

doen. We noemen hier vier mogelijke manieren om met de spanningen als gevolg van dilemma's om te gaan:

1. *Timing.* Het is mogelijk om in een eerste fase het één te benadrukken en vervolgens in een latere fase meer aandacht voor het andere te hebben. *Eerst het één, later wellicht het andere.*
2. *Nadruk.* Expliciet kiezen voor het één betekent dat het ander minder aandacht krijgt of onder druk komt te staan. Het bewust volgen van de gevolgen van die keuze en eventueel onderweg bijsturen en bijstellen kan helpen om de nadelen te verzachten. *Vooraf het één, met oog voor ontwikkelingen rond het andere.*
3. *Voorkant/achterkant.* Omgaan met dilemma's kan ook gelaagd gebeuren. Door op de voorgrond vooral het ene deel van het dilemma te laten zien, maar achter de schermen wel degelijk ook oog voor het andere te hebben. Dat is minder zichtbaar in beeld, maar het gebeurt wel. *Het één op de voorgrond, het andere op de achtergrond.*
4. *Gecompartimenteerd.* Omgaan met dilemma's kan ook door in verschillende delen van de organisatie of het arrangement andere delen van het dilemma meer centraal te stellen. Dus in het ene deel meer oog voor het één, in een ander deel van de organisatie meer voor het andere. *Hier het één, daar het andere.*

Ten derde gaat het om *voortdurende reflectie*. We hebben betoogd dat vertrouwenwekkend shadebeleid niet goed voorspelbaar is en zich gaandeweg ontwikkelt. De werkelijke dynamiek is pas écht zichtbaar en herkenbaar als het arrangement in werking is en de door gemaakte keuzes in gang gezette ontwikkelingen zich voordoen. Het is weliswaar nodig om expliciete ontwerpkeuzes aan de voorkant te maken, maar dat moet gaandeweg het proces gepaard gaan met reflectie op de manier waarop het geheel zich ontwikkelt. Onderweg reflecteren op hoe het gaat en wat er als vervolg nodig is, is net zo belangrijk als het maken van 'goede' keuzes vooraf.

Reflectie in actie en reflectie op actie

Dilemma's vragen om keuzes, hoe moeilijk ook. Voor het ene kiezen betekent dat je het andere niet doet. Er gaat dus ook iets verloren. Deze notitie bevat door definities, dilemma's en dynamieken te benoemen een leidraad voor gesprek en reflectie die volgens ons vooraf én gedurende het proces van tegemoetkoming moet plaatsvinden. Dat gaat om reflectie *in* actie en reflectie *op* actie.

Die reflectie vindt op twee niveaus plaats. Allereerst gaat het om het expliciteren van de keuzes en afwegingen gedurende het werk: *reflectie in actie*. Dus in de operatie, bij de grote en kleine afwegingen die betrokkenen maken over de inrichting van het shadebeleid, steeds de vragen over bouwstenen, dilemma's en dynamieken op tafel brengen. Welke bouwstenen zetten we in, welke dilemma's doen zich hierbij voor, welke dynamieken zijn daar mogelijk bij te verwachten?

Vervolgens gaat het ook om *reflectie op actie*: gaandeweg momenten inruimen om meer strategisch het balkon te beklimmen om te bezien wat er op de 'vloer' gebeurt. Dat is meer strategische reflectie, zowel op hoe keuzes tot stand komen, wat daarin patronen en bijkbare voorkeuren zijn, als de manier waarop die keuzes uitpakken en tot gevolgen leiden. Ook hier bieden de door ons geschetste stappen houvast voor reflectie.

Tot slot gaat reflectie om terugkijken. Door periodiek terug te kijken op de gemaakte keuzes en afwegingen vindt zo reflectie *op actie* plaats. Voorbij de dagelijkse hectiek kan worden nagegaan of de richting en beweging nog steeds goed voelt. Voortschrijdend inzicht krijgt hier een plek. De bouwstenen, dilemma's en dynamieken uit deze notitie kunnen worden gebruikt als handvat en leidraad voor dat gesprek.

PELS RIJCKEN

Landsadvocaat

Advies

voor

 (Ministerie van Financiën)
van

 (kantoor landsadvocaat)
datum 5 april 2022
inzake Adviesvragen n.a.v. PwC-rapport 'Onderzoek Query's aan de Poort'
zaaknr 11017963

1 Inleiding

- 1.1 De Belastingdienst heeft PwC gevraagd een verdiepend onderzoek uit te voeren naar de risicosignalering bij directie Particulieren via "Detectie aan de Poort". U geeft aan dat PwC in het recent verschenen rapport¹ concludeert dat, gelet op de opzet van hun onderzoek, in veel gevallen niet meer is vast te stellen waarom aangiften zijn uitgeworpen voor intensief toezicht. Dit rapport van PwC (hierna ook: het PwC-rapport) is voor u aanleiding om de gevolgen van deze conclusies voor de inspecteur, ook gelet op het arrest van de Hoge Raad van 10 december 2021², te onderzoeken. De hoofdvraag is: welke gevolgen heeft het rapport van PwC voor de inspecteur indien belanghebbende in een procedure stelt dat zijn grondrechten zijn geschonden?
- 1.2 U heeft ons verzocht om op korte termijn te adviseren over deze vraag en een aantal deelvragen. Onze bevindingen over deze vragen zijn op hoofdlijnen in dit advies neergelegd.

2 Samenvatting van ons advies

- Gelet op het beperkte inzicht van een belanghebbende in de jegens hem toegepaste risicoselectie, zullen jegens de belanghebbende geen hoge eisen worden gesteld aan de motivering van de schending van een grondrecht door die risicoselectie. De belanghebbende zal evenwel niet kunnen volstaan met een algemene verwijzing naar het bestaan van de FSV of project 1043, zonder concrete op hem van toepassing zijnde feiten of omstandigheden aan te dragen. Indien een belanghebbende stelt dat zijn aangifte is geselecteerd vanwege bijvoorbeeld zijn (dubbele) nationaliteit, afkomst of

¹ Onderzoek Query's aan de Poort, door de Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst met de Tweede Kamer gedeeld bij brief van 29 maart 2022.

² ECLI:NL:HR:2021:1748.

geloofsovertuiging en dat een omstandigheid zoals benoemd in het PwC-rapport zich in zijn situatie voordoet, zal dat naar onze inschatting een voldoende motivering zijn.

- Indien de inspecteur met de door hem verstrekte gegevens aannemelijk kan maken dat de uitworp van de aangifte om reguliere redenen heeft plaatsgevonden en dat deze selectie "neutraal" heeft plaatsgevonden, dus zonder schending van een grondrecht zoals een schending van het verbod op discriminatie naar afkomst, geaardheid of geloofsovertuiging, zal de bevoegdheid van de inspecteur om de aangifte te corrigeren naar aanleiding van de bij die controle aan het licht gekomen punten ons inziens niet ter discussie staan.
- Is de inspecteur daartoe niet in staat, dan menen wij dat de rechter tot uitgangspunt zal nemen dat de controle van de aangifte is gebaseerd op een criterium dat jegens de belastingplichtige leidt tot een schending van een grondrecht en achten wij de kans dat de rechter zal oordelen dat de controle van de aangifte van de belastingplichtige heeft plaatsgevonden op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht groot. Aan de inspecteur komt dan niet de bevoegdheid toe om de aangifte van de belastingplichtige te corrigeren naar aanleiding van die bij de controle aan het licht gekomen punten.
- Het voorgaande geldt ons inziens ook indien de inspecteur wel in staat is om enige informatie aan te leveren, maar niet in staat is om informatie te verstrekken waarmee aannemelijk kan worden gemaakt dat de uitworp van de aangifte om reguliere redenen heeft plaatsgevonden en dat deze selectie "neutraal" heeft plaatsgevonden (dus zonder schending van een grondrecht zoals een schending van het verbod op discriminatie naar afkomst, geaardheid of geloofsovertuiging).
- Indien alsnog (hoger) beroep wordt ingesteld en daarbij de gemotiveerde stelling wordt opgeworpen dat de aangifte voorwerp is geweest van risicoselectie op basis van een criterium dat jegens de belastingplichtige leidt tot een schending van een grondrecht, is denkbaar dat een rechtbank of hof geneigd zal zijn om een niet tijdig ingesteld (hoger) beroep toch ontvankelijk te achten op grond van artikel 6:11 Awb. U kunt ervoor kiezen om daarop te anticiperen indien met een beroep op artikel 6:11 Awb alsnog bezwaar wordt gemaakt, maar wij kunnen ons ook voorstellen dat u zo'n buiten de wettelijke termijn ingediend bezwaar aanmerkt als verzoek om ambtshalve vermindering, ook als de daarvoor geldende vijfjaarstermijn is verstreken.
- Indien (tijdig, binnen één jaar) een verzoek om herziening van een uitspraak wordt ingediend, de belanghebbende daarbij gemotiveerd stelt dat zijn aangifte onderworpen is geweest aan risicoselectie op basis van een criterium dat jegens de belastingplichtige leidt tot een schending van een grondrecht, en de inspecteur geen tegenbewijs kan leveren, zal een verzoek om herziening slagen en er naar verwachting toe leiden dat de correctie van de aanslag ongedaan wordt gemaakt.

3 Feiten en achtergronden

- 3.1 In de periode 2013-2019 was de Fraudesignaleringsvoorziening (hierna: FSV) één van de applicaties die onderzoek door de intensief toezichtteams van de Belastingdienst ondersteunde.³ In de kern was FSV een registratiesysteem voor signalen en meldingen die mogelijk misbruik van fiscale regelingen deed vermoeden. Hierbij werden persoonsgegevens van de burger in kwestie vastgelegd inclusief een aantal andere datapunten die betrekking hadden op de melding. Een belangrijke bron voor de registraties van FSV-Particulieren is – naast tips, eerdere fraudezaken en lopend onderzoek – de zogenaamde “Detectie aan de Poort” geweest. Burgers die vanuit een risicosignalering via ‘Query’s aan de Poort’ werden onderzocht, werden standaard opgevoerd in FSV.
- 3.2 PwC heeft van de Belastingdienst de opdracht gekregen duiding te geven aan de werking van detectie aan de Poort (query’s en analyse) die is gebruikt in de risicoselectie op binnenkomende belastingaangiften van de inkomstenbelasting in de jaren 2014-2019. Uit de conclusies van het PwC-rapport “Query’s aan de Poort” volgt onder meer dat beslisregels in de query’s en de handelingswijze van de Belastingdienst niet vastgelegd, niet gearhiveerd, niet herleidbaar en niet reproduceerbaar zijn en dat outputbestanden zoals destijds gebruikt alleen nog voor 2019 beschikbaar zijn. Een reconstructie van de selectiegronden en motivatie binnen query en analyse aan de Poort, waaruit 102.000 FSV-registraties voortkomen, valt niet te maken en selectieregels zoals toegepast door de Belastingdienst zijn in hun werking niet op sluitende wijze te reconstrueren, zo volgt uit het rapport.
- 3.3 Uit het rapport volgt dat voor de fraudequery’s loonverschillen, giften, eigen woning, specifieke zorgkosten en studiekosten PwC in 2019 in de output van de query’s nationaliteitscodes heeft aangetroffen. In welke mate de analisten aan de Poort in 2019 gebruik hebben gemaakt van de nationaliteitscodes kon niet worden vastgesteld op basis van de beschikbare informatie, zo volgt uit het rapport. Uit het rapport volgt voorts dat er voor de jaren 2014-2018 handleidingen voor de analisten zijn aangetroffen waarin PwC bij de query’s giften, papieren aangiften en specifieke zorgkosten beschrijvingen van beslisregels heeft aangetroffen waarbij frauderisico’s worden gebaseerd op persoonskenmerken, zoals nationaliteit en leeftijd. De handleiding bij de giftenquery beschrijft in alle jaren dat giften met in het tekstveld ‘moskeeën’ of ‘moskee als periodieke gift’ als risico op fraude moeten worden aangemerkt. Ook heeft PwC een document aangetroffen met een daderprofiel (laag inkomen volgens de contra-informatie, (boven)modaal loon volgens aangifte, doorgaans jong (18-35), vaak geen fiscale partner, veelal man en vaak van buitenlandse komaf) die de Poort moet detecteren en een document waarin wordt gerefereerd aan profilering. Uit deze documenten maakt PwC op dat een deel van de doorselectie door de analisten aan de Poort meer gericht was op de kenmerken van de

³ Uit het onderzoeksrapport van de AP van oktober 2021 (p. 9) volgt dat de FSV op 4 november 2013 in gebruik genomen is en op 27 februari 2020 is uitgezet.

belastingplichtige dan op het fiscale risico. PwC heeft niet kunnen vaststellen of, en zo ja in welke mate het daderprofiel en de beslisregels op de beschreven wijze daadwerkelijk zijn toegepast. De Belastingdienst kan geen documenten aanleveren die het mogelijk maakt de werkwijze uit het verleden te bevestigen dan wel te ontkrachten. Door beperkte vastlegging van de werkprocessen van de detectie aan de Poort is niet meer te achterhalen om welke reden een aangifte van een burger is aangemerkt voor behandeling in intensief toezicht. Indien er geen nieuwe informatie ter beschikking komt na nieuwe zoekacties zal het selecterende effect van de query's en daarmee de reden van circa 102.000 in FSV opgenomen registraties door de directie Particulieren en de directie MKB onduidelijk blijven, zo volgt uit het rapport. Uit het rapport volgt tot slot dat gegeven het versnipperde data landschap van de Belastingdienst het niet uit te sluiten is dat deze data ergens binnen de Belastingdienst wel beschikbaar zijn.

- 3.4 De Hoge Raad heeft in het arrest van 10 december 2021 (in een oordeel ten overvloede) met betrekking tot de beoordeling van een eventueel verzoek om herziening van de Hofuitspraak en mede met het oog op de behandeling van klachten van andere belastingplichtigen over project 1043, de databank FSV en het gebruik ervan jegens hen, een aantal uitgangspunten geschetst. Daarbij is de Hoge Raad ervan uitgegaan dat het steeds gaat om situaties waarin de op de aangifte aangebrachte correcties zien op *afrekposten of andere elementen* van de aanslag ter zake waarvan *de bewijslast op de belastingplichtige rust*. Dit heeft tot gevolg dat bewijsuitsluiting geen effectieve reactie op eventueel onrechtmatig gedrag van de inspecteur kan zijn, omdat de belastingplichtige daar niets mee zou opschieten, aldus de Hoge Raad.
- 3.5 Uit het arrest volgt verder:
- De rechtmatigheid van het besluit van de inspecteur om een aangifte te controleren wordt in beginsel niet aangetast door de manier waarop informatie over de belastingplichtige is verwerkt.
 - Dit *kan* anders zijn indien de controle van de aangifte voortvloeit uit een risicoselectie, een verwerking van persoonsgegevens in een databank of een gebruik van een databank waarin persoonsgegevens zijn opgeslagen, *op basis van een criterium dat jegens de belastingplichtige leidt tot een schending van een grondrecht* zoals een schending van het verbod op discriminatie naar afkomst, geaardheid of geloofsovertuiging.
 - Indien de rechter tot de bevinding komt dat zo'n *uitzonderlijke situatie* aan de orde is, *is het niet uitgesloten* dat hij daaraan de slotsom verbindt dat de controle van de aangifte van de belastingplichtige heeft plaatsgevonden op *een wijze die zozeer indruist tegen* hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat het gebruik van hetgeen bij die controle aan het licht is gekomen onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht.

- In *dat uitzonderlijke geval* komt aan de inspecteur niet de bevoegdheid toe om de aangifte van de belastingplichtige te corrigeren *naar aanleiding van die bij de controle aan het licht gekomen punten*.
- Indien een belastingplichtige *gemotiveerd stelt* dat de hier bedoelde uitzonderlijke situatie zich in zijn geval heeft voorgedaan, dient *de inspecteur* aan de belastingplichtige en de rechter *de gegevens te verstrekken die voor de beoordeling hiervan van belang kunnen zijn*.
- Tot de hiervoor geschetste uitzonderlijke situaties kan *niet zonder* meer worden gerekend het geval waarin de Belastingdienst het recht van een belastingplichtige op bescherming van zijn *persoonlijke levenssfeer* heeft geschonden door gegevens van die belastingplichtige te verwerken op een wijze die door de inhoud, het gebruik of de verspreiding van de desbetreffende bestanden – eventueel op onderdelen – in strijd is met de Wet bescherming persoonsgegevens of de AVG.
- Indien zou worden geconstateerd dat de door deze regelingen beoogde bescherming van de persoonlijke levenssfeer door de verwerking van persoonsgegevens is geschaad, kan dat dus niet leiden tot een verlaging van een – op zichzelf bezien juist berekende – aanslag.

3.6 Zoals u ook aangeeft, kan uit de door de Hoge Raad geschetste uitgangspunten worden afgeleid dat indien sprake is van:

1. een gemotiveerde stelling van belanghebbende dat de controle van zijn aangifte(n) voortvloeit uit een risicoselectie op basis van een criterium dat jegens hem leidt tot een schending van een grondrecht, zoals een schending van het verbod op discriminatie naar afkomst, geaardheid of geloofsovertuiging;
2. op grond waarvan een rechter tot het oordeel komt dat (i) de controle van de aangifte(n) voortvloeit uit een risicoselectie op basis van een criterium dat jegens de belastingplichtige leidt tot een schending van een grondrecht en (ii) de controle van de aangifte van de belastingplichtige heeft plaatsgevonden op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat het gebruik van hetgeen bij die controle aan het licht is gekomen onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht;
3. de inspecteur niet de bevoegdheid heeft om de aangifte van de belastingplichtige te corrigeren naar aanleiding van die bij de controle aan het licht gekomen punten.

3.7 U heeft ons in dit kader gevraagd welke gevolgen het rapport heeft voor de inspecteur indien een belanghebbende in een procedure stelt dat zijn grondrechten zijn geschonden en ons de volgende (deel)vragen voorgelegd:

1. wat betekent dit voor de vereiste motivering van belanghebbende die stelt dat er sprake is van een uitzonderlijke situatie als bedoeld in voornoemd arrest;
2. wat betekent dit voor de bewijslast van de inspecteur;

3. wat betekent het ingeval de inspecteur de vereiste informatie niet (volledig) kan overleggen en is er dan (telkens) sprake van het 'zozeer indruist'-handelen van de inspecteur;
4. wat betekent het als uit de aangeleverde informatie niet uit te sluiten valt dat er zonder zwaarwegende redenen (uitsluitend) op basis van persoonskenmerken is geselecteerd en is er dan (telkens) sprake van het 'zozeer indruist'-handelen van de inspecteur;
5. kunnen belanghebbenden via een verzoek om ambtshalve vermindering (binnen vijf jaar) of een herziening (art. 8:119 Awb) bewerkstelligen dat hun belastingaanslag wordt vernietigd dan wel verminderd bij schending van een grondrecht en;
6. staan belanghebbenden nog andere rechtsmiddelen ter beschikking?

Deze vragen zullen wij hierna behandelen, waarbij wij vooropstellen dat de Hoge Raad ervan uit is gegaan dat het steeds gaat om situaties waarin de op de aangifte aangebrachte correcties zien op aftrekposten of andere elementen van de aanslag ter zake waarvan *de bewijslast op de belastingplichtige rust*.

4 Vraag 1: wat betekent dit voor de vereiste motivering van belanghebbende die stelt dat er sprake is van een uitzonderlijke situatie als bedoeld in voornoemd arrest?

- 4.1 Uit het arrest van de Hoge Raad volgt dat de belanghebbende gemotiveerd zal moeten stellen dat de controle van zijn aangifte(n) voortvloeit uit een risicoselectie, een verwerking van persoonsgegevens in een databank of een gebruik van een databank waarin persoonsgegevens zijn opgeslagen, op basis van een criterium dat jegens hem leidt tot een schending van een grondrecht, zoals een schending van het verbod op discriminatie naar afkomst, geaardheid of geloofsovertuiging.
- 4.2 FSV werd gebruikt voor de aanpak van systeemfraude Inkomstenbelasting door interne en externe risicosignalen te registreren. Aangiften die bij 'Detectie aan de Poort' voor intensief toezicht werden geselecteerd (en die AKI-code 1043 kregen) werden van 2013 tot begin 2018 in de FSV geregistreerd. Ook signalen van buitenaf konden leiden tot een registratie in de FSV. Wij begrijpen dat in 2021 door de Belastingdienst brieven aan ruim 240.000 in de FSV geregistreerde belastingplichtigen zijn verzonden waarin is aangegeven dat hun gegevens in de FSV waren opgenomen en dat wordt onderzocht of de registratie voor de belastingplichtige mogelijk onterechte gevolgen heeft gehad. Voor zover wij weten zijn de uitkomsten van deze onderzoeken nog niet met de betreffende belastingplichtigen gedeeld. Ook hebben wij begrepen dat niet alle in de FSV geregistreerde belastingplichtigen een dergelijke brief hebben ontvangen (in situaties waarin de (fiscaal-)juridische, toezicht- of opsporingsbelangen zwaar wegen).
- 4.3 Uit het voorgaande volgt dat een belanghebbende veelal geen inzicht zal hebben in de met betrekking tot de door hem ingediende aangifte toegepaste risicoselectie. Daarom

is onze inschatting dat aan de motivering van de stelling van een belanghebbende dat in zijn geval sprake is geweest van een risicoselectie op basis van een criterium dat jegens hem leidt tot een schending van een grondrecht geen hoge eisen zullen worden gesteld.

Vergelijk onderdeel 5.55 en 5.56 van de conclusie van A-G Niessen van 17 juni 2021, ECLI:NL:PHR:2021:617 voor HR 10 december 2021. In onderdeel 5.56 merkt hij het volgende op:

“Hieruit volgt dat er in principe grond bestaat voor omkering van de bewijslast (verschuiving van de bewijslast naar de Belastingdienst); redelijk lijkt het een minimale grond voor twijfel aan de geldigheid van de selectie van de klager te verlangen.”

- 4.4 Indien een belanghebbende uitsluitend in het algemeen wijst op het bestaan van de FSV of project 1043, de PwC-rapporten over FSV en ‘Query’s aan de Poort’ of bijvoorbeeld nieuwsberichten of Kamerbrieven in dit kader en/of uitsluitend verwijst naar een van de Belastingdienst ontvangen brief over de opname van zijn gegevens in de FSV zonder concrete op hem van toepassing zijnde feiten of omstandigheden aan te dragen, kan ons inziens worden betoogd dat niet gemotiveerd is dat in zijn geval sprake is geweest van een risicoselectie op basis van een criterium dat jegens hem leidt tot een schending van een grondrecht. Indien een belanghebbende evenwel stelt dat zijn aangifte is geselecteerd vanwege bijvoorbeeld zijn (dubbele) nationaliteit, afkomst of geloofsovertuiging en dat een omstandigheid zoals benoemd in het PwC-rapport (zie onderdeel 3.3 hiervoor) zich in zijn situatie voordoet, zal dat naar onze inschatting een voldoende motivering zijn.

Vergelijk: Rechtbank Noord-Nederland 25 februari 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:502:

8.1. De rechtbank constateert dat het dossier een brief van verweerder bevat van (vermoedelijk) 26 februari 2021. Deze brief is een reactie op een email van eiseres van 29 januari 2021 waarin zij heeft gevraagd of haar gegevens zijn verwerkt in het kader van project 1043. In de brief van 26 februari 2021 is eiseres door verweerder geïnformeerd over de vraag of haar persoonsgegevens zijn verwerkt in het kader van project 1043 dan wel de aanverwante fraude signalering voorziening (FSV). In deze brief heeft de Belastingdienst medegedeeld dat de Belastingdienst de persoonsgegevens van eiseres inderdaad heeft verwerkt in het kader van project 1043. Uit de brief van 26 februari 2021 volgt dat dit ook het geval is geweest voor het belastingjaar 2017.

8.2. De rechtbank overweegt dat *eiseres niet nader heeft uitgewerkt waartoe deze vaststelling in dit geval zou moeten leiden. Verweerder heeft op de zitting gezegd dat de reden van uitworp van de aangifte over 2017 een andere is geweest dan opname in de FSV. Verweerder heeft ter zitting verklaard dat de aangiften van eiseres zijn uitgeworpen omdat zij geen resultaat uit overige werkzaamheden had aangegeven, terwijl daar wel sprake van was, en doordat zij hoge zorgkosten had aangegeven. Volgens*

verweerder hebben uitsluitend deze twee omstandigheden geleid tot de uitworp van de aangiften IB/PVV.

(...)

8.5. In dit verband merkt de rechtbank op dat eiseres in dit geval alleen de brief van 26 februari 2021 onder de aandacht van de rechtbank heeft gebracht. *Daarmee heeft eiseres niet gemotiveerd gesteld dat in haar geval mogelijk sprake zou kunnen zijn van de schending van een fundamenteel grondrecht.* De brief maakt alleen duidelijk dat de gegevens van eiseres voor (ook) het jaar 2017 waren opgenomen in de FSV. *Dat enkele feit tast de rechtmatigheid van de aanslag IB/PVV 2017 niet aan,* zelfs als die opname in de FSV zelf wel onrechtmatig was. Naar het oordeel van de rechtbank kan onder deze omstandigheden de beroepsgrond van eiseres dan ook niet leiden toe vermindering of anderszins een aanpassing van de aanslag IB/PVV 2017. De beroepsgrond slaagt niet.

Vergelijk ook:

- Rechtbank Noord-Nederland 2 maart 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:521, rov. 5.2 (de enkele stelling van eiser dat hij is opgenomen in de FSV is onvoldoende);
- Rechtbank Noord-Nederland 10 maart 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:694, rov. 9 (de enkele stelling dat sprake is van etnisch profileren en van institutioneel racisme, is onvoldoende; ook de overlegging van de brief van verweerder waarin eiser is medegedeeld dat zijn gegevens zijn opgenomen in de FSV is daarvoor onvoldoende);
- Hof Arnhem-Leeuwarden 8 maart 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:1748, rov. 4.8 (belanghebbende heeft niet gemotiveerd gesteld dat in haar geval sprake is van één van de uitzonderlijke situaties die leidt tot schending van de grondrechten van belanghebbende, de enkele verwijzing naar project 1043 is daartoe onvoldoende).

4.5 In dit kader wijzen wij erop dat een belanghebbende in bezwaar recht heeft op inzage in de op zijn zaak betrekking hebbende stukken (artikel 7:4 lid 2 Awb) en dat de inspecteur in beroep is gehouden om alle op de zaak betrekking hebbende stukken aan de rechter te verstrekken (artikel 8:42 lid 1 Awb). De Hoge Raad oordeelt aan het slot van rov. 5.3 dat indien de belanghebbende gemotiveerd stelt dat – kort gezegd - de uitzonderlijke situatie zich heeft voorgedaan, de inspecteur aan de belanghebbende en de rechter de gegevens moet verstrekken die voor de beoordeling daarvan van belang kunnen zijn.

4.6 Indien in bezwaar en beroep geen inzage in stukken uit de FSV of over de risicoselectie is of kan worden gegeven, geldt ons inziens dat aan de motiveringsplicht van de belanghebbende geen hoge eisen kunnen worden gesteld (zie onderdeel 4.4 hiervoor).

5 Vraag 2: wat betekent dit voor de bewijslast van de inspecteur?

5.1 Uit het arrest van de Hoge Raad volgt dat wanneer de belanghebbende gemotiveerd stelt dat de hiervoor bedoelde uitzonderlijke situatie zich in zijn geval heeft

voorgedaan, het aan de inspecteur is de belastingplichtige en de rechter de gegevens te verstrekken die voor de beoordeling hiervan van belang kunnen zijn.

5.2 Indien de inspecteur met de door hem verstrekte gegevens aannemelijk kan maken dat de uitworp van de aangifte om reguliere redenen heeft plaatsgevonden en dat deze selectie "neutraal" heeft plaatsgevonden, dus zonder schending van een grondrecht zoals een schending van het verbod op discriminatie naar afkomst, geaardheid of geloofsovertuiging, zal de bevoegdheid van de inspecteur om de aangifte te corrigeren naar aanleiding van de bij die controle aan het licht gekomen punten ons inziens niet ter discussie staan.

Vergelijk:

- Hof Amsterdam 13 januari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:105, rov. 5.6 en 5.7 en Gerechtshof Amsterdam 27 januari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:362, rov. 5.6.1.-5.6.4 (de directe aanleiding voor het onderzoek is het onderzoek naar de gemachtigde geweest);
- Hof Den Haag 1 maart 2022, ECLI:NL:GDHA:2022:308, met name rov. 5.5.1.-5.5.3 (de directe aanleiding voor het onderzoek naar belanghebbendes aangiften was een reguliere uitworpreken (negatieve ROW-inkomsten en aftrek zorgkosten) en niet code 1043 of opname in de FSV. De uitworp van belanghebbendes aangiften vormt geen onrechtmatige selectie);
- Hof Den Haag 1 maart 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:309, rov. 5.3.1.-5.3.2 (de directe aanleiding voor het onderzoek naar de in de aangifte afgetrokken scholingsuitgaven is het onderzoek naar zijn gemachtigde geweest. De uitworp van belanghebbendes aangiften vormt geen onrechtmatige selectie);
- Rechtbank Noord-Nederland 10 maart 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:694, rov. 6-10;
- Rechtbank Gelderland 13 april 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:2129, rov. 5-10 (de inspecteur heeft in een nadere motivering uiteengezet hoe de aangifte inkomstenbelasting in het Aanslagbelastingensysteem door selectiemodules is behandeld en voor uitworp is uitgekozen. Daarmee heeft de inspecteur aannemelijk gemaakt dat bij de uitworp van belanghebbendes aangifte voor controle geen sprake is geweest van direct dan wel indirect etnisch profileren vanwege zijn dubbele nationaliteit).

5.3 Het draait kortom om de vraag in hoeverre de inspecteur in staat zal zijn om aannemelijk te maken dat de uitworp van de aangifte om reguliere redenen heeft plaatsgevonden en "neutraal" heeft plaatsgevonden. Wij wijzen er in dit kader op dat in het PwC-rapport (op p. 22) is opgemerkt dat voor de fraudequery's loonverschillen, giften, eigen woning, specifieke zorgkosten en studiekosten in 2019 in de output van de query's nationaliteitscodes zijn aangetroffen en dat (op p. 24-25) wordt geconcludeerd dat een deel van de handleidingen (over de periode 2014-2018) ten behoeve van doorselectie aan de Poort (die zagen op specifieke zorgkosten, papieren aangiften en giften) meer gericht was op persoonskenmerken zoals nationaliteit, of op

met persoonlijke kenmerken samenhangende factoren als giften aan moskeeën. Door PwC is voorts een document met een daderprofiel aangetroffen waarin onder meer leeftijd, geslacht en afkomst waren opgenomen. Of deze nationaliteitscodes, beslisregels en het daderprofiel ook daadwerkelijk zijn toegepast kon door PwC op basis van de beschikbare informatie niet worden vastgesteld.

Naar wij van u hebben begrepen, is niettemin niet uitgesloten dat in individuele zaken door de inspecteur wel kan worden achterhaald om welke reden de uitworp van de aangifte heeft plaatsgevonden.

- 5.4 Wij wijzen er tot slot op dat de hiervoor in onderdeel 5.2 genoemde jurisprudentie is gewezen voor het uitkomen van het PwC-rapport. Naar onze inschatting zal de rechter thans mede in het licht van de bevindingen in dit PwC-rapport en de mediaberichtgeving in dit kader, minder snel aannemelijk achten dat de uitworp van de aangifte om reguliere redenen heeft plaatsgevonden en “neutraal” heeft plaatsgevonden.

6 Vraag 3: wat betekent het ingeval de inspecteur de vereiste informatie niet (volledig) kan overleggen en is er dan (telkens) sprake van het ‘zoezer indruist’-handelen van de inspecteur?

- 6.1 Bij deze vraag is het uitgangspunt dat de inspecteur niet in staat is om aan de belanghebbende en de rechter de (volledige) vereiste gegevens te verstrekken om de gemotiveerde stelling van de belastingplichtige dat zijn aangifte onderworpen is geweest aan risicoselectie op basis van een criterium dat jegens hem leidt tot een schending van een grondrecht, te weerleggen. Bij die stand van zaken menen wij dat de rechter tot uitgangspunt zal nemen dat de controle van de aangifte is gebaseerd op een criterium dat jegens de belastingplichtige leidt tot een schending van een grondrecht.
- 6.2 De Hoge Raad overweegt in rov. 5.3 van het arrest dat “indien de rechter tot de bevinding komt dat zo’n uitzonderlijke situatie aan de orde is, *het niet uitgesloten [is]* dat hij daaraan de slotsom verbindt dat de controle van de aangifte van de belastingplichtige heeft plaatsgevonden op een wijze die *zoezer indruist* tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat het gebruik van hetgeen bij die controle aan het licht is gekomen onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht.” Het ‘zoezer indruist’-criterium wordt hier derhalve toegepast op het handelen van de Belastingdienst in het kader van de controle van de aangifte.
- 6.3 De Hoge Raad lijkt hier nog enige ruimte voor de feitenrechters te laten voor het maken van een afweging in de voorliggende zaak. In het geval waarin de inspecteur niet de vereiste gegevens kan verstrekken voor de beoordeling of sprake is geweest van schending van een grondrecht bij – kort gezegd – de selectie van de aangifte,

zodat niet kan worden uitgesloten dat daarvan sprake is geweest, achten wij de kans dat de rechter zal oordelen dat de controle van de aangifte van de belastingplichtige heeft plaatsgevonden op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht evenwel groot.

- 6.4 Uit het arrest van 10 december 2021 volgt dat wanneer een rechter tot het oordeel komt dat de controle van de aangifte van de belastingplichtige heeft plaatsgevonden op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, het gebruik van hetgeen bij die controle aan het licht is gekomen onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht. Aan de inspecteur komt dan niet de bevoegdheid toe om de aangifte van de belastingplichtige te corrigeren naar aanleiding van die bij de controle aan het licht gekomen punten.

7 Vraag 4: wat betekent het als uit de aangeleverde informatie niet uit te sluiten valt dat er zonder zwaarwegende redenen (uitsluitend) op basis van persoonskenmerken is geselecteerd en is er dan (telkens) sprake van het 'zozeer indruist'-handelen van de inspecteur?

- 7.1 Ook indien de inspecteur wel in staat is om enige informatie aan te leveren, maar niet in staat is om informatie te verstrekken waarmee aannemelijk kan worden gemaakt dat de uitwerp van de aangifte om reguliere redenen heeft plaatsgevonden en dat deze selectie "neutraal" heeft plaatsgevonden (dus zonder schending van een grondrecht zoals een schending van het verbod op discriminatie naar afkomst, geaardheid of geloofsovertuiging), menen wij dat de rechter tot uitgangspunt zal nemen dat de controle van de aangifte is gebaseerd op een criterium dat jegens de belastingplichtige leidt tot een schending van een grondrecht. Ook dan achten wij de kans dat de rechter daaraan de conclusie verbindt dat de controle van de aangifte van de belastingplichtige heeft plaatsgevonden op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht groot.

8 Vragen 5 en 6: kunnen belanghebbenden via een verzoek om ambtshalve vermindering (binnen vijf jaar) of een herziening (art. 8:119 Awb) bewerkstelligen dat hun belastingaanslag wordt vernietigd dan wel verminderd bij schending van een grondrecht? En staan belanghebbenden nog andere rechtsmiddelen ter beschikking?

- 8.1 Het voorgaande geldt niet alleen als een belanghebbende in een lopende bezwaar- of (hoger) beroepsprocedure (alsnog) voldoende gemotiveerd stelt (in de hiervoor in onderdeel 4.4 beschreven zin) dat de controle van zijn aangifte voortvloeit uit een risicoselectie op basis van een criterium dat jegens hem leidt tot een schending van een grondrecht. Voor de belanghebbende die geen bezwaar heeft gemaakt, na bezwaar geen beroep heeft ingesteld, of die al een onherroepelijke uitspraak heeft gekregen, zien wij ook nog mogelijkheden om deze klacht alsnog met succes aan de inspecteur dan wel de rechter voor te leggen. Dat lichten wij toe.

Verschoonbaar niet tijdig bezwaar of beroep (art. 6:11 Awb)

- 8.2 A-G Niessen gaat er in zijn conclusie van 17 juni 2021, die voorafging aan het arrest van de Hoge Raad van 10 december 2021, vanuit dat degenen die geen weet hebben gehad van de toepassing van project 1043 in hun geval dan wel de registratie in de FSV, alsnog bezwaar en zo nodig beroep kunnen instellen met een beroep op verschoonbare termijnoverschrijding als bedoeld in artikel 6:11 Awb. Aan dit element van de conclusie is ook een nieuwsbericht op de website van de Hoge Raad gewijd.

Zie: Conclusies A-G 17 juni 2021, ECLI:NL:PHR:2021:617/618/619, onderdeel 5.65/6.65 en www.hogeraad.nl/actueel/nieuwsoverzicht/2021/juni/advies-ag-hoge-raad-sta-bezwaar-beroep-toe-belastingplichtigen-naam/

Volgens het nieuwsbericht heeft A-G Niessen geconcludeerd dat bezwaar en beroep moet worden toegestaan aan alle belastingplichtigen die op de 'fraudelijst' stonden vermeld, dus in de FSV stonden geregistreerd. In overweging 5.65 van de conclusie spreekt A-G Niessen echter over een belastingplichtige die alsnog kennisneemt van toepassing van project 1043 in zijn geval. Dat is een volgens u aanzienlijk beperktere groep, omdat ook om andere redenen registratie in de FSV heeft plaatsgevonden.

- 8.3 Wij kennen geen rechtspraak waarin in een vergelijkbare situatie is aangenomen dat een belanghebbende alsnog bezwaar en beroep kan instellen op grond van artikel 6:11 Awb. De huidige rechtspraak over artikel 6:11 Awb is afgestemd op situaties waarin het besluit niet (of niet op de juiste wijze) bekend is gemaakt of geen (juiste) rechtsmiddelenclausule bevat. In die gevallen geldt volgens vaste rechtspraak dat, zodra de belanghebbende alsnog op de hoogte raakt van het bestaan van het besluit of de mogelijkheid om daartegen bezwaar of beroep in te stellen, niet opnieuw of alsnog een termijn van zes weken gaat lopen, maar wordt verwacht dat hij in beginsel binnen twee weken alsnog bezwaar of beroep instelt. Daarnaast is aangenomen dat een belanghebbende aan een uitlating van de inspecteur het vertrouwen kan ontnemen dat hij zijn beroepschrift nog na afloop van de wettelijke beroepstermijn kan indienen en dat ook dan redelijkerwijs niet kan worden geoordeeld dat hij in verzuim is geweest en niet-ontvankelijkverklaring achterwege moet blijven, indien die uitlating binnen de wettelijke beroepstermijn is gedaan.

Zie: HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2662.

- 8.4 Deze rechtspraak is volgens ons niet goed toe te passen op de specifieke en uitzonderlijke situatie die hier voorligt, waarin niet een onjuiste bekendmaking of voorlichting vanuit het bestuursorgaan aan de orde is, maar de belanghebbende pas na het verstrijken van de bezwaar- of beroepstermijn, bijvoorbeeld na de publicatie van het PwC-rapport, aanleiding heeft om rechtsmiddelen aan te wenden. Het lijkt er dus op dat de A-G een verruiming van de reikwijdte van artikel 6:11 Awb voorstaat,

gelet op de specifieke aard van deze zaken. Hoewel er geen rechtspraak voorhanden is waarbij kan worden aangesloten, is volgens ons denkbaar, gelet op de duidelijke stellingname van A-G Niessen en de ruchtbaarheid die is gegeven aan dit onderdeel van zijn conclusie, dat een rechtbank of hof geneigd zal zijn om artikel 6:11 Awb toe te passen indien alsnog (hoger) beroep wordt ingesteld en daarbij de gemotiveerde stelling wordt opgeworpen dat de aangifte voorwerp is geweest van risicoselectie op basis van een criterium dat jegens de belastingplichtige leidt tot een schending van een grondrecht.

U kunt ervoor kiezen om daarop te anticiperen indien met een beroep op artikel 6:11 Awb alsnog bezwaar wordt gemaakt. Wij kunnen ons echter ook voorstellen dat u, in aansluiting op de bestaande praktijk, een buiten de wettelijke termijn ingediend bezwaar aanmerkt als verzoek om ambtshalve vermindering, en in de specifieke gevallen waarin - naar aanleiding van een gemotiveerde stelling zoals hiervoor beschreven - niet kan worden uitgesloten dat een risicoselectie heeft plaatsgevonden op basis van een criterium dat jegens de belastingplichtige leidt tot een schending van een grondrecht, óók wanneer de vijfjaarstermijn van artikel 45aa URIB is verstreken. Daar komen wij hierna op terug. Bij deze aanpak voorziet u evenzeer alsnog in rechtsbescherming, zij het dat de principiële vraag of artikel 6:11 Awb van toepassing is, dan geen belemmering hoeft te vormen.

Verzoek om herziening (art. 8:119 Awb)

- 8.5 Op grond van artikel 8:119 Awb kan een onherroepelijke uitspraak worden herzien op grond van feiten of omstandigheden die (a) hebben plaatsgevonden vóór de uitspraak, en (b) bij de indiener van het verzoekschrift vóór de uitspraak niet bekend waren en redelijkerwijs niet bekend konden zijn, en (c), waren zij bij de bestuursrechter eerder bekend geweest, tot een andere uitspraak zouden hebben kunnen leiden.
- 8.6 In een situatie waarin informatie over de risicoselectie binnen project 1043 bekend is geworden nadat een uitspraak is gewezen, achten wij een verzoek om herziening kansrijk gelet op hetgeen de Hoge Raad daarover heeft overwogen.

Ook annotator Pechler (*BNB 2022/41*) gaat ervan uit dat de suggestie van de Hoge Raad om herziening van de uitspraak te verzoeken, betekent dat zo'n verzoek normaal gesproken succes zal hebben, ook al houdt de Hoge Raad een slag om de arm.

- 8.7 Volgens de Hoge Raad was in de voorliggende situatie, waarin de informatie over het project en de FSV dateert van na de uitspraak van het Hof, sprake van feiten en omstandigheden die belanghebbende niet bij het Hof te berde had kunnen brengen en die het Hof daarom niet heeft kunnen meewegen. Wij begrijpen dit zo dat volgens de Hoge Raad in zo'n geval in ieder geval is voldaan aan de voorwaarden van artikel 8:119 lid 1 sub a en sub b Awb.

- 8.8 Vervolgens is overwogen dat de Hoge Raad niet kan overzien of belanghebbende met succes een herzieningsverzoek bij het Hof zal kunnen indienen. Dit voorbehoud lijkt te zien op de voorwaarde in artikel 8:119 lid 1 sub c Awb, die luidt dat het feit of de omstandigheid, indien eerder bekend bij de rechter, tot een andere uitspraak zou hebben kunnen leiden.
- 8.9 Wij begrijpen dat de Hoge Raad dit voorbehoud maakt, omdat een andere uitspraak nog niet direct in beeld komt als de belanghebbende uitsluitend aangeeft dat hij een brief heeft ontvangen over zijn registratie in de FSV of wijst op openbare informatie over project 1043. Dat geeft op zichzelf nog geen vermoeden dat zijn aangifte onderworpen is geweest aan risicoselectie op basis van een criterium dat jegens de belastingplichtige leidt tot een schending van een grondrecht. Daarvoor zal de belanghebbende eerst gemotiveerd moeten stellen dat dit vermoedelijk is gebeurd, bijvoorbeeld door aan te geven dat hij over een tweede nationaliteit beschikt en dat in zijn geval sprake is van een omstandigheid zoals benoemd in het PwC-rapport, waarna vervolgens, indien de inspecteur geen tegenbewijs kan leveren, tot uitgangspunt wordt genomen dat de controle van de aangifte voortvloeit uit een risicoselectie, een verwerking van persoonsgegevens in een databank of een gebruik van een databank waarin persoonsgegevens zijn opgeslagen, op basis van een criterium dat jegens de belastingplichtige leidt tot een schending van een grondrecht.
- 8.10 Pas als deze situatie aan de orde is, dan moet u er als gezegd rekening mee houden dat de rechter zal oordelen dat de controle van de aangifte van de belastingplichtige heeft plaatsgevonden op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat het gebruik van hetgeen bij die controle aan het licht is gekomen onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht en aan de inspecteur daarom niet de bevoegdheid toekomt om de aangifte van de belastingplichtige te corrigeren naar aanleiding van die bij de controle aan het licht gekomen punten. Een verzoek om herziening zal dan dus ook slagen en er naar verwachting toe leiden dat de correctie van de aanslag ongedaan wordt gemaakt.
- 8.11 Aandachtspunt hierbij is nog wel dat, hoewel de wet geen termijn bevat, vaste rechtspraak is dat een verzoek om herziening moet worden gedaan binnen één jaar nadat de belanghebbende bekend is geworden met de nieuw gebleken feiten of omstandigheden.

Zie HR 20 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:357 (AB 2015/107).

- 8.12 De vraag is wanneer de termijn van één jaar gaat lopen. Registratie in de FSV duidt op zichzelf nog niet op een risicoselectie waarbij een grondrecht is geschonden, nu die registratie als gezegd om diverse redenen plaatsvond, waaronder – maar niet alleen – de uitworp van de aangifte in het kader van het project 1043. Belanghebbenden kunnen pas redelijkerwijs een vermoeden hebben dat zij voorwerp zijn geweest van

zo'n risicoselectie indien zij vernemen, bijvoorbeeld na de publicatie van het PwC-rapport, dat risicoselectie heeft plaatsgevonden op basis van een of meer voor hen relevante persoonskenmerken (zoals een bepaalde tweede nationaliteit). Wij kunnen ons daarom voorstellen dat een rechter die een verzoek om herziening beoordeelt, de termijn van één jaar laat aanvangen op het moment van publicatie van het PwC-rapport, of wellicht op een eerder moment op basis van andere (eerder verschenen) informatie waaraan de belanghebbende redelijkerwijs het vermoeden kon ontleenen dat hij voorwerp is geweest van voornoemde risicoselectie, maar in ieder geval nog niet bij de datum van ontvangst van de brief waarin is medegedeeld dat de belanghebbende stond geregistreerd in de FSV.

Ambtshalve vermindering

- 8.13 Belastingplichtigen kunnen op grond van artikel 9.6 Wet IB 2001 voor ambtshalve vermindering in aanmerking komen. Artikel 45aa URIB neemt tot uitgangspunt dat de inspecteur ambtshalve een belastingaanslag die op een te hoog bedrag is vastgesteld, vermindert, zodra hem dat is gebleken. Vermindering ligt in de rede als niet kan worden uitgesloten dat de controle van de aangifte is gebaseerd op een criterium dat jegens de belastingplichtige leidt tot een schending van een grondrecht. In dat geval zal de inspecteur de aanslag alsnog baseren op het aangegeven belastbaar inkomen.
- 8.14 Hiervoor geldt wel een periode van vijf jaren na het einde van het kalenderjaar waarop de belastingaanslag betrekking heeft (artikel 45aa sub a URIB). Gebruikelijk is dat niet tijdige verzoeken (mogen) worden afgewezen.

Zie bijv. Hof Den Haag 27 juli 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1528.

- 8.15 Wij kunnen ons voorstellen dat in deze zaken – gelet op de specifieke context – niet strikt de hand wordt gehouden aan de vijfjaarstermijn. Dat zou ook aansluiten bij de suggestie van A-G Niessen in zijn conclusie dat voor deze gevallen zou kunnen worden overwogen de mogelijkheid voor het rechtsgeldig verzoeken om ambtshalve vermindering te verruimen.

Zie: Conclusie A-G Niessen 17 juni 2021, ECLI:NL:PHR:2021:617, onderdeel 5.65.

- 8.16 Wij begrijpen deze suggestie zo dat de vijfjaarstermijn volgens hem buiten toepassing moet worden gelaten in 'project 1043'-zaken. Dat zou aansluiten bij eerdere rechtspraak waarin is overwogen dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ertoe kunnen verplichten om een verzoek om ambtshalve vermindering ook toe te wijzen als de vijfjaarstermijn is verstreken.

Zie: Hof Amsterdam 14 maart 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:972.
En in vergelijkbare zin: ABRvS 21 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020 (AB 2021/4).



- 8.17 De vraag is dan binnen welke termijn mag worden verwacht dat belanghebbenden, buiten de vijfjaarstermijn, een verzoek om ambtshalve vermindering indienen. Zij zullen dit zo snel als redelijkerwijs mogelijk moeten doen, althans niet onredelijk laat. Wij kunnen ons voorstellen dat de Belastingdienst hierbij aansluit bij de termijn van één jaar die wordt gehanteerd voor een verzoek om herziening van een uitspraak.

PELS RIJCKEN

Landsadvocaat

Notitie

voor Persoonsgegevens (Ministerie van Financiën)
van Persoonsgegevens (kantoor landsadvocaat)
datum 24 mei 2022
inzake PROCESADVIES: schadevergoeding o.g.v. AVG
zaaknr 11018028

1 INLEIDING

1.1 In haar onderzoeksrapport van 29 oktober 2021 heeft de Autoriteit persoonsgegevens ("AP") vastgesteld dat de Belastingdienst verschillende bepalingen van de Algemene verordening gegevensbescherming ("AVG") heeft overtreden door persoonsgegevens betreffende belastingplichtigen te verwerken in het systeem dat werd aangeduid als de Fraude Signalering Voorziening, afgekort FSV.¹ Op basis van de bevindingen in dit rapport heeft AP vervolgens aan de Belastingdienst zes boetes opgelegd van in totaal €3.700.000.²

1.2 Deze notitie gaat in op de vraag in hoeverre de Belastingdienst of het Ministerie van Financiën juridisch gehouden zijn om degenen die in FSV stonden geregistreerd, maar die niet aantoonbaar daarvan nadelige gevolgen hebben ondervonden, enigerlei geldelijke tegemoetkoming te bieden wegens de overtredingen. In dat kader bespreekt deze notitie in welke gevallen, en tot welk bedrag, volgens recente rechtspraak een schadevergoeding moest worden uitbetaald voor schade die betrokkenen hebben geleden als gevolg van overtredingen van de AVG. Dit om antwoord te geven op de volgende vragen:

- Wat zijn met betrekking tot de registratie in FSV de relevante criteria om te beoordelen of iemand recht heeft op een vergoeding van immateriële schade (art. 6:106, eerste lid, onderdeel b, BW) en deze immateriële schade niet aangetoond wordt of kan worden?
- In hoeverre kan hierbij, in relatie tot de FSV-registratie, concreet worden aangegeven wanneer er sprake is van een zodanige 'aard' en 'ernst' van de overtreding van de AVG dat de nadelige gevolgen hiervan voor

¹ AP, Onderzoeksrapport Belastingdienst Verwerkingen van persoonsgegevens in de Fraude Signalering Voorziening (FSV), z2020-04615, oktober 2021

² AP, Boetebesluit Belastingdienst FSV, 7 april 2022.

belanghebbende zozeer voor de hand liggen dat een 'aantasting in zijn persoon' kan worden aangenomen?

- En in hoeverre is bij de beantwoording van de vorige vraag relevant:
 - of er op basis van de registratie een additionele handeling is verricht of beslissing is genomen, waarvan aannemelijk is dat die nadelige gevolgen kan hebben gehad?
 - of er gegevens zijn verstrekt aan andere organisaties?
 - dat de redenen voor, en gevolgen van, de FSV-registratie in een groot aantal gevallen niet meer of niet meer volledig zijn te achterhalen?

1.3 Om deze vragen te beantwoorden wordt in deze notitie eerst ingegaan op de rechtspraak waarin de rechter heeft beoordeeld wanneer en tot welk bedrag er vanwege een overtreding van de AVG schadevergoeding moest worden betaald (par. 2). Vervolgens worden daaruit de relevante criteria afgeleid (par. 3), waarna op basis van deze criteria de onderscheiden vragen worden beantwoord (par. 4).

2 RECHTSPRAAK: WANNEER EN TOT WELK BEDRAG SCHADEVERGOEDING?

2.1 Op 1 april 2020 heeft de Afdeling bestuursrecht van de Raad van State (ABRvS) geoordeeld over de wijze waarop moet worden bepaald wat de geleden immateriële schade is die voor vergoeding in aanmerking komt. De Afdeling zoekt aansluiting bij het civiele schadevergoedingsrecht en verwijst daartoe naar enkele arresten van de Hoge Raad, te weten HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376 (*EBI*), HR 28 mei 2019, ECLI:NL:2019:793 en HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278.

2.2 De Afdeling stelt vervolgens vast dat de enkele schending van een fundamenteel recht onvoldoende is om aan te nemen dat er sprake is van schade. En dat, als uitgangspunt, degene die de schade heeft geleden is gehouden dat met concrete gegevens te onderbouwen. Dat is echter anders:

"indien de aard en de ernst van de normschending meebrengen dat de in dit verband relevante nadelige gevolgen daarvan voor de benadeelde zo voor de hand liggen, dat een aantasting in de persoon kan worden aangenomen."

ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:898 (*Pieter Baan Centrum*), overw. 32

2.3 Van een situatie waarin 'de nadelige gevolgen [van een overtreding van de Wet bescherming persoonsgegevens] zo voor de hand liggen dat de aantasting in persoon kan worden aangenomen' was volgens de Afdeling sprake in het geval waarin een rapportage met 'bijzonder gevoelige gegevens' (nl. van psychologische en

psychiatrische onderdelen van Pro Justitia rapportages) ten onrechte was verstrekt in het kader van een tegen de gedupeerde gerichte klachtprocedure.

- 2.4 Voor het bepalen van de ernst van de aantasting c.q. inbreuk kende de Afdeling betekenis toe aan de omstandigheid dat de desbetreffende gegevens bij een klein groepje professionals terecht was gekomen die uit hoofde van hun functie een geheimhoudingsplicht hadden, alsmede dat de inbreuk binnen een week was beëindigd. Op basis van een en ander kwam de Afdeling tot het oordeel dat een **schadevergoedingsbedrag van € 500** moest worden betaald aan de gedupeerde.
- 2.5 In een andere uitspraak van dezelfde datum oordeelde de Afdeling dat er géén sprake was van een geval waarin de schade zo voor de hand ligt dat die niet met concrete gegevens behoefde te worden onderbouwd.³ Het ging hier om het onrechtmatig noemen van een naam en woonplaats (van betrokkene c.q. gedupeerde) in reactie op de vraag van een andere gemeente in het kader van Wob-verzoeken. In deze zaak was de schade niet met concrete gegevens onderbouwd. En dus werd in deze zaak **geen schadevergoeding** toegekend.

ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:899 (*Deventer*).

- 2.6 In de lagere rechtspraak over overtredingen van de Wbp en de AVG is de door de Hoge Raad en de Afdeling geformuleerde regel verschillende keren toegepast:
- Rechtbank Amsterdam 2 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6490 (*UWV*). Deze uitspraak dateert van voor de bovengenoemde uitspraak van de Afdeling. Echter, omdat zowel de rechtbank als de Afdeling uitgaan van het EBI-arrest, is deze wel relevant. In de procedure had UWV per ongeluk gezondheidsgegevens (nl. gegevens betreffende langdurige arbeidsongeschiktheid als gevolg van een burn-out) verstrekt aan de nieuwe werkgever van betrokkene. De rechtbank gaat ervan uit dat er schade is geleden — d.w.z. dat de nadelige gevolgen voor de hand liggen — en kent bij de begroting daarvan enerzijds eraan betekenis toe dat 'het verlies van controle over de persoonsgegevens [...] blijvend is' en anderzijds dat uitsluitend medewerkers van de werkgever daarvan kennis hebben genomen en verder dat 'dit geen gevolgen heeft gehad voor haar [d.w.z. de betrokkene's] economische of maatschappelijke positie, terwijl de als gevolg van de inbreuk opgetreden angst en stress in tijd beperkt is geweest'. De rechtbank komt dan tot een **schadevergoeding van € 250**.

³ Op dezelfde datum kwam de Afdeling met nog twee uitspraken over schadevergoeding vanwege een overtreding van de AVG. Echter, in deze uitspraken oordeelde de Afdeling dat er geen sprake was van een onrechtmatige verwerking zodat schadevergoeding niet aan de orde was: ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:900 (*Borsele*); ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:901 (*Harderwijk*).

- Rechtbank Noord-Nederland 15 januari 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:247 (*Gronings Stadsblog*). Ook deze uitspraak dateert van voor de uitspraak van de Afdeling, maar sluit daarop wel aan. In de procedure ging het om een onrechtmatige bekendmaking aan twee personen van persoonsgegevens, te weten een BRP-uittreksel met adresgegevens van de betrokkene. De rechtbank overweegt dat betrokkene niet duidelijk heeft gemaakt wat de negatieve gevolgen waren van de AVG-inbreuk, maar dat het schadebegrip in de AVG ruim moet worden uitgelegd. De rechtbank acht het aannemelijk (voor de hand liggend) dat betrokkene als gevolg van het negatieve effecten heeft ervaren, bijvoorbeeld angst en stress, en komt tot een **schadevergoeding van € 250**.
- Rechtbank Noord-Nederland 12 januari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:106 (*Oldambt*). Deze procedure betrof de (herhaalde) onrechtmatige publicatie van e-mailadres, telefoonnummer en BSN-nummer op de gemeentelijke website. Nadat dit bekend werd heeft de gemeente het daardoor ontstane datalek snel gedicht. Er was niet gebleken dat het datalek concrete nadelige gevolgen had. In zijn beoordeling kent de kantonrechter er vooral betekenis aan toe dat het gaat om 'naar hun aard gevoelige gegevens, zeker waar het betreft het BSN-nummer'. Hij komt tot een **schadevergoeding € 500**.
- Rechtbank Midden-Nederland 4 mei 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:1865 (*Sociale verzekeringsbank*). De Sociale verzekeringsbank handelde in strijd met de AVG door de Belastingdienst ten onrechte een zgn. startbericht te verstrekken met daarin het burgerservicenummer, de geboortedatum en het woonland van een pasgeboren kind. De aard en de ernst van de privacyinbreuk waren volgens de rechtbank in dit geval niet zodanig dat de nadelige gevolgen zo voor de hand liggen dat een aantasting in de persoon kan worden aangenomen. De algemene vrees voor identiteitsfraude was, hoewel voorstelbaar, onvoldoende voor een veroordeling in immateriële schade: **geen schadevergoeding** toegekend.
- Rechtbank Overijssel 31 mei 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:2264 (*Almelo*). De gemeente Almelo verwerkte ten onrechte persoonsgegevens betreffende een kind en zijn wettelijk vertegenwoordigster. De rechtbank overweegt dat het uitgangspunt is dat eiseres de door haar gestelde schade met concrete gegevens moet onderbouwen. Vanwege het ontbreken van concrete gegevens wordt niet de gevorderde schadevergoeding van €1500 toegekend, maar wel **tweemaal een bedrag € 125** voor de wettelijk vertegenwoordigster respectievelijk voor het kind.
- Rechtbank Rotterdam 12 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6822 (*Rotterdam*). In deze zaak betrof de overtreding het gedurende ongeveer tien jaar met

meerdere personen en instanties onrechtmatig delen van medische gegevens uit het dossier van de betrokkene. Onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling in de *Pieter Baan*-zaak, waarin voor een kortdurende onrechtmatige verwerking een bedrag van € 500 werd toegekend, komt de rechtbank (enkelvoudige kamer) in een betrekkelijk korte uitspraak (4 bldz.) tot een **schadevergoeding van € 2500**.

- Rechtbank Rotterdam 25 februari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:1420 (Zuidplaspolder). Een gebiedsontwikkelingsmaatschappij stuurt per ongeluk 1100 personen met belangstelling voor een koopwoning een e-mailbericht met in de bijlage een MS Excel-bestand met de persoonsgegevens van deze personen. Het bestand bevat behalve NAWT-gegevens ook financiële gegevens, zoals de gewenste koopsom, het maximaal te lenen bedrag; jaarinkomen en eigen middelen die de kandidaat-koper wil inbrengen. De rechtbank overweegt dat het gaat om gevoelige financiële gegevens, maar geen bijzondere gegevens (i.d.z.v. art. 9 AVG) en dat er risico's op ID-fraude zijn, maar ook dat de gegevens niet openbaar zijn gemaakt, dat het een menselijke fout betrof, en dat de gebiedsontwikkelingsmaatschappij direct het bericht heeft ingetrokken, alle 1100 betrokkenen meteen heeft geïnformeerd en melding deed bij AP. De kantonrechter wijst een **schadevergoeding van € 250** toe.⁴

2.7 Van belang daarbij is nog dat de Hoge Raad, waar het gaat om de toekenning van schadevergoeding, niet zonder meer veronderstelt dat er nadelige gevolgen zijn, en nog wel verlangt dat er een zekere mate van zekerheid is dat daarvan inderdaad in een specifiek geval sprake is. De aard en de ernst van de normschending kunnen met zich meebrengen dat de in dit verband relevante nadelige gevolgen zo voor de hand liggen dat een aantasting in de persoon kan worden aangenomen. Maar dan nog moeten die nadelige gevolgen, zegt de Hoge Raad, op enigerlei wijze (kunnen) worden vastgesteld.

“Voor zover het oordeel van het Hof aldus moet worden begrepen dat de aard en de ernst van de normschending meebrengen dat de nadelige gevolgen daarvan voor de benadeelde partijen zo voor de hand liggen dat een aantasting in de persoon met betrekking tot alle benadeelde partijen kan worden aangenomen zonder enige nadere vaststelling met betrekking tot de gevolgen die de normschending voor ieder van deze benadeelde partijen heeft gehad, geeft dat oordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting, althans is dat oordeel niet begrijpelijk. In dat verband is van belang dat niet is uitgesloten dat een inbraak in een woning, en daarmee een inbreuk op het

⁴ In Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 6 april 2021 ECLI:NL:GHARL:2021:3206, werd een vergoeding van € 5000 toegekend voor schade geleden als gevolg van overtreding van de AVG). In deze uitspraak werd een schadevergoeding van € 5000 toegekend aan een GZ-psycholoog van wie de persoonsgegevens gedurende langere tijd onrechtmatig waren openbaar waren gemaakt op de website zwartelijstenartsen.nl. De relevantie van deze uitspraak is gering, omdat deze overtreding is niet gelijk te stellen met de door AP vastgestelde overtredingen in verband met FSV-registraties.

recht op eerbiediging van de privésfeer, voor de bewoner van die woning dermate ingrijpende gevolgen heeft dat zij grond kan bieden voor het aannemen van een aantasting in de persoon, ook als die gevolgen niet als geestelijk letsel zijn aan te merken. Daarvoor is dan wel vereist dat vaststellingen omtrent die gevolgen (kunnen) worden gedaan."

[onderstreping toegevoegd]

HR 15 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1465, overw. 2.4.2

- 2.8 Het is, gelet op de beoogde aansluiting met het civiel schadevergoedingsrecht, niet heel aannemelijk dat de Afdeling in *Pieter Baan Centrum* heeft bedoeld hiervan af te wijken. De Afdeling betreft het door de Hoge Raad gehanteerde «kunnen-woorden-vastgesteld-criterium» weliswaar niet expliciet bij haar beoordeling of de betrokkene recht heeft op toekenning van een vergoeding voor de door hem geleden schade, maar dat was in deze zaak wellicht niet nodig omdat de rechtbank al had vastgesteld dat de eiser de schending van zijn privacy heeft ervaren als 'naar en nadelig'.⁵

3 DE CRITERIA VOOR BEPALING VAN SCHADEVERGOEDING

- 3.1 Een aantasting in de persoon kan, aldus de Afdeling in *Pieter Baan Centrum*, worden aangenomen, en de schade behoeft dan dus niet met concrete gegevens te worden onderbouwd, als de nadelige gevolgen voor de betrokkene in voldoende mate voor de hand liggen. Of daarvan sprake is, wordt beoordeeld aan de hand van de aard, duur en ernst van de overtreding. Daarbij wordt betekenis toegekend aan verschillende, elkaar deels overlappende criteria, zijnde: de gevoeligheid van de gegevens, de gevolgen van de overtreding en dan vooral het aantal personen of instanties dat ten onrechte heeft kennisgenomen van de persoonsgegevens, en hoelang de overtreding heeft geduurd.

In het navolgende wordt een en ander uitgewerkt aan de hand van de in het voorgaande besproken twee uitspraken van de Afdeling (*Pieter Baan Centrum* en *Deventer*) en de zeven uitspraken van lagere rechters (*UWV*, *Gronings Stadsblog*, *Oldambt*, *Sociale verzekeringsbank*, *Almelo*, *Rotterdam* en *Zuidplaspolder*).
De gevoeligheid van de gegevens

- 3.2 Hoe gevoeliger de gegevens des te eerder wordt aangenomen dat de nadelige gevolgen voor de hand liggen en des te hoger de schadevergoeding. In *Pieter Baan Centrum* ging het om 'bijzonder gevoelige gegevens', nl. psychologische en psychiatrische delen uit ProJustitia rapportages. In *UWV* en *Rotterdam* om medische gegevens, en in *Oldambt* om BSN en in *Zuidplaspolder* om gevoelige financiële gegevens. In deze vier zaken werd uiteindelijk aangenomen dat de schade voor de hand ligt.

⁵ Rechtbank Gelderland 19 december 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:5551, overw. 6.

- 3.3 In *Almelo* ging het om jeugdhulpdossiers. Uit de uitspraak blijkt niet of daarin bijzondere gegevens, of anderszins gevoelige gegevens zijn vermeld. Maar dit ligt wel voor de hand, omdat een jeugdhulpdossier alleen wordt aangemaakt als er vermoedens zijn dat het met het kind niet goed gaat, wat doorgaans vereist dat gegevens worden vastgelegd betreffende de fysieke en geestelijke gesteldheid van het kind en de ouders. In deze zaak werd aangenomen dat schade wel voor de hand ligt, zij het voor een betrekkelijk gering bedrag.
- 3.4 In *Deventer* ging het om naam en woonplaats, en het gegeven dat er enkele Wob-verzoeken waren ingediend, gegevens die door de rechter niet werden opgevat als erg gevoelig. In deze zaak werd dan ook niet aangenomen dat schade voor de hand ligt. Dat was anders bij het *Gronings Stadsblog*, waar het ging om naam, adres en woonplaats, maar waar niettemin werd aangenomen dat schade wel voor de hand lag, althans niet met concrete gegevens behoefde te worden aangetoond.
- 3.5 In *Sociale verzekeringsbank* ging het om startberichten met o.a. BSN en gegevens betreffende geboorteland. De beide gegevens kunnen worden opgevat als gevoelige gegevens (zie art. 25 resp. art. 46 van de Uitvoeringswet AVG). Toch werd in deze zaak niet aangenomen dat schade voor de hand ligt. De verklaring daarvoor moet worden gevonden in de overige, hierna te bespreken criteria.⁶

De gevolgen van de overtreding

- 3.6 Voor de gevolgen van de overtreding wordt in de rechtspraak vooral betekenis toegekend aan het aantal personen of instanties dat ten onrechte heeft kennisgenomen van de persoonsgegevens en in hoeverre er sprake is van omstandigheden die de schade beperken. Daarbij valt te denken aan de genomen schadebeperkende maatregelen en aan een geheimhoudingsplicht die rust op de degenen die ten onrechte kennis hebben genomen van de gegevens.
- 3.7 In *Pieter Baan Centrum* was van belang dat slechts een beperkt aantal professionals, op wie een geheimhoudingsplicht rustte, ten onrechte kennis heeft genomen van de gegevens. In zowel *UWV* als *Gronings Stadsblog* hadden slechts enkele personen kennisgenomen van de gegevens. In *Oldambt* en *Zuidplaspolder* werd betekenis toegekend aan de schadebeperkende maatregelen die waren genomen. In deze zaken waren deze omstandigheden c.q. schadebeperkende maatregelen aanleiding om uit te gaan van een lagere schadevergoeding. Omgekeerd lijkt in *Rotterdam* de afwezigheid van dergelijke maatregelen aanleiding te zijn geweest voor de hoger schadevergoeding die is toegekend – maar dit blijkt niet heel duidelijk uit de uitspraak.
- 3.8 In *Sociale verzekeringsbank* zou een rol kunnen hebben gespeeld dat het oordeel over de rechtmatigheid van de gegevensverstrekking nogal genuanceerd is. Er is weliswaar

⁶ Zie randnr. 3.8 van deze notitie.

een wettelijke grondslag voor de verstrekking, maar *in casu* was het gebruik daarvan niet proportioneel. Echter, dat oordeel zou in de nabije toekomst, als de wettelijke regeling wordt aangepast, kunnen veranderen. Een en ander duidt op zichzelf niet zo zeer op nadelige gevolgen, maar veeleer op een nog niet toereikende regeling die mogelijk gaat worden aangepast.

De duur van de overtreding

- 3.9 Het is aannemelijk, ook al blijkt dit niet in alle gevallen heel duidelijk uit de verschillende uitspraken, dat een langere duur van de overtreding maakt dat eerder wordt aangenomen dat de schade voor de hand ligt en dus niet hoeft te worden onderbouwd met concrete gegevens.
- 3.10 Duidelijk is verder dat aan de duur van de overtreding betekenis wordt toegekend bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding. In *Pieter Baan Centrum, UWV, Oldambt* en *Zuidplaspolder* was de betrekkelijk korte duur van de overtreding een reden om de schadevergoeding te matigen. In *Rotterdam* was de lange duur uitdrukkelijk de reden waarom de rechter kwam tot een hogere schade.

4 BEANTWOORDING VAN DE VRAGEN

Wat zijn met betrekking tot de registratie in FSV de relevante criteria om te beoordelen of iemand recht heeft op een vergoeding van immateriële schade (art. 6:106, eerste lid, onderdeel b, BW) en deze immateriële schade niet aangetoond wordt of kan worden?

En, in hoeverre kan hierbij, in relatie tot de FSV-registratie, concreet worden aangegeven wanneer er sprake is van een zodanige 'aard' en 'ernst' van de overtreding van de AVG dat de nadelige gevolgen hiervan voor belanghebbende zozeer voor de hand liggen dat een 'aantasting in zijn persoon' kan worden aangenomen?

- 4.1 De beide vragen worden tezamen beantwoord aan de hand van de in de vorige paragraaf besproken criteria (gevoeligheid, gevolgen en duur van de overtreding) en aan de hand van de feiten zoals die zijn gedocumenteerd in het rapport waarin AP verslag doet van haar onderzoek ("het onderzoeksrapport").
- 4.2 Daarbij wordt aangetekend dat deze criteria zijn afgeleid uit een betrekkelijk beperkt aantal uitspraken, waarvan het merendeel is gedaan door lagere rechters in enkelvoudige kamer.⁷ En ook dat in alle uitspraken veel betekenis werd toegekend aan de feitelijke omstandigheden van het specifieke, aan de rechter voorgelegde geval. In zoverre past dus behoedzaamheid bij het toepassen van deze criteria in andere, specifieke individuele gevallen.

⁷ De uitspraken in respectievelijk *UWV, Oldambt* en *Zuidplaspolder* zijn gedaan door de kantonrechter, die in *Gronings Stadsblog, Sociale verzekeringsbank, Almelo, Rotterdam* in een enkelvoudige kamer

- 4.3 Over het onderzoeksrapport van AP kan worden aangetekend dat daarin geen individuele gevallen zijn beoordeeld. Om deze reden kunnen op basis daarvan niet zonder nader feitenonderzoek conclusies worden getrokken over specifieke individuele gevallen.

De gevoeligheid van de gegevens in FSV

- 4.4 Waar het gaat om de gevoeligheid van de gegevens blijkt uit het AP-rapport dat de Belastingdienst in FSV medische gegevens verwerkte en soms ook gegevens betreffende nationaliteit, alsmede gegevens betreffende vastgestelde strafbare feiten.⁸ Deze gegevens kwalificeren als bijzondere gegevens en strafrechtelijke gegevens (resp. art. 9, eerste lid, en art. 10 AVG).⁹
- 4.5 In de rechtspraak, meer in het bijzonder in *Pieter Baan Centrum, Rotterdam* en waarschijnlijk ook *Almelo*, was dit een reden, of een van de redenen, om aan te nemen dat de schade voor de hand ligt en daarom niet met concrete gegevens behoeft te worden onderbouwd.
- 4.6 Aannemelijk is dat dit voor FSV niet anders is, althans voor zover het gaat om individuele belastingplichtigen waarvan vaststaat dat dergelijke gevoelige en/of bijzondere gegevens inderdaad door de Belastingdienst werden vastgelegd en verwerkt. Voor deze belastingplichtigen kan, op basis van deze rechtspraak, worden aangenomen dat dit een van de factoren is die eraan bijdraagt dat de rechter, als hem een geval wordt voorgelegd, tot het oordeel kan komen dat de nadelige gevolgen zo voor de hand liggen dat deze niet met concrete gegevens behoeven te worden onderbouwd.

De gevolgen van registratie in FSV

- 4.7 Waar het gaat om de gevolgen van de overtreding blijkt uit het AP-rapport dat verschillende onderdelen van de Belastingdienst de in FSV vastgelegde gegevens gebruikten,¹⁰ en ook dat soms personen die daartoe niet geautoriseerd waren toegang konden hebben tot de gegevens.¹¹ Of de gegevens in FSV ook konden worden gebruikt door andere instanties dan de Belastingdienst maakt het onderzoeksrapport niet duidelijk.¹²

⁸ Onderzoeksrapport, par. 3.3.4, 3.3.5 en 4.1.2

⁹ Anders dan bij *Oldambt* leidt de verwerking van BSN in de context van FSV niet tot extra nadelige gevolgen aanleiding te geven. De Belastingdienst gebruikt sowieso BSN en dat FSV onrechtmatig is geoordeeld leidt er niet toe dat BSN in handen van onbevoegden of kwaadwilligen is gevallen. Er zijn door FSV geen (extra) risico's op ID-fraude.

¹⁰ Onderzoeksrapport, par. 3.4.1, 4.3.2

¹¹ Onderzoeksrapport, par. 3.11

¹² Van een beperkt deel van de in FSV geregistreerde belastingplichtigen zijn mogelijk gegevens verstrekt aan uitvoeringsorganisaties. Er wordt onderzocht in hoeverre dit inderdaad is gebeurd, en als dat het geval blijkt te zijn, in hoeverre er dan door deze uitvoeringsorganisaties gevolg aan is gegeven.

- 4.8 Uit het onderzoeksrapport blijkt ook dat het, volgens AP, niet ondenkbaar was dat medewerkers van de Belastingdienst FSV opvatten als ‘een database met (potentiele) fraudeurs’, met als gevolg stigmatisering d.w.z. iemand ten onrechte aanmerken als fraudeur. Daarnaast kon registratie in FSV aanleiding zijn voor intensief of verscherpt toezicht, waarbij belastingplichtigen frequenter worden onderworpen aan vragen, verzoeken om informatie en bewijslevering.¹³
- 4.9 In de besproken rechtspraak wordt de mogelijkheid van stigmatisering en intensiever toezicht niet expliciet in de beoordeling betrokken. En hoewel dat niet met zoveel woorden blijkt uit de uitspraak, lijken dit soort nadelige gevolgen wel een rol te kunnen hebben gespeeld in *Rotterdam*. In die zaak ging het, evenals bij FSV, om het gedurende lange tijd bewaren van gegevens waarvan meerdere personen en/of instanties kennis hebben kunnen nemen zonder dat zij daartoe gerechtigd waren. Bij FSV lijken de nadelige gevolgen, volgens het onderzoeksrapport, in voorkomend geval ten minste even ernstig te kunnen zijn geweest.
- 4.10 Echter, ook hier kunnen op basis van het onderzoeksrapport zonder nader feitenonderzoek waarschijnlijk geen uitspraken worden gedaan over specifieke individuele gevallen. Er was, blijkt uit het rapport, een ‘risico op stigmatisering’ en volgens het onderzoeksrapport kon ‘[e]en registratie in FSV [...] leiden tot intensief toezicht’, en zo een ‘intensiever toezicht [kon] tot gevolg hebben dat de aangifte of aanvraag van de toeslag ten nadele van de persoon werd gecorrigeerd of geheel werd afgewezen’.¹⁴
- 4.11 Of daarvan in een specifiek individueel geval inderdaad sprake was, blijkt niet uit het onderzoeksrapport. Het is voorstelbaar is dat de rechter dit in zo een specifiek geval wél aanneemt. Iets dergelijks deed de voorzieningenrechter in de SyRI-zaak. In deze zaak ging het erom dat een zgn. risicomelding gedurende twee jaar kon worden opgeslagen en ten hoogste twintig maanden kon worden gebruikt. Daarover oordeelde de voorzieningenrechter dat het niet afdoet aan het aanmerkelijk effect op het privéleven van de betrokkene:
- “[d]at een risicomelding niet steeds tot verder onderzoek hoeft te leiden, of tot een (bestuursrechtelijke of strafrechtelijke) sanctie en ook niet als enige basis voor een handhavingsbesluit mag worden gebruikt.”
- Rechtbank Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865 (*SyRI*), overw. 6.59
- 4.12 In de SyRI-zaak werd de registratie op zichzelf al opgevat als iets met een aanmerkelijk effect op het privéleven van de betrokkene, wat een nadelig gevolg lijkt te impliceren. Daarbij moet dan wel worden opgemerkt dat de Hoge Raad, in het

¹³ Onderzoeksrapport, par. 3.7; *Kamerstukken II* 2019/20, 31066, nr. 681, p. 4

¹⁴ Onderzoeksrapport, par. 3.7.

arrest besproken in de alinea met randnummers 0-2.8, voor de toekenning van schadevergoeding vereist dat de nadelige gevolgen (kunnen) worden vastgesteld en dus niet zonder meer worden verondersteld.

De duur van de registratie in FSV

- 4.13 In haar onderzoeksrapport heeft AP vastgesteld dat voor de gegevens in FSV een bewaartermijn van zeven jaar gold. En dat de Belastingdienst zich niet hield aan deze bewaartermijn. Volgens AP duurde de overtreding van 4 november 2013 tot en met 27 februari 2020, dat wil zeggen ruim zes jaar.¹⁵
- 4.14 Uitgaand van *Rotterdam* kan die langere duur worden opgevat als een aanwijzing dat de schade voor de hand ligt en dus niet hoeft te worden onderbouwd met concrete gegevens. In elk geval is de langere duur van de overtreding aanleiding voor een hogere schadevergoeding. In *Rotterdam* ging de rechter, onder verwijzing naar *Pieter Baan Centrum* maar verder zonder uitvoerige nadere onderbouwing, uit van €2500 voor een overtreding die tien jaar duurde.
- 4.15 Resumerend. Waar het gaat om de toekenning van schadevergoeding moeten de nadelige gevolgen kunnen worden vastgesteld en worden dus niet zonder meer verondersteld. Uit de lagere rechtspraak blijkt dat voor de beoordeling of de nadelige gevolgen zozeer voor de hand liggen dat deze niet met concrete gegevens behoeven te worden aangetoond, betekenis toekomt aan:
- de gevoeligheid van de gegevens, meer in het bijzonder de omstandigheid dat het gaat om bijzondere of strafrechtelijke gegevens: hoe gevoeliger de gegevens des te eerder wordt aangenomen dat de nadelige gevolgen voor de hand liggen en des te hoger de schadevergoeding;
 - de gevolgen van de overtreding voor de belastingplichtige, waaronder de gevolgen van de verstrekking van de gegevens aan andere instanties: hoe ernstiger de gevolgen des te eerder wordt aangenomen dat de gevolgen voor de hand liggen en des te hoger de schadevergoeding;
 - de duur van de overtreding: hoe langer de duur van de overtreding des te eerder wordt aangenomen dat de gevolgen voor de hand liggen en des te hoger de schadevergoeding.
- 4.16 Voor die belastingplichtigen ten aanzien waarvan de nadelige gevolgen kunnen worden vastgesteld en/of ten aanzien van wie duidelijk is dat tot in een bepaalde mate is voldaan aan de in de vorige alinea genoemde drie criteria, kan worden aangenomen dat de nadelige gevolgen voor de hand liggen en niet met concrete gegevens

¹⁵ Onderzoeksrapport, par. 3.1.4, 3.5 en 4.5.2

behoeven te worden onderbouwd. Voor schadevergoeding komen dan in ieder geval de belastingplichtigen in aanmerking van wie gedurende langere tijd medische gegevens of strafrechtelijk gegevens zijn in FSV geregistreerd, en/of die zijn geraakt door de in het onderzoeksrapport genoemde nadelige gevolgen (m.n. stigmatisering, geïntensiveerd toezicht).

- 4.17 Om te bepalen of een belastingplichtige aanspraak maakt op vergoeding van de schade die is geleden als gevolg van de registratie in FSV is dus een individuele beoordeling vereist. Er moet daarbij in kaart worden gebracht in hoeverre deze registratie betrekking had op bijzondere of strafrechtelijke gegevens, in hoeverre de belastingplichtige daarvan nadelige gevolgen (m.n. stigmatisering, geïntensiveerd toezicht) heeft kunnen ondervinden, en hoe lang de gegevens waren geregistreerd.

In hoeverre is relevant of er op basis van de registratie een additionele handeling is verricht of beslissing is genomen, waarvan aannemelijk is dat die nadelige gevolgen kan hebben gehad?

- 4.18 Het verrichten van een additionele handeling of het nemen van een beslissing kan relevant zijn bij het beoordelen van de gevolgen van de FSV-registratie voor de belastingplichtige. Onduidelijk is of de in het onderzoeksrapport benoemde nadelige gevolgen (d.w.z. stigmatisering, geïntensiveerd toezicht) zich ook kunnen hebben voorgedaan zonder zo een additionele handeling of beslissing. Het lijkt vooralsnog niet uitgesloten dat daarvan ook sprake kan zijn zonder zo een additionele handeling of beslissing. In zoverre is zo een additionele handeling of beslissing dus niet per se in alle gevallen relevant.

In hoeverre is relevant of er gegevens zijn verstrekt aan andere organisaties?

- 4.19 In het licht van de door AP vastgestelde mogelijkheid van nadelige gevolgen (m.n. stigmatisering, geïntensiveerd toezicht) is niet noodzakelijk relevant of de Belastingdienst de gegevens aan andere organisaties heeft verstrekt. Ook zonder verstrekking aan andere organisaties kunnen er volgens AP serieuze nadelige gevolgen zijn.
- 4.20 Als de gegevens aan andere organisaties zijn verstrekt, draagt dat er wel aan bij dat ervan wordt uitgegaan dat de door de overtreding geleden schade voor de hand ligt, althans aanleiding is voor toekenning van een hogere vergoeding. Aldus blijkt uit *Pieter Baan Centrum, UWV, Oldambt en Rotterdam*.

In hoeverre is relevant dat de redenen voor, en gevolgen van, de FSV-registratie in een groot aantal gevallen niet meer of niet meer volledig zijn te achterhalen?

- 4.21 De redenen waarom de gegevens zijn geregistreerd in FSV lijken, gelet op de bevindingen van AP, op zichzelf niet relevant. AP heeft vastgesteld dat de Belastingdienst door registratie in FSV verschillende bepalingen uit de AVG heeft overtreden, en dat belastingplichtigen daardoor mogelijk nadelige gevolgen hebben ondervonden. De redenen waarom de gegevens werden geregistreerd doen daaraan niet af.
- 4.22 De gevolgen van de registratie in FSV zijn, evenals de gevoeligheid van de gegevens en de duur van de registratie, relevant. Als de gevolgen niet meer volledig zijn te achterhalen, is denkbaar dat de rechter, evenals in *SyRI*, aanneemt dat er nadelige gevolgen waren en niet verlangt dat deze met concrete gegevens wordt onderbouwd. Voor de toekenning van schadevergoeding blijft wel nodig dat de nadelige gevolgen op enigerlei wijze kunnen worden vastgesteld.