Where European countries come down on Huawei', *Politico* 20 mei 2020. Deze bezorgd-

heid is deels het resultaat van Amerikaanse druk of bewustmaking, maar niet *alleen*. Zo ontstonden er in Nederland, onafhankelijk van Amerikaanse interventie, zorgen toen uit een rapport van KPN bleek dat Huawei onbeperkt toegang had tot de gegevens van KPN-dochter Telfort. Zie 'Huawei had onbeperkt toegang tot gegevens miljoenen Telfort klanten', *Volkskrant* 29 maart 2021. Ook de AIVD onderzocht mogelijke Chinese spionage via Huawei. Zie 'AIVD onderzoekt mogelijke Chinese spionage via Huawei in Nederland', *Volkskrant* 16 mei 2019.

24. Besluit van 28 november 2019, houdende nadere regels betreffende de veiligheid en integriteit van openbare elektronische communicatienetwerken en -diensten (Besluit veiligheid en integriteit telecommunicatie), (Stb. 2019, 457 4).

25. M. Hijink, 'Nederland kiest harde lijn tegen Huawei in 5G-netwerk', *NRC* 5 december 2019; M. Duursma, 'Algemene Maatregel van Bestuur kan alleen op Huawei slaan', *NRC* 6 december 2019.

26. B. Dekker & M. Okano-Heijmans, *The US-China trade-tech stand-off and the*

need for EU action on export control, Den Haag: Clingendael 2019.

27. Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot instelling van een EU-Regeling voor controle op de uitvoer, de overbrenging, de tussenhandel, de technische bijstand en de doorvoer van producten voor tweerlei gebruik (her-schikking). Commissiedocument 616 van 2016, laatste definitieve versie. Over dit voorstel van de Commissie werd pas in 2020 overeenstemming bereikt. Zie Commissie, 'Commission welcomes agreement on the modernisation of EU export controls', persbericht 9 november 2020.

28. 'Why Europe needs Nordstream 2', nord-stream2.com/company/rationale/, 1 maart 2021.

29. 'Strijd om gas tussen VS en Rusland treft Nederlandse bedrijven', *NOS* 28 juni 2020.

30. Brief van de Minister van Buitenlandse Zaken respectievelijk de Minister van Economische Zaken en Klimaat van 9 februari 2021, *Kamerstukken II* 2021/21, 21 501-33, 845, p. 8.

De VS intervenueert dan ook op internationaal onrechtmatige wijze in keuzes die Europa zelf behoort te maken in de uitoefening van haar energiesoevereiniteit

bod van Russisch gas bijdraagt 'aan lagere prijzen, wat van belang is voor de concurrentiepositie van de economie, ook de Nederlandse', en 'functionele samenwerking' met Rusland is na te streven om 'het publieke belang van energievoorzieningszekerheid te waarborgen'.³¹ De Nederlandse positie is vergelijkbaar met de Duitse, die Nord Stream 2 ook als een louter commercieel project ziet.³² Wendelmoet Boersema heeft in een recent boek (2021) laten zien hoe Nederland door het dichtdraaien van de Groningse gaskraan steeds meer afhankelijk is geworden van de import van Russisch gas, ondanks de verslechterde politieke verhoudingen met Rusland.³³ Zolang de energietransitie richting duurzame energievoorziening niet voltooid is, ligt het in de rede dat Nederland zeker op korte termijn Russisch gas zal moeten blijven afnemen. Vanuit Nederlands perspectief biedt het Nord Stream 2-project meer energie zekerheid dan de transit van Russisch gas via Oekraïne, gezien de gespannen verhoudingen tussen Rusland en Oekraïne.³⁴ Nord Stream 2 dient dan ook een Nederlands belang.

De Verenigde Staten verzetten zich echter hevig tegen de constructie van het Nord Stream 2-project, uit vrees dat Europa te afhankelijk wordt van Rusland³⁵ en dat de Amerikaanse plannen voor uitvoer van vloeibaar aardgas (LNG) naar Europa worden gedwarsboemd.³⁶ Dit verzet blijft niet bij woorden, maar heeft zich ook vertaald in daden: de VS heeft wetgeving aangenomen die het mogelijk maakt sancties op te leggen aan ondernemingen, inclusief niet-Amerikaanse ondernemingen, die direct of indirect betrokken zijn bij de constructie van de pijplijn. Het gaat daarbij om sancties die deze ondernemingen uitsluiten van de Amerikaanse markt en die hun goederen in de VS blokkeren.³⁷ Op 19 januari 2021 legde de VS – toen nog de Trump Administratie – sancties op aan het Russische schip *Fortuna*, dat door het Russische gasbedrijf Gazprom wordt gebruikt om de constructie van Nord Stream 2 te voltooien, alsook aan de eigenaar van het schip.³⁸ Kort daarna trok een groot aantal bedrijven zich terug uit het project.³⁹ De Duitse deelstaat Mecklenburg-Vorpommern bracht op zijn beurt de commerciële haven van Sassnitz, waar de pijplijn aan land komt, onder in een publieke stichting, om op die manier de oplegging van Amerikaanse sancties te voorkomen.⁴⁰ De nieuwe Amerikaanse president Biden stelt zich wat verzoenender op, maar heeft niet uitgesloten dat additionele sancties zullen volgen.⁴¹

De Amerikaanse sanctiewetgeving is extraterritoriaal van aard voor zover ze economische transacties tussen niet-Amerikaanse (rechts-)personen sanctioneren, bijvoorbeeld Nederlandse bedrijven die een rol spelen in de constructie van Nord Stream 2. Opnieuw lijkt de VS deze extraterritoriale rechtsmacht te rechtvaardigen op basis van het beschermingsbeginsel. Er valt echter niet in te zien hoe de constructie van de pijplijn de Amerikaanse nationale veiligheid in het gedrang zou kunnen brengen. De constructie van Nord Stream 2 versterkt dan mis-

schien de strategische positie van Rusland, maar dat betekent nog niet dat Rusland daadwerkelijk de Amerikaanse veiligheid bedreigt. Het is nog onduidelijker in welke mate niet-Amerikaanse bedrijven die betrokken zijn bij Nord Stream een bedreiging vormen voor de VS.⁴² De VS intervenueert dan ook op internationaal onrechtmatige wijze in keuzes die Europa zelf behoort te maken in de uitoefening van haar energiesoevereiniteit.

Interessant is dat er nog steeds een levendig intern Europees debat over de wenselijkheid van Nord Stream 2 woedt, de Amerikaanse druk daargelaten. Dit debat heeft een extra dimensie gekregen in de nasleep van de Navalny-affaire en de sancties die de EU vervolgens oplegde aan een aantal Russische gezagsdragers.⁴³ Het Europees Parlement riep de EU zelfs op om Nord Stream 2 onmiddellijk stop te zetten.⁴⁴ Uiteindelijk is het aan Europa en niet aan de VS om te beslissen over de wenselijkheid van Nord Stream 2, een beslissing die immers over de *Europese* energievoorziening gaat.⁴⁵

Het is overigens niet de eerste keer dat de VS zich op deze manier gedraagt. In de jaren 1980 legde de VS sancties op aan Europese bedrijven die betrokken waren bij de constructie van een pijplijn die aardgas van de Sovjet-Unie naar West-Europa zou moeten brengen, voor zover die bedrijven apparatuur en technologie leverden die waren geproduceerd met een Amerikaanse licentie.⁴⁶ Dit leidde tot aanzienlijk Europees protest, waarbij de Europese Commissie de Amerikaanse extraterritoriale sancties als internationaal onrechtmatig bestempelde.⁴⁷ De VS trok de sancties vervolgens in.

In ieder geval lijken de tegen Nord Stream 2 gerichte Amerikaanse sancties een impact te hebben gehad, getuige het aantal ondernemingen dat zich uit het project heeft teruggetrokken. Niettemin is de verwachting dat Russische bedrijven het project toch zullen voltooien.⁴⁸ Deze bedrijven hoeven zich weinig zorgen te maken over Amerikaanse sancties: omdat ze nauwelijks banden met de VS hebben, hebben ze weinig te verliezen. Toch zal Nord Stream 2 nog internationaal erkende bedrijven moeten vinden die het project operationeel certificeren en bereid zijn de Amerikaanse sancties te trotseren.⁴⁹

Tot slot valt nog aan te stippen dat de exploitatiemodaliteiten van de pijplijn onzeker blijven, nog afgezien van de Amerikaanse sancties. Zodra de pijplijn operationeel is, zal deze in principe moeten voldoen aan de vereisten van de gewijzigde EU-gasrichtlijn met betrekking tot onder meer eigendomsontvlechting, derdentoevang en tariefbepaling.⁵⁰ Nord Stream 2 heeft deze richtlijn evenwel aangevochten voor het Hof van Justitie van de EU en een internationaal investeringstribunaal.⁵¹ Het is aannemelijk dat Nord Stream 2 uiteindelijk wel kan voldoen aan de vereisten van de richtlijn, maar dat dit tot hogere prijzen zal leiden. Dit kan het door de VS geleverde vloeibare gas (LNG) per saldo economisch aantrekkelijker maken dan het Russische gas.⁵² Ironisch genoeg

kan de strikte toepassing van het EU-recht dus de VS in de kaart spelen, zonder dat daarvoor Amerikaanse sancties nodig zijn.

3. Onbedoelde Amerikanen en de lange arm van het Amerikaanse belastingrecht

In beginsel heft een staat inkomstenbelasting op basis van het verblijfsbeginsel dan wel het bronbeginsel. Inkomstenbelastingheffing heeft derhalve betrekking op twee categorieën van personen: (1) personen die op het grondgebied verblijven; (2) personen die inkomsten verwerven in de staat. De Verenigde Staten heffen evenwel inkomstenbelasting op grond van *nationaliteit*, dus ook

Alleen de VS en Eritrea gebruiken nationaliteit als grondslag voor inkomstenbelasting

31. *Ibid.*, p. 7.

32. 'Germany backs Nord Stream 2 "for the time being": Merkel', euractiv.com, 6 februari 2021. Zie voor de nauwe commerciële banden tussen Duitsland en Rusland in het algemeen: 'Deutschland AG's enduring bet on Russia', *The Economist* 27 maart 2021.

33. W. Boersema, *Gronings Goud. Over de macht van het gas en de rol van Rusland*, Ambo/Anthos 2021.

34. W. Boersema, 'Waarom Nederland zo aan die omstreken Nord Stream-gaspijp hangt', *Trouw* 9 oktober 2020.

35. US Congressional Research Service, 'Russia's Nord Stream 2 Pipeline: Continued Uncertainty', 8 februari 2021.

36. 'Timeline-Nord Stream 2: the difficult birth of Russia's gas link to Germany', *Reuters* 27 januari 2021.

37. Countering Russian Influence in Europe and Eurasia Act of 2017 (CRIIEA, P.L. 115-44, Title II); Countering America's Adversaries Through Sanctions Act (CAATSA, P.L. 115-44).

38. US State Department, 'Sanctions on Russian Entity and a Vessel Engaging in the Construction of Nord Stream 2', persbericht 19 januari 2021.

39. 'Baker Hughes, AXA Group, 16 others quit Nord Stream 2 pipeline', *Reuters* 24 februari 2021.

40. 'Landtag stimmt für eigene Stiftung zum Weiterbau von Nord Stream 2', *NDR* 7 januari 2021.

41. 'US sees progress against Nord Stream 2 amid calls for more action', *Euractiv* 23 februari 2021.

42. Samen met een co-auteur werk ik dit

argument juridisch verder uit in: C. Ryn-gaert & T. Ruys 'US sanctions against persons involved in the construction of the Nord Stream 2 pipeline project: Europe's energy sovereignty under threat – Parts I-II', *RENFORCE blog*, 2 en 9 november 2020.

43. Uitvoeringsverordening (EU) 2021/371 van de Raad van 2 maart 2021 tot uitvoering van Verordening (EU) 2020/1998 betreffende beperkende maatregelen tegen ernstige schendingen van de mensenrechten, (*PbEU* 2021, L 711).

44. Europees Parlement, resolutie van 21 januari 2021 met betrekking tot de arrestatie van Aleksei Navalny (2021/2513(RSP), para. 11.

45. Zie ook US Congressional Research Service, 'Russia's Nord Stream 2 Pipeline: Continued Uncertainty', 8 februari 2021 ('EU officials on record as opposing the pipeline have stated that the EU rejects as a "matter of principle" the imposition of sanctions against EU companies conducting legitimate business in line with European law.').

46. 47 Fed. Reg. 141 (1982), 15 C.F.R. § 379.4, 385.2, 399.1-2. Zie voor een bespreking Gary H. Perlow, 'Taking Peacetime Trade Sanctions to the Limit: The Soviet Pipeline Embargo', *Case Western Reserve Journal of International Law* 1983/5, afl. 2, p. 253.

47. US-EC dispute over the gas pipeline from Siberia to Western Europe. Comments of the European Community on the Amendments of 22 June 1982 to the U.S. Export Regulations. 'EC Calls for Withdrawal of US. Pipeline Sanctions', *European Community News* nr. 23/1982, 12 augustus 1982.

48. 'Biden silent on sanctions as Nord Stream 2 speeds ahead', *Politico* 19 februa-

ten aanzien van Amerikaanse burgers die in het buitenland, zoals Nederland, verblijven. Hoewel nationaliteit in het strafrecht zonder meer erkend wordt als grondslag voor extraterritoriale rechtsmacht, is dat niet zo in het belastingrecht. Alleen de VS en Eritrea gebruiken nationaliteit als grondslag voor inkomstenbelasting.⁵³ 'Citizen-based taxation' is dus uitzonderlijk en staat zelfs op gespannen voet met het internationaal (gewoonte-) recht.⁵⁴ Het Nederlandse debat concentreert zich vooral op personen die zich niet eens bewust waren van hun Amerikaanse nationaliteit, de 'accidental Americans' (onbedoelde Amerikanen) die ook een andere nationaliteit (de Nederlandse) hebben.⁵⁵ Deze problematiek gaf aanleiding tot Kamerbrieven,⁵⁶ Kamervragen,⁵⁷ alsook een beslissing van de Rechtbank Midden-Nederland in kortgeding (december 2020).⁵⁸

Gedurende lange tijd handhaafde de VS het nationaliteitsbeginsel in het belastingrecht nauwelijks. Daarin kwam verandering met de aanneming van de *Foreign Account Tax Compliance Act* ('FATCA') in 2010.⁵⁹ Om belastingontduiking in het buitenland tegen te gaan, hebben buitenlandse, met

ri 2021.

49. *Ibid.*

50. Richtlijn 2019/692 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 tot wijziging van Richtlijn 2009/73/EG betreffende de gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas (*PbEU* 2019, L 117).

51. Het Gerecht van de EU verklaarde het beroep van Nord Stream 2 niet ontvanke-lijk. Zie T-526/19 - Nord Stream 2 v Parlement en Raad, beslissing van 20 mei 2020, ECLI:EU:T:2020:210. Nord Stream 2 is evenwel in beroep gegaan bij het Hof van Justitie, C-348/20 P. Deze zaak is nog aanhangig. Verder klaagde Nord Stream 2 de EU aan voor het Permanent Hof voor Arbitrage, op basis van een schending van het Verdrag inzake het Energiehandvest: *Nord Stream 2 AG/European Union*, PCA Case No. 2020-07. Zie voor een overzichtelijke stand van zaken van de procedures ook: Brief van de Minister van Buitenlandse Zaken van 6 november 2020 (*Kamerstukken II 2020/21*, 35373, nr. 25).

52. '5 challenges Nord Stream 2 faces in meeting EU regulations', *Politico* 14 mei 2020.

53. P.J. Spiro, 'Citizenship Overreach', *Michigan Journal of International Law* 2017/38, afl. 2, p. 168. De Eritrese diasporabelasting gaf eerder al aanleiding tot commotie in Nederland. Zie hierover met name Ministerie van Buitenlandse Zaken, Onderzoek naar mogelijkheden voor een verbod op de Eritrese diasporabelasting, Kamerbrief van 9 november 2018, *Kamerstukken II 2018/19*, 22831, 136; IBFD, Onderzoeksopdracht Ministerie van Buitenlandse Zaken, Diasporabelasting door Eri-

trea en de Nederlandse belastingwetgeving, Amsterdam, 15 oktober 2018.

54. A. Christians, 'A Global Perspective on Citizenship-Based Taxation', *Michigan Journal of International Law* 2017/38, afl. 2, p. 226-230; R. Mason, 'Citizenship Taxation', *Southern California Law Review* 2016/89, afl. 2, p. 237.

55. In de meeste gevallen gaat het om een persoon die 'in de VS is geboren terwijl zijn/haar Nederlandse ouders daar tijdelijk verbleven voor werk, vakantie of studie'. Zie de website van de lobbygroup Accidental Americans: <https://accidentalamericans.nl/docs/achtergrond/>. De VS hanteert het *jus soli* beginsel in haar nationaliteitsrecht, wat betekent dat eenieder die op Amerikaans grondgebied is geboren, de Amerikaanse nationaliteit heeft. 14th Amendment US Constitution; 8 U.S.C. § 1401.

56. Ministerie van Financiën, Kamerbrief stand van zaken toezeggingen Algemeen Overleg Toeval-Amerikanen, 2 februari 2021, *Kamerstukken II 2020/21*, 25087, 266; Ministerie van Financiën, Reactie op zwartboek van Accidental Americans, 23 november 2020, *Kamerstukken II 2020/21*, 25087, 263.

57. Ministerie van Financiën, Beantwoording van Kamervragen over de beslissing van de Rb. Midden-Nederland en bericht *Friesch Dagblad* 2 februari 2021, nr. D2021Z00077; Beantwoording Kamervragen FATCA, 19 maart 2020, nr. 2020Z03546.

58. Rb. Midden-Nederland, 23 december 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5647.

59. 124 Stat. 71, 97-117 (2010); 26 U.S.C. § 1471-1474.

inbegrip van Nederlandse, financiële instellingen op basis van deze wet een rapportageplicht met betrekking tot bepaalde bankrekeningen van 'US persons'. Om wetsconflicten te voorkomen, vooral in verband met de naleving van Nederlandse en Europese privacywetgeving, heeft Nederland vervolgens in 2013 een *inter-governmental agreement* (IGA) over informatie-uitwisseling in belastingzaken gesloten met de Verenigde Staten.⁶⁰ De Amerikaanse belastingverplichting voor Amerikaanse staatsburgers bestaat echter rechtstreeks op grond van de FATCA, en niet op grond van de IGA of het Nederlandse recht.

Als gevolg van de FATCA heeft een aantal Nederlandse banken, uit vrees voor Amerikaanse sancties, de rekeningen van onbedoelde Amerikanen in Nederland gesloten. De banken deden dit met name indien de onbedoelde Amerikanen geen fiscaal nummer in de VS (US TIN) aanleverden (hoe moeilijk dit ook voor hen was)⁶¹ of het bewijs leverden dat zij afstand hadden gedaan van het Amerikaanse staatsburgerschap. De Volksbank was een van deze banken. De Volksbank zegde de bankrelatie met een Amerikaanse staatsburger op, onder meer op grond van de overweging dat die laatste weigerde een TIN aan te vragen, waardoor sprake zou

Als gevolg van de FATCA heeft een aantal Nederlandse banken, uit vrees voor Amerikaanse sancties, de rekeningen van onbedoelde Amerikanen in Nederland gesloten

zijn van belastingontduiking. De klant ging tegen deze beslissing in beroep bij de Rechtbank Midden-Nederland, die op 23 december 2020 besliste dat de opzegging op deze grond terecht was: 'Vaststaat namelijk dat [eiser] geen TIN heeft verstrekt en ook niet wil gaan verstrekken, omdat hij geen belastingaangifte in de VS wil doen, terwijl hij daar wel toe verplicht is. Daarmee staat ook vast dat er een risico is op belastingontduiking en dat dat risico voldoende groot is om de daarop gebaseerde opzeggingsgrond te rechtvaardigen.'⁶²

Deze uitspraak leidde ertoe dat het Ministerie van Financiën met de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) de afspraak maakte dat banken geen rekeningen van onbedoelde Amerikanen meer zouden sluiten in 2021, ook niet als zij geen US TIN of een 'certificate of loss of nationality' hebben aangeleverd.⁶³ In Europees verband wordt gewerkt aan een definitieve regeling met de Verenigde Staten.⁶⁴ Intussen is het Nederlandse banken evenwel niet verboden een bankrelatie op zeggen 'waarin zich ook andere omstandigheden voordoen die aanleiding kunnen zijn voor het sluiten van de rekening indien blijkt dat dit noodzakelijk is voor het naleven van de Wet ter voorkoming van witwassen en terrorismefinanciering (Wwft)'.⁶⁵ In de Kamer liet de Minister van Financiën zich om begrijp-

pelijke redenen niet verleiden tot het bekritisieren van de *Volksbank*-uitspraak, maar het lijkt wel duidelijk dat er in deze zaak geen sprake was van 'andere omstandigheden'. De rechtbank achtte immers het loutere niet-verstrekken van de US TIN een voldoende reden om de bankrelatie op te zeggen op grond van de ontbindende voorwaarde in de bankovereenkomsten met eiser.⁶⁶ Deze uitspraak is evenwel niet *per se* ondeugdelijk, aangezien de afspraak tussen het Ministerie en de NVB dateert van na de uitspraak.⁶⁷ Niettemin lijkt zij op gespannen voet te staan met het door het EU-recht gegarandeerde recht op een basisbetaalrekening.⁶⁸ De Autoriteit Financiële Markten (AFM), die toezicht houdt op de naleving van de verplichting om consumenten toegang te geven tot een basisbetaalrekening, is weliswaar van oordeel dat een bank niet verplicht is een dergelijke rekening te verstrekken als er sprake is van de weigerings- en beëindigingsgronden die wettelijk zijn verankerd,⁶⁹ maar in de *Volksbank*-zaak paste de rechtbank geen van deze gronden toe.⁷⁰

Verder rijst nog de vraag in hoeverre de IGA tussen Nederland en de VS, die de rechtsgrondslag vormt voor de uitwisseling van gegevens met de Amerikaanse belastingdienst, in overeenstemming is met het EU-recht inzake gegevensbescherming. De bevoegde minister en staatssecretaris zijn van oordeel dat de IGA en de Nederlandse implementatiewetgeving voldoende waarborgen bieden.⁷¹ Dat is echter niet helemaal zeker in het licht van de aanneming van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG 2016),⁷² die dateert van na de IGA, als ook de recente jurisprudentie van het EU Hof van Justitie in de zaak *Schrems II* (2020).⁷³ In die laatste zaak verklaarde het Hof een EU-besluit met betrekking tot een tussen de EU en de VS gesloten akkoord over gegevensuitwisseling deels ongeldig op grond van de overweging dat de VS onvoldoende in bescherming van de uitgewisselde gegevens voorzag. Ook het IGA is een akkoord over gegevensuitwisseling met de VS. Uitwisseling van gegevens met de VS op basis van de IGA dient dan ook AVG-conform te zijn. Het *European Data Protection Board* (EDPB), dat toezicht houdt op de implementatie van de AVG, heeft daartoe in december 2020 richtlijnen gepubliceerd.⁷⁴ Hoewel de reikwijdte van de AVG-rechten beperkt kan worden, ook in het kader van akkoorden met derde staten, bijvoorbeeld om strafbare feiten te voorkomen of te bestraffen, dient de beperkende maatregel overeenkomstig artikel 23 AVG steeds noodzakelijk en evenredig te zijn. De vraag is of dat het geval is wat betreft de uitwisseling van gegevens van onbedoelde Amerikanen.⁷⁵ Deze personen gebruiken hun rekeningen bij Nederlandse banken niet om belasting te ontduiken. Zij zijn immers reeds belastingplichtig in Nederland, waar zij zich aan de regels houden. Bovendien zijn veel van deze personen uiteindelijk geen Amerikaanse belasting verschuldigd op basis van verdragen om dubbele belasting te vermijden.⁷⁶ De uitwisseling van hun gegevens met de VS kan dan ook neerkomen op een niet-noodzakelijke en onevenredige beperking van hun recht op gegevensbescherming.⁷⁷

Ondanks de hiervoor geschetste bezwaren kan toch begrip worden opgebracht voor de positie van de Nederlandse banken. Indien zij de op basis van de FATCA vereiste gegevens niet doorgeven aan de VS, stellen zij zich immers bloot aan potentieel draconische Amerikaanse

De uitwisseling van hun gegevens met de VS kan dan ook neerkomen op een niet-noodzakelijke en onevenredige beperking van hun recht op gegevensbescherming

sancties. Buitenlandse banken die de FATCA niet naleven, lopen het risico op een 'withholding tax' van 30% die wordt geheven op bepaalde betalingen vanuit de VS.⁷⁸ De VS zou deze sancties echter alleen opleggen wanneer

60. Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika tot verbetering van de internationale naleving van de belastingplicht en tenuitvoerlegging van de FATCA, 18 december 2013. Dit IGA is in Nederland uitgevoerd door de Wet op de internationale bijstandverlening bij de heffing van belastingen (24 april 1986, zoals gewijzigd) en het Uitvoeringsbesluit internationale bijstandverlening bij de heffing van belastingen (22 december 2011, zoals gewijzigd).

61. Daan Durlacher, een van de oprichters van de vereniging *American Overseas*, getuigde als volgt in *NRC* over de problemen om überhaupt een US TIN aan te vragen: 'Je hebt om te beginnen een geboortebewijs nodig en dat hebben de meeste mensen niet ... Punt is alleen: om een Amerikaans geboortebewijs te verkrijgen, heb je weer een adres in de VS en een belastingnummer nodig. Daar was het je nu juist om te doen. Wil je toch in aanmerking komen, dan moet je ten minste drie documenten hebben die aantonen dat je vrijwel je hele leven in Nederland hebt gewoond.' J. Kooiman, 'Fiscaal verdrag drijft Amerikanen in Nederland tot wanhoop', *NRC* 18 juni 2019. Een en ander lijkt derhalve op een Catch 22-situatie voor onbedoelde Amerikanen: voor een US TIN hebben zij een geboortebewijs nodig, maar voor een geboortebewijs hebben ze een US TIN nodig...

62. Rb. Midden-Nederland 23 december 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5647, r.o. 3.16. De rechtbank oordeelde wel dat de opzegging door Volksbank op de rechtsgond valsheid in geschrift ondeugdelijk was (r.o. 3.15). Ook verbodde hij Volksbank om de pensioenproducten van eiser te beëindigen (r.o. 3.19).

63. Kamerbrief, 2 februari 2021, *Kamer-*

stukken II, 2020/21, 25087, 266, p. 1

64. Raad van de EU, 'FATCA - Exchange of information under Intergovernmental Agreements - Letter to the U.S. Commissioner of the Treasury', 13977/20, 16 december 2020.

65. Kamerbrief, 2 februari 2021, *Kamerstukken II* 2020/21, 25087, 266, p. 7.

66. Rb. Midden-Nederland 23 december 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5647, r.o. 3.13 - 3.16.

67. In de Kamerbrief van 20 november 2020 had de Minister nog het volgende aangegeven: 'Als een klant expliciet te kennen heeft gegeven dat hij of zij geen US TIN of CLN zal vragen, dan kan het voorkomen dat na een zorgvuldig proces uiteindelijk een bankrekening wordt beëindigd.' *Kamerstukken II* 2020/21, 25087, 263, p. 4.

68. Richtlijn 2014/92/EU van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende de vergelijkbaarheid van de in verband met betaalrekeningen aangerekende vergoedingen, het overstappen naar een andere betaalrekening en de toegang tot betaalrekeningen met basisfuncties, *PbEU* 2014, L 257/214.

69. AFM, <https://www.afm.nl/nl-nl/consumenten/veelgestelde-vragen/betalingsverkeer/onbedoelde-amerikaan-basisbetaalrekening-weigeren>. De wettelijke basis is te vinden in art. 4:71f t/m 4:71i Wft.

70. Het wekt dan ook verbazing dat de AFM stelde dat haar 'standpunt niet in tegenspraak is met de rechterlijke uitspraak van 23 december 2020'. Zie Beantwoording Kamervragen, 2 februari 2021, nr. D2021Z00077, p. 2-3. p. 2-3.

71. Kamervragen, 2 februari 2021, nr. D2021Z00077 p. 6.

72. Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april

banken onvoldoende inspanningen hebben geleverd om de US TIN van hun klanten te verkrijgen.⁷⁹ Wat een 'voldoende inspanning' is, blijft vooralsnog onduidelijk en is voorwerp van gesprekken tussen de EU en de VS.⁸⁰

Het is belangrijk om in die context te beseffen dat Nederland en de EU zelf niet de bevoegdheid hebben om de FATCA te interpreteren. Aangezien het om Amerikaanse wetgeving gaat, kan alleen de VS dit doen. Het opzeggen van de IGA zou daarbij weinig zoden aan de dijk zetten, aangezien dit de extraterritoriale werking van de FATCA niet te niet doet.⁸¹ Men kan dus alleen maar de hoop uitspreken dat de VS de oren zal laten hangen naar de door Europa geuite bezwaren over de toepassing van de FATCA op onbedoelde Amerikanen.⁸² Het zou de VS sieren zich daarbij rekenschap te geven van de omstandigheid dat deze personen geen daadwerkelijke band met de VS hebben, en dat het opleggen van belasting derhalve niet legitiem is.⁸³

2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, (*PbEU* 2016, L 119/1).

73. HvJ EU 16 juli 2020, C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559 (*Data Protection Commissioner/Facebook Ireland and Maximillian Schrems*).

74. Guidelines 2/2020 on articles 46 (2) (a) and 46 (3) (b) of Regulation 2016/679 for transfers of personal data between EEA and non-EEA public authorities and bodies, 15 december 2020.

75. De voorganger van het EDPB, de *Article 29 Working Party*, weigerde stelling te nemen ter zake van de verenigbaarheid van FATCA met EU-gegevensbeschermingsrecht. Wel stelde dit orgaan dat 'affected individuals or parties who feel aggrieved by the FATCA regime or its implementation in their respective EU Member State can raise their concerns or a complaint on grounds of personal data violations to their relevant national [data protection agencies] providing all necessary information to the case at hand4 or the appropriate court at national level as required'. Zie Article 29 Data Protection Working Party, letter of 8 February 2018 to the collective of European 'accidental Americans'.

76. Overeenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontstaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen, 18 december 1992.

77. Zie in deze zin ook C. Garbarino, *FATCA legislation and its application and international and EU level*, rapport voor het Europees Parlement, 2018, p. 31; Europees Parlement, resolutie van 5 juli 2018 over de

nadelige gevolgen van de Amerikaanse Foreign Account Tax Compliance Act (FACTA) voor EU-burgers en met name 'accidental Americans' (2018/2646(RSP)), para. 5.

78. Zie voor een gedetailleerde bespreking: Deloitte, *The road ahead: An in-depth analysis of the final FATCA regulations*, 2013.

79. Leidraad FATCA/CRS met technische toelichting bij de NL IGA en de CRS-regelgeving (2020), para. 2.12. Bovendien heeft de bank 'in ieder geval tot juli 2023 de mogelijkheid om de missende TIN te verkrijgen van de klant'. *Ibid.*

80. Kamerbrief 2 februari 2021, *Kamerstukken II* 2020/21, 25087, 266, p. 5.

81. Potentieel zouden de banken en de belastingplichtigen zich in geval van een conflict tussen verplichtingen onder lokaal respectievelijk Amerikaans recht nog kunnen beroepen op de 'foreign sovereign compulsion doctrine' om onder de FATCA-verplichtingen uit te komen, maar toepassing van deze doctrine is slechts discretionair en niet verplicht. Zie Section 442 of US Restatement (Fourth) of Foreign Relations Law (2018).

82. Overigens heeft de VS in 2019 al een procedure aangenomen die het mogelijk maakt dat '[n]atuurlijke personen die buiten de VS wonen met (ook) de Amerikaanse nationaliteit ... onder bepaalde voorwaarden afstand [kunnen] doen van hun Amerikaanse nationaliteit zonder de reguliere US TIN/SSN procedure te doorlopen. Zie Leidraad FATCA/CRS, para. 2.13.

83. Spiro, *Michigan Journal of International Law* 2017, p. 186 ('The easier solution would be to eliminate, or at least ameliorate, citizenship-based income tax and broaden exceptions to the exit tax for those whose life connection to the United States has never been substantial.').

Helaas zijn de mogelijkheden voor Nederland en de EU om te reageren op deze onrechtmatige – en sowieso onwenselijke – Amerikaanse extraterritorialiteit beperkt

4. Een analyse van de recente evoluties

De drie *vignettes* laten zien dat de VS extraterritorialiteit aanwendt om haar buitenlands beleid vorm te geven en wetsontduiking tegen te gaan. De eerste twee *vignettes* betroffen Amerikaanse extraterritoriale sancties en het derde *vignette* extraterritoriale belastingheffing. Qua doelstelling verschillen extraterritoriale sanctiewetgeving en extraterritoriale belastingheffing aanzienlijk. In het eerste geval gaat het om sancties die de VS oplegt aan buitenlandse ondernemingen die economische transacties verrichten met een geopolitieke uitdager van de VS, met name China en Rusland. In het tweede geval gaat het om de toepassing van Amerikaanse belastingwetgeving op Amerikaanse onderdanen in het buitenland, waarbij de politiek-strategische dimensie ontbreekt. In beide gevallen hebben de Amerikaanse extraterritoriale rechtsmachtsaanspraken echter ingrijpende economische en financiële gevolgen voor zowel individuen als ondernemingen die nauwelijks een band met de VS hebben. 'Onbedoelde' Amerikanen – Nederlanders die toevalig ook de Amerikaanse nationaliteit verwierven omdat ze in de VS werden geboren gedurende een tijdelijk verblijf van hun ouders – worden verplicht aangifte te doen in de VS, wat substantiële kosten met zich meebrengt en kan leiden tot extra belastingheffing.⁸⁴ Nederlandse banken stellen zich bloot aan Amerikaanse sancties indien ze de Amerikaanse belastingdienst onvoldoende inzicht geven in de bankrekeningen van deze personen. Amerikaanse sanctiewetgeving legt verregaande exportbeperkingen op aan Nederlandse toeleveranciers van Chinese technologiebedrijven, en maakt het Nederlandse ondernemingen nagenoeg onmogelijk om direct of indirect deel te nemen aan de constructie van de Nord Stream 2-pijplijn.⁸⁵

De Amerikaanse extraterritoriale regelgeving heeft bovendien niet alleen een impact op de positie van private personen en operatoren, maar ook op de economische soevereiniteit van Nederland en Europa. Dat geldt in mindere mate voor de Amerikaanse extraterritoriale belastingheffing, maar vooral voor de Amerikaanse extraterritoriale sanctiewetgeving met een geopolitieke dimensie. Deze wetgeving sanctioneert bepaalde economische transacties tussen Nederland/Europa en staten of ondernemingen die de VS als een strategische bedreiging ziet, met name China en Rusland, alsook Chinese technologieondernemingen. Zij intervenueert in de beleidskeuzes die Nederland en Europa kunnen maken en beperkt de strategische autonomie die de EU claimt in haar buitenlands beleid.⁸⁶

Vanuit internationaalrechtelijk perspectief zijn deze Amerikaanse rechtsmachtsaanspraken problematisch. Er is sprake van een te weinig sterke band tussen de VS en het voorwerp van regulering.⁸⁷ Bovendien is er onvoldoende staatspraktijk die dergelijke aanspraken billijkt op

grond van het internationaal gewoonterecht: de VS staat (nagenoeg) alleen in het heffen van belastingen op grond van nationaliteit en in het opleggen van extraterritoriale economische sancties. De Amerikaanse aanspraken lijken dan ook het internationale rechtsmachtsrecht te schenden. In het geval van extraterritoriale sancties met een geopolitiek motief lijkt ook het verbod van interventie geschonden, omdat deze maatregelen de keuzes van Nederland en de EU beperken om een eigenstandig buitenlands beleid te voeren.⁸⁸

Helaas zijn de mogelijkheden voor Nederland en de EU om te reageren op deze onrechtmatige – en sowieso onwenselijke – Amerikaanse extraterritorialiteit beperkt. Europese blokkeringswetgeving, die Europese operatoren verbiedt Amerikaanse sanctiewetgeving na te leven, blijkt nauwelijks te bijten.⁸⁹ Een klacht bij de Wereldhandelsorganisatie (WTO) is weliswaar mogelijk, maar gezien de institutionele crisis bij het WTO-Geschillenbeslechtingsstelsel wellicht weinig effectief.⁹⁰ Nederland en de EU zouden tegenmaatregelen kunnen nemen, door bijvoorbeeld sancties aan Amerikaanse operatoren op te leggen. Dergelijke maatregelen drijven het conflict echter op de spits en zijn dus geen duurzame oplossing.

Dan biedt de diplomatieke weg meer mogelijkheden. Aan de Amerikaanse zijde moet in dat geval wel principiële bereidheid aanwezig zijn om extraterritorialiteit te minderen. Wat de precaire belastingssituatie van onbedoelde Amerikanen betreft, is voorzichtig optimisme aan de orde, gezien eerdere (zij het beperkte) Amerikaanse tegemoetkomingen.⁹¹ Wat de extraterritoriale sancties met een geopolitieke dimensie betreft, is de Amerikaanse president Biden meer op trans-Atlantische politieke samenwerking gericht dan zijn voorganger Trump. Of dat ook betekent dat de extraterritoriale sancties ter zake van Nord Stream 2 en technologie-export met bestemming China zullen worden ingetrokken, is echter maar de vraag. Er zijn signalen dat een deal tussen Duitsland en de VS aangaande Nord Stream 2 op handen is,⁹² maar *hardliners* in het Amerikaanse Congres verzetten zich.⁹³ Wat de exportrestricties ten aanzien van China betreft, zijn voorlopig geen signalen van ontspanning te bespeuren, integendeel zelfs.⁹⁴

5. Afsluitende opmerkingen

De VS gebruikt extraterritoriale regelgeving als een instrument van economische oorlogsvoering.⁹⁵ Europa is daarvan de dupe en ziet zich beperkt in haar buitenlands beleid op economisch vlak. De hoop is dat de Biden Administration zich coöperatiever zal opstellen en extraterritorialiteit zal terugschroeven. Als een diplomatieke oplossing zich niet aandient, is het niet ondenkbaar dat de Europese economie zich steeds meer zal loskoppelen van de Amerikaanse. Het is immers de trans-Atlantische eco-

nomische verwevenheid, gelieerd aan de omvang van de Amerikaanse economie en de dominantie van de US dollar, die de VS de macht geeft om via extraterritoriale sancties economische druk uit te oefenen op zowel partners als tegenstanders.⁹⁶ Als de relatieve omvang van de Amerikaanse economie afneemt en handelscontracten steeds meer in andere munteenheden worden gewaardeerd, zullen Amerikaanse extraterritoriale sancties veel minder effect hebben. Dat kan de VS ertoe aanzetten haar sanctiebeleid aan te passen.

Het gevaar is echter niet onbestaand dat China, dat vanaf 2026 een grotere economie dan de VS kan heb-

ben,⁹⁷ de fakkel van de VS zal overnemen op het vlak van extraterritoriale regelgeving. China gaf alvast een schot voor de boeg door op 9 januari 2021 voor het eerst blokkeringswetgeving aan te nemen om de ongerechtvaardigde extraterritoriale (lees: vooral Amerikaanse) toepassing van buitenlandse wetgeving tegen te gaan.⁹⁸ In maart 2021 voerde China de druk op Europa op om de Chinese en niet de Amerikaanse kant te kiezen.⁹⁹ Dit kan een voorbode zijn voor extraterritoriale economische sancties, die tot doel hebben Europa los te wrikken uit de Amerikaanse beknelling en in de Chinese invloedssfeer te brengen. ●

84. Als problemen worden met name genoemd: het inhuren van een Amerikaanse belastingdeskundige en de Amerikaanse belasting bij verkoop van vermogen (een belasting die in Nederland niet bestaat). Zie 'Wat is nu eigenlijk het probleem?' *accidentalamericans.nl*.

85. Section 232 CAATSA sanctioneert niet alleen ondernemingen die investeren in de pijplijn, maar ook ondernemingen die 'sell, lease or provide goods, services, technology, information or support to the Russian Federation for the construction of Russian energy export pipelines'.

86. Zie voor een kritische bespreking: R. Youngs, 'The EU's Strategic Autonomy Trap', *Carnegie Europe* 8 maart 2021.

87. Zie over deze 'genuine connection requirement' overigens Section 407 Restatement (Fourth) of US Foreign Relations Law.

88. Vergelijk IGH 27 juni 1986, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua/United States of America)* p. 14, para. 205 ('A prohibited intervention [is] one bearing on matters in which each State is permitted, by the principle of State sovereignty, to decide freely. One of these is the choice of a political, economic, social and cultural system, and the formulation of foreign policy. Intervention is wrongful when it uses methods of coercion in regard to such choices, which must remain free ones.').

89. Ryngaert, *SEW* 2019/57.

90. J. Galbraith, 'United States Continues to Block New Appellate Body Members for the World Trade Organization, Risking the Collapse of the Appellate Process', *American Journal of International Law* 2019/113, afl. 4, p.822-831.

91. Leidraad FATCA/CRS, para. 2.13.

92. 'Running out of gas? Why Germany won't kill Nord Stream 2', *The Economist* 1 februari 2021.

93. 'Democratic U.S. senators urge Biden to speed sanctions over Nord Stream 2', *Reuters* 23 maart 2021.

94. 'Biden administration adds new limits on Huawei's suppliers', *Reuters* 11 maart 2021.

95. J. Nichols, 'Sanctions Are Economic Warfare', *The Nation* 20 januari 2020.

96. P.E. Harrell, 'Trump's Use of Sanctions Is Nothing Like Obama's', *Foreign Policy* 5 oktober 2019.

97. 'China's 2020 GDP means it will overtake U.S. as world's No. 1 economy sooner than expected', *Forbes* 18 januari 2021.

98. Rules on Counteracting Unjustified Extraterritorial Application of Foreign Legislation and Other Measures (2021), beschikbaar op www.mofcom.gov.cn/article/ij/jyj/e/202101/20210103032421.shtml.

99. 'China, Europe shouldn't fall for US' battlefield trap', *Global Times* (China) 28 maart 2021.