

Inleiding

In het kader van het herstel van de onterechte nadelige gevolgen voor burgers van registratie in FSV en de 'Detectie aan de Poort' is over een tweetal onderwerpen advies gevraagd aan de Landsadvocaat. Dit betreft:

- (1) de – juridische – gevolgen van de constateringen in het PWC-rapport over 'Detectie aan de poort' voor de positie van de inspecteur indien een belanghebbende in een procedure stelt dat in het selectieproces zijn grondrechten, zoals het verbod op discriminatie naar afkomst, geaardheid of geloofsovertuiging, zijn geschonden;
- (2) de vraag of er een juridische verplichting bestaat om burgers die wel in FSV stonden geregistreerd, maar die niet aantoonbaar nadelige gevolgen hebben ondervonden van de registratie in FSV, enigerlei geldelijke tegemoetkoming te bieden wegens een overtreding van de AVG.

In deze nota wordt nader ingegaan op de wijze waarop, met inachtneming van deze adviezen, met deze onderwerpen in de praktijk kan worden ingegaan. De besluitvorming hierover zal worden opgenomen in de 'tegemoetkomingsbrief FSV'. Op de tegemoetkomingsregeling voor het onrecht weigeren van de toegang tot MSNP of een betalingsregeling en op de mogelijkheid van een 'verklaring geen fraudeur' wordt in deze nota niet ingegaan; deze onderwerpen komen separaat aan de orde.

Beslispunten

1. Gaat u akkoord met de in deze notitie geschetste werkwijze rond de toepassing van het door de Hoge Raad in de arresten van 10 december 2021 ontwikkelde kader bij belastingplichtigen van wie de aangifte met toepassing van 'projectcode 1043' mogelijk discriminatoir is geselecteerd?
2. Gaat u ermee akkoord belastingplichtigen met een 'projectcode 1043' tot 1 juli 2023 de mogelijkheid wordt geboden om een eventuele discriminatoire selectie vanaf het belastingjaar 2014 alsnog via een verzoek tot ambtshalve vermindering aan de orde te stellen (waarbij dus de 'vijfjaarstermijn' in zoverre worden verlengd)?
3. Gaat u akkoord met het, waar mogelijk, identificeren van gelijkvormige groepen waarbij enigerlei schade als gevolg van de registratie in FSV voldoende aannemelijk is en met het opnemen van deze groepen en van (forfaitaire) maatstaven voor het bepalen van de schade in de tegemoetkomingsregeling? Burgers die geen onderdeel vormen van een dergelijke groep of die een hogere schade hebben geleden, kunnen bij aanwijsbare (hogere) schade individueel een beroep doen op schadevergoeding op basis van de AVG.
4. Gaat u ermee akkoord dat als dergelijke groepen kunnen worden onderscheiden, de betrokken personen actief worden benaderd om een verzoek te doen.

Kern

Discriminatoire selectie

- Aan de orde is de vraag in hoeverre een mogelijk discriminatoire selectie van aangiften in het kader van de 'detectie aan de poort' doorwerkt naar de op dat onderzoek gebaseerde correcties in de aanslag. In zijn advies geeft de Landsadvocaat voor de specifieke groep burgers met 'code 1043' een nadere invulling aan het door de Hoge Raad in zijn arresten van 10 december ontwikkelde beoordelingskader.
- Mede op basis van deze invulling wordt in deze nota een werkwijze uitgewerkt waarbij:
 - aan de motiveringseis voor de belastingplichtige geen hoge motiveringseisen worden gesteld en de verantwoordelijkheid voor het aandragen van de benodigde gegevens en de bewijslast voor een 'neutrale' selectie bij de Belastingdienst liggen;
 - als komt vast te staan dat bij de selectie sprake is geweest van een verboden onderscheid op basis van afkomst, geaardheid, geloofsovertuiging e.d., of als belastingplichtige dit gemotiveerd stelt en de Belastingdienst niet aannemelijk kan maken dat de selectie

Met opmerkingen ☐ : De aantallen waar we het in dit memo over hebben zijn niet duidelijk, kan daar nog een schatting van worden toegevoegd?

Met opmerkingen ☐ : Toevoegen:

"Er is nog geen toets gedaan op uitvoerbaarheid van de beslispunten. Ook de budgettaire consequenties zijn nog niet in kaart gebracht."

'neutraal' / niet-discriminatoire heeft plaatsgevonden, de daarmee verband houdende correctie in de aanslag steeds vervalt (ook al was deze fiscaal terecht);

- Het initiatief voor rechtsherstel in beginsel bij de belastingplichtige ligt, maar de Belastingdienst zal bezien of voor specifieke groepen een actieve en/of groepsgewijze aanpak mogelijk is;
- belastingplichtigen met een 'projectcode 1043' tot 1 juli 2023 de mogelijkheid wordt geboden om een eventuele discriminatoire selectie vanaf het belastingjaar 2014 alsnog via een verzoek tot ambtshalve vermindering aan de orde te stellen (waarbij dus de 'vijfjaarstermijn' in zoverre worden verlengd).
- De gevolgen van deze werkwijze voor de uitvoering zijn sterk afhankelijk van het aantal belastingplichtigen dat zich daadwerkelijk op een discriminatoire selectie gaat beroepen en van inspanningen die het kost om de benodigde gegevens over de selectie te achterhalen.
PM is hier iets concreters over te zeggen?
- *PM evt budgettaire gevolgen*

Verstrekking immateriële schadevergoeding

- Op grond van de AVG heeft een betrokkene recht op vergoeding van zowel materiële als immateriële schade die is ontstaan door overtreding van de AVG. Voor de vraag of sprake is van een recht op vergoeding van immateriële schade wordt aangesloten bij het civiele recht.
- Als uitgangspunt bij het bepalen van een recht op vergoeding van immateriële schade geldt dat degene die de schade heeft geleden, de schade met concrete gegevens moet onderbouwen. In het geval dat de aard en de ernst van de normschending meebrengen dat de in dat verband relevante nadelige gevolgen zo voor de hand liggen, dan kan een recht op vergoeding van immateriële schade worden aangenomen. Het enkele feit dat een fundamenteel recht is overtreden is onvoldoende om aan te nemen dat sprake is van schade.
- Toekenning van schadevergoeding vergt in beginsel een individuele beoordeling van iedereen die zich meldt. Dit kan in de praktijk zowel voor Belastingdienst als voor de burger die zich meldt, een langdurend en bewerkelijk proces zijn. Er zou daarom ook gekozen kunnen worden voor het aanwijzen van bepaalde groepen geregistreerde burgers waarvan op voorhand kan worden uitgedragen dat hen als zij zich melden een forfaitair bedrag aan compensatie wordt aangeboden. Ook kan er dan voor worden gekozen om de groep en de (forfaitaire) vergoeding, net als de situatie van het weigeren van het MSNP-traject, in de tegemoetkomingsregeling op te nemen¹. Dit laat onverlet dat het betrokkene altijd vrijstaat om met een beroep op de AVG alsnog een gerechtelijke procedure te starten om een hoger bedrag aan compensatie te claimen.
- Als groepen die hiervoor mogelijk in aanmerking zouden komen, zou kunnen worden gedacht aan:
 - (bepaalde) personen van wie de registratie in FSV is gedeeld met derden;
 - personen die onterecht (langdurig) in intensief toezicht zijn betrokken, en
 - (bepaalde) personen waarvan langdurig gevoelige en/of bijzondere persoonsgegevens, zoals medische of strafrechtelijke gegevens, zijn geregistreerd.

Dit wordt nader in kaart gebracht, waarbij ook een rol zal spelen in hoeverre de groepen voldoende duidelijk kunnen worden afgebakend. Het voortdurende onderzoek naar de gevolgen van FSV kan er verder toe leiden dat nog andere groepen in beeld komen.

- Complicatie is dat de afweging van de door de Landsadvocaat genoemde relevante factoren geen eenduidig resultaat oplevert. Hier kan en wordt verschillend over gedacht. In een restrictieve benadering worden alleen groepen aangewezen waarvan met voldoende zekerheid vaststaat dat de leden daadwerkelijk gevolgen hebben ondervonden. Hiermee wordt 'overcompensatie' zo veel mogelijk voorkomen, maar een strikte toepassing betekent dat minder personen in beeld komen voor een vergoeding en dat hierdoor

¹ Alternatief is om in een beleidspublicatie actief uit te dragen op welke wijze we voor deze groepen omgaan met een verzoek tot schadevergoeding op basis van de AVG.

Met opmerkingen ☐: Natuurlijke personen die in FSV zijn geregistreerd zijn er niet van op de hoogte of er bijzondere persoonsgegevens in FSV staan.

Krijgen zij dit wel te horen als zij een AVG-inzageverzoek doen?

Zo ja, dan zal dit criterium voor een schadevergoeding een extra aanzuigende werking creëren op AVG-verzoeken. Ook zal de roep wellicht ontstaan om de gehele FSV-registratie vrij te geven, om daarmee het eventuele recht op een schadevergoeding mee te kunnen toetsen en effectueren.

Wat doen we eraan om deze risico's beheersbaar te houden?

Met opmerkingen ☐: Extra complicerend is dat de AP in ☐ besluit meerdere overtredingen heeft vastgesteld die los van elkaar een boete hebben opgeleverd. De totale boete is de optelsom van die onderdelen (in het strafrecht zou dit vallen onder meerdaadse samenloop). Zijn de factoren cumulatief?

Bij de voorbeelden van de LA is telkens sprake van een duidelijk afgebakende overtreding, dat is bij FSV niet zo.

wellicht meer personen een beroep gaan doen op de AVG (wat bij afwijzing tot procedures kan leiden).

- Een bredere omschrijving waarbij op basis van aard en ernst van de overtreding wordt beoordeeld of nadelige gevolgen aannemelijk zijn zonder dat deze behoeven te worden vastgesteld, zoals door de Landsadvocaat voorgestaan, zal er daarentegen toe kunnen leiden dat in de beschreven groepen (in betekende mate) ook personen worden meegenomen die geen enkel gevolg van de registratie hebben ondervonden. Tevens kan van een dergelijke invulling precedentwerking uitgaan naar (a) andere uitvoeringsorganisaties en (b) eventuele andere systemen van de Belastingdienst die nog niet volledig AVG-compliant zijn en waarin bijzondere persoonsgegevens zijn opgeslagen. Voordeel is uiteraard dat een bredere tegemoetkoming communicatief beter zal aansluiten bij de ernst van de boete van de Autoriteit Persoonsgegevens.
- Als het lukt om voldoende afgebakende groepen in beeld te krijgen kan er tevens voor worden gekozen om de leden van deze groep actief te benaderen. Deze personen kan alsdan worden gemeld dat ze in aanmerking komen voor de in de tegemoetkomingsregeling omschreven vergoeding en dat ze hiertoe een verzoek kunnen doen. Een verdergaand alternatief is de vergoeding op eigen initiatief reeds uit te betalen, maar dat zou kunnen worden gezien als het ongevraagd opdringen van een schadevergoeding. Tevens zou moeten worden bezien of de Belastingdienst beschikt over de hiervoor benodigde (betaal)gegevens en kunnen de betrokken personen er alsdan niet op worden gewezen dat ze bij evt, hogere schade ook een beroep op [artikel 82 van de AVG](#) kunnen doen.

Met opmerkingen ☐ : Ernst van de bevindingen waarop de AP zijn boete heeft gebaseerd?

Met opmerkingen ☐ : Ook hiervoor geldt, hoe doen we dat zonder bijzondere persoonsgegevens te verwerken?

Toelichting

Mogelijke discriminatoire selectie

- Uit het PWC-rapport 'Detectie aan de Poort' volgt dat de selectie van aangiften voor onderzoek in het bijzonder voor – bepaalde groepen – belastingplichtigen met een 'projectcode 1043' mogelijk op basis van persoonskenmerken (zoals afkomst of religie) heeft plaatsgevonden. Dit roept onder meer de vraag op welke gevolgen een mogelijk daaruit voortvloeiende discriminatoire selectie zou moeten hebben op voor de daarop gebaseerde vervolghandelingen.²
- De Hoge Raad heeft in een drietal arresten van 10 december 2021 geoordeeld over de vraag in hoeverre gebreken in de (risico)selectie van aangiften IB voor controle, gevolgen (kunnen) hebben voor een op die controle gebaseerde – en op zichzelf terecht – correcties in de aanslag (zoals het – deels – weigeren van een aftrekpost).
- De Landsadvocaat heeft vervolgens op ons verzoek een advies uitgebracht over de – juridische – gevolgen van de constateringen in het PWC-rapport voor de positie van de inspecteur indien een belanghebbende in een procedure stelt dat in het selectieproces zijn grondrechten, zoals het verbod op discriminatie naar afkomst, geaardheid of geloofsovertuiging, zijn geschonden.
- Het door de Hoge Raad ontwikkelde beoordelingskader, en de invulling daarvan door de Landsadvocaat voor de '1043-groep', gaat uit van de individuele situatie van de belastingplichtige. Relevant zijn met name de persoonlijke kenmerken van de belastingplichtigen (nationaliteit, afkomst, geloofsovertuiging) die op discriminatie kunnen wijzen en de wijze waarop zijn of haar aangifte is geselecteerd.
- Het initiatief voor rechtsherstel ligt hierbij, als uitgangspunt, bij de belastingplichtige. Deze is bij uitstek in de positie om te beoordelen of er richting hem of haar mogelijk discriminatoire is gehandeld (en om aan te geven of hij of zij er behoefte aan heeft om dit

² In een groot deel van de relevante periode werden personen die een code 1043 kregen ook standaard in FSV opgenomen. Een te onderscheiden vraag is of deze registratie in FSV tot (andere) onterechte nadelige gevolgen heeft geleid waarvoor een verplichting tot vergoeding bestaat.

uitgezocht te hebben). Het is dan in eerste instantie aan de belastingplichtige om de mogelijke discriminatoire selectie in een (lopende) procedure in te brengen of om dit in bezwaar of in een verzoek om ambtshalve vermindering op te brengen.

- Hierna gaan we achtereenvolgende – specifiek voor de ‘1043-groep’ in op (1) de wijze waarop met een dergelijke stelling van een belastingplichtige wordt omgegaan, (2) de mogelijkheden van een meer actieve en/of groepsgewijze benadering van specifieke groepen en (3) de mogelijkheden voor belastingplichtigen om alsnog op te komen tegen aanslagen uit het verleden die al vaststaan.

Motiveringseis belastingplichtige en aandragen gegevens door Belastingdienst (bewijslast)

- Het is, als gezegd, in beginsel aan de belastingplichtige om gemotiveerd te stellen dat –bij de selectie van zijn aangifte voor onderzoek (mogelijk) discriminatoir heeft plaatsgevonden. Gezien de bevindingen uit het PWC-rapport lijkt het bij belastingplichtigen met een ‘code 1043’ wel passend om deze hobbels zo beperkt mogelijk te houden en vervolgens het initiatief en de bewijslast bij de Belastingdienst te leggen (in lijn met het advies van de Landsadvocaat en de jurisprudentie).
- Hierbij zullen aan de stelling van de belastingplichtige geen hoge (motiverings)eisen (mogen) worden gesteld. Voldoende lijkt dat de belastingplichtige op basis van een relevant persoonlijk kenmerk stelt dat bij de selectie van de aangifte een fundamenteel grondrecht – zoals verbod op discriminatie naar afkomst of geloofsovertuiging – is geschonden en dat de stelling niet bij voorbaat onaannemelijk is (bijvoorbeeld omdat sprake is van een omstandigheid als genoemd in het PWC-rapport).
- Het is vervolgens aan de Belastingdienst om:
 - (1) de benodigde gegevens over die selectie aan te dragen,
 - (2) waaruit aannemelijk wordt dat de selectie neutraal (het kenmerk heeft geen rol gespeeld) of niet-discriminatoir (voor het maken van onderscheid bestond een zwaarwegende rechtvaardiging) heeft plaatsgevonden.
- Het gaat hierbij om de concrete selectie van de individuele aangifte(s) van de betrokken belastingplichtige. Voor de ‘bewijsvoering’ op dit punt kunnen dan zowel gegevens over het selectieproces als zodanig als (wellicht) gegevens uit het dossier van die belastingplichtige (over de reden voor zijn of haar selectie voor onderzoek) een rol spelen.
- Als uit deze aangedragen gegevens volgt dat de selectie van de aangifte voor onderzoek ‘neutraal’ / niet-discriminatoir heeft plaatsgevonden, dan kunnen de op dit onderzoek gebaseerde correcties (uiteraard) in stand blijven. Ook als de volledige gegevens over de selectie bekend zijn, kan de beoordeling of een voldoende zwaarwegende reden voor bijvoorbeeld een – direct of indirect – onderscheid naar nationaliteit of geloofsovertuiging aanwezig is, erg lastig zijn. Dit zal in beginsel van geval tot geval moeten worden beoordeeld.
- Mocht uit die gegevens volgen dat bij de selectie is gediscrimineerd naar nationaliteit, afkomst, geloofsovertuiging e.d., dan wordt voorgesteld om niet meer afzonderlijk te toetsen of de ‘controle hiermee heeft plaatsgevonden op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht’, maar dit als een gegeven te beschouwen.³ De resultaten van het onderzoek naar de aangifte mogen dan niet worden gebruikt en de daaruit voortvloeiende correctie dient te vervallen (ook al is deze op zichzelf fiscaal correct en is het onderzoek van de aangifte correct en zorgvuldig verlopen).
- Dit ligt, naar mag worden aangenomen, anders bij een eventuele discriminatie op basis van minder vergaande persoonskenmerken, zoals leeftijd of woonwijk. Alsdan kan wel van geval tot geval worden getoetst of sprake is van een handelen dat zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijke overheid mag worden verwacht, dat hieraan de vergaande

³ Ook de LA lijkt er in het advies van uit te gaan dat moeilijk voorstelbaar is dat een rechter bij een discriminatie op basis van afkomst, religie e.d. tot een ander oordeel zal komen (maar in uitzonderlijke situaties zou dit uiteraard anders kunnen zijn).

Met opmerkingen ☐: Dit is dus het alsnog honoreren van gefingeerde aftrekposten/voorheffingen.

Als we deze kant op gaan, dan moeten we ons bewust zijn wat voor impact dat heeft voor onze (toezicht)medewerkers. Er wordt volop getwijfeld over de juistheid van de constateringen van PWC. Dus er zullen twijfels zijn aan het fundament voor terugdraaien van correcties, zeker als dit niet op een rechterlijk oordeel is gebaseerd.

Dit zal leiden tot minder gemotiveerde medewerkers die hun werk ook minder serieus gaan nemen (als iets gecorrigeerd wordt, wordt het toch weer teruggegeven. Fraude loont. Etc).

Dit vergt dus goede interne en externe communicatie, en ook dat zal deze gevolgen niet weg kunnen nemen.

consequentie van het vervallen van de terechte correcties op de aangifte dient te worden verbonden.

- Daarnaast kan het zich voordoen dat de precieze reden voor de selectie niet meer te achterhalen is en/of dat de wel nog beschikbare gegevens onvoldoende zijn voor een goede beoordeling van de neutraliteit hiervan. Gezien de bevindingen in het PWC-rapport wordt – in lijn met het advies van de LA – voorgesteld om bij de specifieke groep belastingplichtigen met een selectie op basis van 'code 1043' het risico hiervan bij de Belastingdienst te leggen.
- Kan de inspecteur in een individueel geval of groep van gevallen waarin aan de hiervoor genoemde motiveringseis is voldaan⁴, met de beschikbare gegevens niet aannemelijk maken dat neutraal / niet-discriminatoire is geselecteerd, dan wordt er voor dit geval of deze groep gevallen van uitgegaan dat bij de selectie is gediscrimineerd op basis van nationaliteit, afkomst, religie e.d. (ook al staat dit dus niet vast⁵). De uit het onderzoek naar de aangifte voortvloeiende correctie dient dan ook in deze situatie te vervallen.⁶ In dit voorstel laten we het in deze gevallen dus niet op een rechtszaak aankomen.

Met opmerkingen : En dat betekent hetgeen in het punt hierna staat

Met opmerkingen : Zie eerdere opmerking over wat dit met de medewerkers zal doen

Initiatief belastingplichtige versus actieve en/of groepsgewijze benadering

- Zoals aangegeven ligt het initiatief voor rechtsherstel, als uitgangspunt, bij de belastingplichtige. Het is hierbij in eerste instantie aan de belastingplichtige om de mogelijke discriminatoire selectie in een (lopende) procedure in te brengen of om dit in bezwaar of in een verzoek om ambtshalve vermindering op te brengen.
- Op zichzelf bestaat deze mogelijkheid reeds en worden elementen als 'registratie fsv' en 'projectcode 1043' al in lopende fiscale procedures ingebracht. De toenemende aandacht – op basis van het PWC-rapport – voor mogelijke discriminatoire selectie en het actief gaan uitdragen van de mogelijkheden tot herstel (vervallen correcties), ook over eerdere jaren, zal naar verwachting leiden tot een toename van dergelijke zaken en verzoeken. In# hoeverre deze zaken en verzoeken daadwerkelijk zullen leiden tot het vervallen van correcties, valt op dit moment lastig te beoordelen (de lagere jurisprudentie is tot op heden terughoudend). Hierbij geldt dat het vervallen van een correctie op de aangifte ook doorwerking zal hebben naar de diverse inkomensafhankelijke regelingen (toeslagen). Voor de afhandeling hiervan zal voldoende capaciteit beschikbaar moeten zijn.

Uitzoekpunt: kan iets worden gezegd over grootte van de doelgroep en over het te verwachten aantal verzoeken om herstel? Plus over de verwachte behandelduur van een individueel verzoek (naar boven halen (selectie)gegevens, beoordelen hiervan, afhandelen gevolgen en bij geschil evt procedure bij rechter).

- Daarnaast is het uiteraard de vraag in hoeverre betrokken belastingplichtige in voldoende mate op de hoogte en in staat zijn tot het nemen van het initiatief tot rechtsherstel. Het – op tijd – ondernemen van actie hiertoe vergt hierbij uiteraard wel voldoende 'doenvermogen' bij betrokkenen.
- Vanuit deze optiek kan worden gezien of – op onderdelen – een actieve en/of groepsgewijze aanpak wenselijk en mogelijk is. Een dergelijke (pro-actieve) aanpak kan aan de orde zijn indien:
 - (1) Van een specifieke groep belastingplichtigen bekend is dat bij de selectie schending van grondrecht heeft plaatsgevonden. Hiervoor lijkt wel vereist dat alsdan van de hele groep

⁴ Hierdoor kan, als voor een groep de wijze van selectie niet kan worden achterhaald, een verschil in uitkomst ontstaan tussen belastingplichtigen die aan de lichte motiveringseis kunnen voldoen en belastingplichtigen die hieraan niet voldoen (geen van de persoonskenmerken bezitten).

⁵ De Belastingdienst draagt hier het risico van het niet kunnen aandragen van de benodigde gegevens; hiermee staat dus niet vast dat daadwerkelijk discriminatoire is gehandeld.

⁶ Ook hier geldt dat bij een beroep op discriminatie naar minder vergaande persoonskenmerken, zoals leeftijd of woonwijk, ook bij het ontbreken van gegevens strikter zal (kunnen) worden getoetst of een dergelijk onderscheid aannemelijk is, of hiervoor een voldoende reden is en zo nee, welke consequenties hieraan moeten worden verbonden.

voldoende zeker is dat een schending van een grondrecht heeft plaatsgevonden en dat de correcties ook een direct gevolg hiervan zijn.

- (2) Van een specifieke groep of groepen bekend is dat geen of onvoldoende gegevens over de selectie bekend zijn of kunnen worden aangedragen voor een beoordeling. Naast het vereiste bij (1) lijkt hiervoor tevens vereist dat alsdan bekend is welke betrokkenen binnen deze groep te maken kunnen hebben gehad met een discriminatie op basis van nationaliteit, afkomst, geloofsovertuiging e.d. Vanuit juridisch oogpunt kan namelijk de vraag worden gesteld in hoeverre het voor de hand ligt om de correctie ook te laten vervallen bij belastingplichtigen die weliswaar deel uitmaken van de groep, maar waarbij gezien hun persoonskenmerken een dergelijk verboden onderscheid niet voor de hand ligt.
- Een dergelijke groepsgewijze benadering kan zowel voor de Belastingdienst als voor belanghebbende belangrijke voordelen hebben, maar lijkt, gezien de aanwezige gegevens, alleen haalbaar indien hierbij zekere (de nodige) ruwheden worden geaccepteerd.

Uitzoekpunt: wat kan de Belastingdienst in individuele gevallen (of groepen van gevallen) aanleveren aan gegevens over de selectie van de aangiften in het kader van projectcode 1043 en maakt dit een dergelijke actieve 'groepsbenadering' mogelijk en/of wenselijk?

- Binnen een dergelijke 'actieve' benadering kan ervoor gekozen worden richting betrokkenen 'ongevraagd' met herstelbeschikkingen komen (ook al zouden deze daar wellicht geen behoefte aan hebben). Een alternatief is om betrokkene te informeren over de gebreken in de selectie en hen te vragen om een verzoek om ambtshalve vermindering te doen.
- Hierbij zal ook steeds de weg van bezwaar / verzoek om ambtshalve vermindering moeten blijven openstaan voor belastingplichtige die het 'pro-actieve' herstel onvoldoende vinden of die we naar hun mening ten onrechte niet hebben meegenomen.

Bezwaar versus ambtshalve vermindering; termijnen

- Zolang een aanslag niet onherroepelijk vaststaat, kan een belastingplichtige de mogelijke 'discriminatoire selectie' als stelling inbrengen in een (lopende) bezwaar- of beroepsprocedure⁷. Staat de aanslag over een eerder jaar vast, dan kan een belastingplichtige nog tot vijf belastingjaren terug⁸, een verzoek doen tot ambtshalve vermindering op deze grond. Een in 2022 gedaan verzoek kan hierbij dus betrekking hebben op belastingjaren 2017 en later. Tegen een afwijzing van een verzoek om ambtshalve herziening staat – in de inkomstenbelasting – beroep bij de rechter open. Een lastig punt hierbij betreft de relevante termijnen voor bezwaar en voor een verzoek om ambtshalve herziening.
- Een buiten de bezwaartermijn ingediend bezwaar of een buiten de 'vijfjaarstermijn' ingediend verzoek om ambtshalve vermindering is in beginsel niet ontvankelijk.
- Volgens de Landsadvocaat kunnen rechters, vanwege de specifieke en uitzonderlijke situatie waarbij de informatie over de toegepaste selecties en analyses aan de Poort nu pas bekend is geworden, geneigd zijn een buiten de termijn ingediend bezwaar of beroep tegen de aanslag of een verzoek om ambtshalve herziening toch ontvankelijk te achten. Daarom zou er, aldus de Landsadvocaat voor kunnen worden gekozen om hierop te anticiperen door dergelijke bezwaren en verzoeken toch in behandeling te nemen (ook buiten de vijfjaarstermijn).

⁷ Deze mogelijkheid bestaat echter niet meer zodra in de zaak cassatie is ingesteld bij de Hoge Raad. Is over de zaak door een feitelijke rechter uitspraak gedaan, dan kan binnen een redelijke termijn ook om herziening van die uitspraak worden gevraagd.

⁸ Ervan uitgaande dat de arresten van 10 december 2021 niet als 'nieuwe' jurisprudentie worden gezien t.o.v. de daarvoor bestaande praktijk. De hier gevolgde soepele benadering kan uiteraard vragen oproepen over de afwijkende benadering bij bijvoorbeeld box 3. Belangrijk verschil is dat het bij box 3 gaat om 'nieuwe' jurisprudentie die afwijkt van de regelgeving en de praktijk die tot het arrest werden gevolgd, terwijl het hier niet zozeer gaat om gewijzigde rechtspraak, maar om nieuwe feiten (over de selectie) die pas in een later stadium bekend zijn geworden.

Met opmerkingen : Hoe krijg je dit in beeld zonder in dezelfde valkuil te stappen: selectie op basis van bijzondere persoonskenmerken.

Met opmerkingen : Dus, selectie op basis van bijzondere persoonsgegevens

Met opmerkingen : Een dergelijk verzoek vergt een grote mate van doen vermogen, dat zeker niet altijd aanwezig is. Daar waar deze mensen in het verleden zijn "geholpen" door facilitators, worden ze nu opnieuw in de armen van deze facilitators gedreven.

- Gezien de aard van de normschending – discriminatie op basis van nationaliteit, afkomst of geloofsovertuiging – is hier zeker het nodige voor te zeggen. Daar staat tegenover dat van een dergelijke doorbreking van de geldende termijnen een belangrijke precedentwerking kan uitgaan. Dit geldt zowel voor het aannemen van een ‘verschoonbare’ termijnoverschrijding bij het – mogelijk na jaren – alsnog indienen van bezwaar, met als reden dat de relevante informatie over de selectie nu pas bekend is geworden, als voor het doorbreken van de ‘vijf jaar’ bij een verzoek om ambtshalve herziening.
- Omdat (1) het hier gaat om een schending van een grondrecht en (2) vanwege hetde door de LA geschetste – en naar onze mening reële – mogelijkheid dat rechters anders actief gaan zoeken naar mogelijkheden om een dergelijke zaak toch in behandeling te nemen en, waar nodig, –tot ‘rechtsherstel’ te komen, lijkt het echter niet passend om betrokkenen die hiervan nu pas goed op de hoogte zijn geraakt een termijnoverschrijving tegen te werpen.
- Conform het advies van de Landsadvocaat is hierbij wel het voorstel vooralsnog de route van de ‘ambtshalve vermindering’ te volgen (en dus niet die van een verschoonbare termijnoverschrijding bij bezwaar). Het bij bezwaar aannemen van een ‘verschoonbare termijnoverschrijding’ (alleen) omdat relevante informatie later bekend is geworden, zal namelijk ingrijpende gevolgen hebben voor de praktijk. Voor een dergelijke benadering zijn, zoals de Landsadvocaat zelf ook aangeeft, verder geen aanknopingspunten te vinden in de bestaande jurisprudentie.
- Het voorgaande betekent dus dat verzoeken om ambtshalve vermindering van een aanslag inkomstenbelasting over een eerder jaar omdat bij de selectie van de aangifte via projectcode 1043 discriminatoir zou zijn gehandeld, ook in behandeling worden genomen, als de ‘vijfjaarstermijn’ inmiddels verstreken. Wel wordt voorgesteld om hierbij niet verder terug te gaan dan het belastingjaar 2014 [PM reden]. Effectief heeft deze uitbreiding dan dus betekenis voor de jaren 2014, 2015 en 2016.

Uitzoekpunt: welke reden hebben we / kunnen we aanvoeren voor specifiek het jaar 2014?

- Daarnaast lijkt het – ook vanuit de uitvoering – gewenst om enigerlei een tijdshorizon in te bouwen voor het in behandeling nemen van een verzoek buiten de vijfjaarstermijn. Voorgesteld wordt de datum van 1 juli 2023. Tot die datum zullen dus alle verzoeken om ambtshalve vermindering (wegens discriminatoire selectie bij ‘code 1043’) in behandeling worden genomen die zien op de belastingjaren vanaf 2014.
- Tegen de uitspraak op een verzoek om ambtshalve vermindering staat in de inkomstenbelasting, net als tegen een uitspraak op bezwaar, beroep bij de rechter open. Het oordeel van de Belastingdienst over evt. discriminatie kan dus aan de fiscale rechter worden voorgelegd.
- Wel zijn er op andere onderdelen verschillen in rechtsbescherming voor de burger tussen een bezwaarprocedure en een verzoek om ambtshalve vermindering. De betekenis hiervan voor de onderhavige problematiek wordt momenteel in kaart gebracht. In voorkomende gevallen kan dit er toe leiden dat een rechter zich in een concrete zaak (toch) zal moeten uitspreken over de vraag of bij een (veel) te laat bezwaar vanwege de specifieke omstandigheden toch sprake is van een ‘verschoonbare termijnoverschrijding’.

Uitzoekpunt: wat zijn nog de verschillen – in waarborgen voor de burger – tussen een procedure voor ambtshalve vermindering en een bezwaarprocedure? Bijvoorbeeld voor wat betreft hoorplicht, rente en mogelijkheid om aanvullende schadevergoeding te vragen?

Wat is de route voor de burger die bij een ambtshalve vermindering sprake is van aanvullende schade?

- Waar de behandeling van herstelverzoeken wegens discriminatoire selectie langs de hiervoor beschreven lijnen (grotendeels) binnen de bestaande wetgeving en kaders kan plaatsvinden (hiervoor is geen separate herstelregeling nodig), zal de doorbreking van de ‘vijfjaarstermijn’ nader moeten worden geformaliseerd. Liefst via een ministeriële regeling

(aanpassing art. 45aa UR IB), maar het zou eventueel ook kunnen via een beleidsbesluit (goedkeuring op basis hardheidsclausule).

Budgettaire gevolgen

PM

Selectie op andere gronden van 'projectcode 1043'

- In het voorgaande ligt de focus op belastingplichtige van wie de aangifte op basis van 'projectcode 1043' is geselecteerd.

Uitzoekpunt: in het voorgaande is steeds alleen gesproken van '1043'; in de stukken wordt ook soms 'code 1044' in dezelfde adem genoemd. Geldt hiervoor hetzelfde als '1043'?

- Aangenomen mag worden dat ook een soortgelijke benadering dient te worden gevolgd bij andere belastingplichtige die aanvoeren dat hun aangifte discriminatoir is geselecteerd (of dat ze anderszins discriminatoir zijn behandeld). Dus buiten 'projectcode1043' om.
- Wel gelden de bevindingen uit het PWC-rapport specifiek voor het proces rond de 'detectie aan de poort'.
- Bij een selectie op andere gronden zal wellicht een wat sterker motiveringsvereiste voor belastingplichtigen gelden (daar staat immers nog niet vast dat er mogelijk een en ander niet goed gegaan is).
- Verder kan de Belastingdienst op basis van algemene selectiecriteria uit bijvoorbeeld de weegmodule wellicht eenvoudiger aannemelijk maken dat geen sprake is van een verboden onderscheid (en wordt dit wellicht wat eerder aangenomen).
- Maar deze verschillen lijken meer graduëel van aard en zullen zich alleen voordoen bij werkwijzen die we goed kunnen 'uitleggen' en die neutraal overkomen.
- Het reële risico bestaat uiteraard dat ook de nodige belastingplichtigen buiten '1043' zich alsnog – in lopende procedures, via bezwaar of via een verzoek om ambtshalve vermindering – gaan beroepen op een discriminatoire selectie (al gaat de verlenging van de vijfjaarstermijn daarvoor niet gelden). Zelfs al kunnen we in deze gevallen de 'neutraliteit' van de selectie aantonen, dan kan dit nog de nodige capaciteit vergen.

(Im)materiële schadevergoeding

- Op grond van [artikel 82 van de AVG](#) heeft een betrokkene recht op vergoeding van zowel materiële als immateriële schade die is ontstaan door overtreding van de AVG.
- Voor de beoordeling of recht bestaat op een vergoeding voor immateriële schade wordt aangesloten bij het civiele recht. In deze is relevant artikel 6:106, sub b, waarin is opgenomen dat een benadeelde recht heeft op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding indien hij lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast.
- Van een aantasting in de persoon op andere wijze kan worden gesproken:
 - Als iemand naar objectieve maatstaven geestelijk letsel heeft, of
 - Als de aard de ernst van de normschending en de hierdoor plaatsvindende aantasting van de persoon van de benadeelde concreet onderbouwd kunnen worden;
 - Als 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 met betrekking tot de benadeelde kan worden aangenomen.De enkele schending van een fundamenteel recht leidt nog niet tot de conclusie dat sprake is van een aantasting in de persoon op andere wijze.
- De (aangenomen) nadelige gevolgen moeten zich daadwerkelijk (hebben kunnen) voordoen en kunnen worden vastgesteld.

Als uitgangspunt: individuele beoordeling?

Of in een concrete situatie recht bestaat op (im)materiële schadevergoeding als gevolg van een schending van de AVG is sterk afhankelijk van de concrete omstandigheden en feiten in dat

individuele geval. Vanuit juridisch perspectief is daarom het uitgangspunt iedere betrokkene die schade claimt individueel te beoordelen aan de hand van de gegevens in die specifieke casus. Het initiatief tot een verzoek om schadevergoeding ligt hierbij bij betrokkene.

In de praktijk zal dit zowel voor Belastingdienst als voor de betrokkene zelf, bewerkelijk zijn. Er zou daarom ook gekozen kunnen worden voor het aanwijzen van bepaalde groepen geregistreerde burgers waarvan op voorhand kan worden uitgedragen dat mocht iemand uit deze groep zich melden, hen een forfaitair bedrag aan compensatie wordt geboden. Ook kan er alsdan voor worden gekozen om deze groep en het (forfaitair) te vergoeden bedrag in de tegemoetkomingsregeling op te nemen. Dit laat overigens onverlet dat het eenieder vrijstaat om nog een gerechtelijke procedure te starten om een hoger bedrag aan compensatie te claimen.

Groepen met (mogelijke) aantoonbaar negatieve effecten

- Aan de LA is advies gevraagd 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. De LA noemt in zijn advies een aantal criteria die van belang zijn voor de beoordeling of in een concreet geval of groep van gevallen vanwege de 'aard en de ernst van de overtreding' een aantasting in de persoon mag worden aangenomen en immateriële schade aannemelijk kan worden geacht. Volgens de LA zijn de volgende criteria relevant:
 - a. 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;
 - b. de gevolgen van de overtreding: 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;
 - c. de duur van de overtreding: 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 behoeft worden onderbouwd met concrete gegevens. Duidelijk is verder dat aan de duur van de overtreding betekenis wordt toegekend bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding.
- Op basis hiervan komen de volgende groepen (mogelijk) in beeld:
 - (bepaalde) personen van wie de registratie in FSV is gedeeld met derden;
 - personen die onterecht (langdurig) in intensief toezicht zijn betrokken, en
 - (bepaalde) personen waarvan langdurig gevoelige en/of bijzondere persoonsgegevens, zoals medische of strafrechtelijke gegevens, zijn geregistreerd.Of deze groepen daadwerkelijk in aanmerking komen, of deze in de praktijk voldoende kunnen worden afgebakend en in hoeverre hiervoor een (forfaitaire) maatstaf voor de vergoeding kan worden bepaald, wordt momenteel in kaart gebracht. Het voortdurende onderzoek naar de gevolgen van FSV kan er verder toe leiden dat nog andere groepen in beeld komen.
- Over de toepassing van de criteria die de LA constateert in zijn advies wordt intern verschillend gedacht. De conclusie van de Landsadvocaat in het advies kan er bijvoorbeeld toe leiden dat er vergoedingen worden gegeven aan burgers die nooit daadwerkelijk gevolgen hebben ondervonden van hun registratie in FSV. Aan het onverkort volgen van het advies van de Landsadvocaat op het punt van bijvoorbeeld de bijzondere persoonsgegevens zijn dan de volgende voordelen en nadelen verbonden.

Voordelen:

1. We sluiten daarmee meer precies aan bij het advies van de Landsadvocaat;

Met opmerkingen Ik mis in deze opsomming dat het aansluit bij de impact die de handelwijze heeft gehad op de betrokkenen, en het 'onvermogen' om aan te tonen dat van een dergelijke handelwijze geen sprake is geweest. Dat leidt tot de conclusie dat we in die gevallen hand in eigen boezem steken en de betrokkenen het voordeel geven.

2. Een ruimere compensatieregeling sluit communicatief goed aan op de ernst van de boete van de Autoriteit Persoonsgegevens;
3. Kans op procedures van extra in FSV geregistreeerde groepen die gecompenseerd willen worden is minder groot.

Met opmerkingen : Het is niet de ernst van de boete, maar de ernst van de werkwijze, de impact op de betrokkenen die tot die boete heeft geleid.

Nadelen:

4. Het advies van de Landsadvocaat berust, overigens net als de afwijkende interne benadering, op een interpretatie van de bestaande jurisprudentie. Als de tegemoetkomingsregeling hierdoor verder gaat dan op basis van jurisprudentie kan worden onderbouwd, kan er van deze regeling een *grote precedentwerking* uitgaan naar andere uitvoeringsorganisaties;
5. Deze precedentwerking kan zich ook voordoen naar eventuele andere systemen van de Belastingdienst die nog niet volledig AVG-compliant zijn en waarin bijzondere persoonsgegevens, zelfs met wettelijke grondslag, zijn opgeslagen.

Met opmerkingen : Is in dat verband een second opinion niet opportuun?

Met opmerkingen : Of processen?

Geen concrete of veronderstelde nadelige effecten en geen bijzondere persoonsgegevens

- Op basis van vigerende jurisprudentie en het advies van de Landsadvocaat adviseren wij niet op voorhand een tegemoetkoming te verlenen aan personen waar van vastgesteld en aangetoond kan worden dat deze geregistreerd waren in FSV (a) met "gewone" persoonsgegevens (b) die van hun registratie geen nadelige gevolgen hebben ondervonden.
- Van een aantasting "in de persoon" kan bij deze groep niet gesproken worden indien zij als gevolg van hun registratie geen daadwerkelijk nadelige effecten ervaren (kunnen) hebben en de registratie ook niet gedeeld is met derden. Zou uit vervolgonderzoek volgen dat bij – delen van – deze groep toch sprake zou kunnen zijn geweest van bijvoorbeeld 'stigmatisering' of 'intensief toezicht', dan zal, overeenkomstig het advies van de Landsadvocaat, opnieuw kunnen worden bezien of enigerlei tegemoetkoming passend zou zijn
- Mocht in een individuele casus een betrokkene toch vinden dat hij door de registratie immateriële schade heeft geleden die vergoed zou moeten worden, dan kan hij dit in een gerechtelijke procedure laten toetsen.