

1. Inleiding

Op grond van art. 53 AWR heeft de inspecteur vergaande bevoegdheden om via een derdenonderzoek fiscaal relevante informatie op te vragen bij administratieplichtigen voor de belastingheffing van derden. Op grond van art. 53 eerste lid AWR zijn namelijk dezelfde spelregels van kracht voor het verstrekken van gegevens door administratieplichtigen voor de belastingheffing van derden als die gelden voor hun eigen belastingheffing.

Waar het derdenonderzoek in de vorige eeuw vooral tot doel had om contra-informatie te verzamelen, gebeurt dit in de huidige tijd op meer gestructureerde en proactieve wijze als informatiebron voor (in eerste instantie) de vooraf ingevulde aangifte (VIA). Daarmee is (voor een deel) het karakter van de gegevens veranderd: van *contra-informatie* naar *heffingsinformatie*.

Bepaalde administratieplichtigen, zoals banken, pensioenuitvoerders en verzekeringsmaatschappijen, zijn op grond van het tweede en derde lid van art. 53 AWR verplicht om op reguliere basis bepaalde informatie over klanten aan de fiscus te verstrekken.² Daarnaast heeft de Belastingdienst met talloze (overheids-) organisaties afspraken gemaakt voor het aanleveren en uitwisselen van informatie.³ De Belastingdienst verzamelt op die manier meer dan 200 miljoen gegevens, waaronder ook loongegevens en WOZ-waarden.

De meeste data in de vooraf ingevulde aangifte inkomstenbelasting verkrijgt de Belastingdienst door middel van uitvraag van gegevens bij derden. In de afgelopen decennia heeft de Belastingdienst zich mede door digitalisering en informatie-uitwisseling ontwikkeld tot een van de voornaamste informatiefabrieken van Nederland.

Het maatschappelijk belang van een effectief, efficiënt en transparant functionerende Belastingdienst is evident. Het speelveld waarbinnen de Belastingdienst opereert is gedurende de afgelopen decennia aanzienlijk veranderd en complexer geworden. De politiek en het maatschappelijk verkeer verwachten van de Belastingdienst dat hij zijn taken transparant uitvoert tegen een aanvaardbaar kostenniveau. Dat betekent enerzijds dat de Belastingdienst voor de uitoefening van zijn taken gebruik moet maken van de technologische ontwikkelingen. Maar anderzijds dat de dienst zich houdt aan het wettelijk kader, de privacyvereisten en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Waar de stand van de techniek in vorige decennia een beperkende factor was voor het verzamelen en verwerken van data, is die in de huidige tijd juist een onmisbaar hulpmiddel.

In dit artikel gaan wij in op de mogelijkheden die de Belastingdienst heeft voor het opvragen van informatie bij administratieplichtigen op grond van het eerste, tweede en derde lid van art. 53 AWR. Allereerst belichten wij in par. 2 hoe het vigerend wettelijk kader voor derdenonderzoeken tot stand is gekomen. Daarna duiden wij de jurisprudentie (par. 3) en bespreken de invloed van de technologische ontwikkelingen op de mogelijkheden van de Belastingdienst voor het opvragen en verwerken van gegevens (par. 4). Vervolgens noemen wij mogelijkheden om de aanlevering van gegevens in het kader van een derdenonderzoek te verruimen. (par. 5). Tot slot trekken wij enkele conclusies (par. 6).

2. Evolutie wettelijk kader voor derdenonderzoeken⁴

¹ Prof. dr. mr. Robert N.J. Kamerling RA is hoogleraar Belastingrecht Nyenrode Business Universiteit. *Mr.dr. A.K.H. Klein Sprokkelhorst* is freelance fiscaal publiciste.

² Art. 10.8, lid 1 en 2 Wet IB 2001 juncto art. 22 Uitvoeringsbesluit Inkomstenbelasting 2001.

³ M. Snippe, De integratie van fiscale gegevens in het rijksbrede toezicht. Onderzoek naar een veilige haven voor de fiscale informatierijkdom, 2019, hoofdstuk 6.

⁴ Uitbreider: R.N.J. Kamerling/A.K.H. Sprokkelhorst, Derdenonderzoeken en verschoningsrecht, Fiscale

De eerste stap richting codificatie van een fiscale inlichtingenplicht en het ter inzage verstrekken van 'boeken en bescheiden' is opgenomen in de *Wet op de Inkomstenbelasting 1914* die op 1 mei 1915 in werking treedt.⁵ Deze wet kent een 'echte' inlichtingenplicht en een verplichting tot het ter inzage verstrekken van boeken en bescheiden. De inlichtingenplicht stuit op weinig bezwaren. Anders ligt dit ten aanzien van het verstrekken van boeken en bescheiden. Maar de inzage wordt uiteindelijk toch wettelijk verankerd (art. 67 Wet IB 1914).⁶ Derdenonderzoeken zijn echter nog niet mogelijk. Er wordt alleen contra-informatie verkregen als bijproduct bij de andere gegevens die tijdens een 'gewone' controle worden verzameld.⁷ In dit bevoegdhedencomplex zou tot de Tweede Wereldoorlog geen principiële wijziging meer komen.⁸

Kort na de Tweede Wereldoorlog is de financiële situatie in Nederland chaotisch. Om een 'catastrofe' te voorkomen is, aldus de minister van Financiën Lief tinck, een krachtig ingrijpen op monetair en fiscaal gebied noodzakelijk.⁹ De daad wordt bij het woord gevoegd, met als gevolg dat de het fiscale noodrecht dat ter sanering van 's landsfinanciën wordt ingesteld, er niet om liegt. Om een juiste belastingheffing en invordering te bewerkstelligen worden aan burgers vergaande verplichtingen opgelegd en krijgt de Belastingdienst excessieve bevoegdheden.¹⁰ Zo is onder vigeur van het fiscale noodrecht *een ieder* zonder beperking verplicht voor de belastingheffing van derden die gegevens te verstrekken die de inspecteur verlangt. Het maakt niet uit of al dan niet een bedrijf wordt uitgeoefend.

Wanneer eind 1950 fiscaal de zaken op orde zijn, is naar het oordeel van minister Lief tinck een herbezinning op het complex van bevoegdheden en verplichtingen noodzakelijk. Enerzijds moet het belang van een nauwkeurige belastingheffing in het oog worden gehouden, anderzijds moet de overheid het belang van een zo gering mogelijke inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de belastingbetaler respecteren. Kortom, het fiscale noodrecht is dringend aan een herijking toe.¹¹

In 1952 wordt de Wet vervanging Fiscaal Noodrecht (WFN) van kracht.¹² In art. 3 WFN is het derdenonderzoek geregeld. Alleen degene die een zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent, is verplicht toe te laten dat de inspecteur inzage neemt in zijn administratie met het oog op het verzamelen van *feiten* die van belang kunnen zijn voor de belastingheffing van derden (commerciële gegevens) (art. 3 lid 1 WFN). Het gaat om een *passieve* verplichting. Bepaalde beroepsgroepen kunnen zich evenwel ten aanzien van derdenonderzoeken op een geheimhoudingsplicht beroepen (art. 6 lid 2 WFN).

Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsontwerp-WFN ageren enkele Tweede Kamerleden fel doch zonder succes tegen de institutionalisering van derdenonderzoeken. Minister Lief tinck komt hen tegemoet door te verzekeren dat de inspecteur grote terughoudendheid zal betrachten.¹³

monografieën, 1996, nr. 76.

⁵ Wet van 19 december 1914, Stb. 1914/563.

⁶ Kamerstukken II, 1913-14, Handelingen 14 mei 1914, blz. 2.066 – 2.079. Minister Bertling wijst de Tweede Kamer erop, dat 'In het wetsontwerp staat, dat men onbeperkt inzage kan vragen van bescheiden en van boeken - dus van welke boeken ook -, maar de wet moet toegepast worden zóó, dat zij den belastingplichtige zoo weinig mogelijk hindert, dat de belastingplichtige van de wetstoepassing zoo weinig mogelijk nadeel ondervindt. Dit artikel mag dan ook alleen toegepast worden, wanneer daartoe noodzakelijkheid bestaat, wanneer er van andere middelen geen gebruik kan worden gemaakt om te komen tot een goeden aanslag.'

⁷ 'Een onderzoek bij een belastingplichtige mocht echter niet worden ingesteld *met de bedoeling* gegevens te verkrijgen omtrent derden.' Kamerstukken II, 1950-51, 1957, nr. 7, blz. 4.

⁸ Zie ook: Wet op de Oorlogswinstbelasting van 1916, Stb. 1916/288.

⁹ Kamerstukken II, 1950-51, 1957, nr. 3, blz. 1.

¹⁰ Onder andere: Buitengewoon Navorderingsbesluit (Stb. 1945/F. 159), Besluit Uitbreiding Bevoegdheden Belastingambtenaren (Stb. 1945/F. 254) en de beschikking Safe-onderzoek (Stcrt. 1945/113 A en 1945/115).

¹¹ Kamerstukken II, 1950-51, 1957, nr. 3, blz. 1.

¹² Wet van 23 april 1952, Stb. 1952/191.

¹³ Kamerstukken II, 1950-51, 1957, nr. 7; Handelingen II 18 maart 1952. blz. 1940.

In 1959 vervangt de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) de WFN.¹⁴ Het derdenonderzoek dat in art. 6 lid 1 WFN is verankerd, wordt zonder wijziging getransponeerd in art. 49 lid 1 AWR (oud).

In de jaren tachtig van de vorige eeuw doet het ISMO-denken zijn intrede.¹⁵ De uit de hand gelopen belastingfraude maakt, zo meent staatssecretaris Koning, een herijking van het complex van bevoegdheden noodzakelijk.¹⁶ Dit resulteert in een groot aantal wetsontwerpen.

Zo treedt in april 1986 de Wet op de internationale bijstandverlening bij de heffing van belasting (WIB) in werking.¹⁷ Art. 8 lid 1 WIB geeft de mogelijkheid een derdenonderzoek in te stellen 'ter voldoening aan een door een bevoegde autoriteit gedaan verzoek om inlichtingen.' Hiervoor gaan dezelfde spelregels gelden als in de nationale context (art. 8 lid 2 WIB).

De Wet uitbreiding informatieverplichtingen en invoering van een boekhoudverplichting treedt in november 1987 in werking.¹⁸ Voor derdenonderzoeken wordt ook een *actieve* plicht tot medewerking ingevoerd (art. 49, lid 3 AWR oud). De kring van subjecten wordt uitgebreid met verenigingen en stichtingen. De bestaande verplichting met betrekking tot de informatieplicht van overheidslichamen over derden wordt eveneens herzien (art. 56 AWR oud).

Met ingang van 2001 wordt de Wet Inkomstenbelasting ingrijpend gewijzigd. In de *Invoeringswet wet inkomstenbelasting 2001* zijn ook aanpassingen in de AWR opgenomen.¹⁹ Om de controlemogelijkheden in het nieuwe belastingstelsel te verbeteren worden de informatieverplichtingen in de AWR uitgebreid met de zogenoemde *automatische renseigneringsplicht*. Deze wijzigingen achten minister Zalm en staatssecretaris Vermeend noodzakelijk voor een goede en efficiënte uitvoering.²⁰ De wijzigingen zijn gecodificeerd in art. 53 lid 2 en lid 3 AWR en nader gespecificeerd in art. 22 Uitvoeringsbesluit Inkomstenbelasting.

Met ingang van 27 mei 2011 is de '*Wet rechtsbescherming met betrekking tot de administratieplicht en controlehandelingen van de fiscus*' van kracht.²¹ Om de rechtsbescherming in het kader van derdenonderzoek uit te breiden, introduceren de indieners van de wet-Dezentjé een kostenvergoeding indien het informatieverzoek of de controlehandeling onrechtmatig is (art. 53 lid 5 AWR en art. 62a Inv. Wet 1990).²² De wet-Dezentjé is de voorlopig laatste wetswijziging in het kader van het derdenonderzoek. Maar er komen veranderingen aan (zie par. 5).

¹⁴ Wet van 2 juli 1959, Stb. 1959/301.

¹⁵ ISMO: Interdepartementale stuurgroep misbruik en oneigenlijk gebruik, Rapport ISMO 1985.

¹⁶ Kamerstukken II 1985-86, 23 400, nr. 3, blz. 2.

¹⁷ Wet van 24 april 1986, Stb. 1986/249.

¹⁸ Wet van 26 november 1987, Stb. 1987/536.

¹⁹ Wet van 11 mei 2000, Stb. 2000/216.

²⁰ 'Voor een goede en efficiënte uitvoering zijn aanpassingen vereist in de renseignering door administratieplichtigen aan de belastingdienst. Daartoe wordt in de Algemene wet inzake rijksbelastingen opgenomen dat administratieplichtigen sommige, bij of krachtens de specifieke heffingswetten te bepalen of - zoals in de Wet op de loonbelasting 1964 - reeds bepaalde, massale renseignementen eigener beweging moeten verstrekken en dat deze renseignementen moeten worden voorzien van het sociaal-fiscaalnummer van degene op wie die inlichtingen en gegevens betrekking hebben.' Kamerstukken II, 1998/99, 26 728, nr. 3, blz. 11.

²¹ Wet van 27 mei 2011, Stb. 2011/265.

²² Muller oordeelt dit een 'aanmerkelijk schralere vorm van rechtsbescherming'. Naar zijn mening zou het regime van informatiebeschikkingen 'onverkort van toepassing moeten zijn voor derdenonderzoeken. De rechtsbescherming die nu is geïntroduceerd voor deze categorie van informatieverzoeken komt neer op mosterd na de maaltijd. Op het moment dat de rechtsgang openstaat, ligt de informatie immers al bij de fiscus, mogelijk ten onrechte. In sommige gevallen zal de Belastingdienst er zelfs al verdere onderzoekshandelingen op hebben gebaseerd.' Maar wellicht is deze rechtsbescherming gesneuveld in de onderhandelingen met de staatssecretaris. (M. Muller, Derdenonderzoeken en rechtsbescherming. In: TFB 2011/8, p. 10 ev; M. Muller, Facelift van het initiatiefwetsvoorstel over rechtsbescherming bij controlehandelingen. In: WFR 2010/42). Zo ook: G.T.K.

Resumerend kan worden gezegd dat de wijzigingen, behoudens die in de WFN, vooral zijn gericht op het uitbreiden van de bevoegdheden van de inspecteur. De rechtsbescherming vooraf in het kader van derdenonderzoeken die de indieners van het initiatiefwetsontwerp Dezentjé in eerste instantie beogen, blijft in afgezwakte vorm beperkt tot een kostenvergoeding achteraf 'in geval van een onterecht opgelegde verplichting'.²³ De privacy is in het wettelijk kader nog (vrijwel) niet in beeld.

3. *De jurisprudentie*

Het arrest van de Stad Rotterdam arrest uit 1974 staat al decennialang centraal voor wat betreft de bevoegdheden van de inspecteur in het kader van derdenonderzoeken.²⁴

De verzekeraar Stad Rotterdam weigert gehoor te geven aan het verzoek van de inspecteur om inzage te verstrekken in de boeken en bescheiden van *alle* personen die bij Stad Rotterdam een pleziervaartuig hebben verzekerd. De verzekeraar doet onder meer een beroep op art. 8 lid 1 EVRM. De Hoge Raad stelt zich op het standpunt dat de inbreuk op de vrije levenssfeer wordt gerechtvaardigd voor zover die noodzakelijk is in een democratische samenleving in het economisch belang van een land (art. 8 lid 2 EVRM).²⁵ De fiscale sleeptechniek is hiermee een feit.

In latere uitspraken, zoals in de zaak van SMS Parking²⁶, is het Stad Rotterdam arrest nog steeds in belangrijke mate bepalend en lijken de veranderde maatschappelijke en technologische context (nog) geen (belangrijke) factor te zijn.

De Belastingdienst vraagt SMS Parking op basis van art. 53 AWR alle parkeergegevens (kenteken, datum, locatie en tijd) van de cliënten over 2012 te verstrekken. De dienst wil deze gegevens gebruiken voor de motorrijtuigenbelasting, de BPM, de belasting zware motorrijtuigen, de inkomstenbelasting, de loonbelasting, de vennootschapsbelasting en de omzetbelasting.

In deze zaak staat naar het oordeel van de voorzieningenrechter 'het ongelimiteerde karakter van de aan SMS Parking gevraagde privacygevoelige volledige parkeerinformatie van haar klanten, in samenhang met het in algemene termen omschreven oogmerk van de Belastingdienst aan toewijzing van de gevraagde voorlopige voorziening in de weg.' De voorzieningenrechter oordeelt dat de inspecteur onvoldoende aannemelijk maakt dat het meewerken van SMS Parking aan een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van alle klanten die in 2012 van haar diensten gebruik hebben gemaakt, evenredig is aan het doel van de Belastingdienst en, in de termen van art. 8 EVRM, voldoet aan de *noodzakelijkheidseis*. Het is niet aan de rechter en zeker niet aan de rechter in kort geding om in algemene zin te bepalen waar de grens precies moet liggen, maar hier gaat het verzoek in deze vorm naar het oordeel van de voorzieningenrechter in ieder geval te ver, beoordeeld binnen het spanningsveld tussen art. 8 EVRM en de Wbp enerzijds en art. 53 AWR anderzijds. De voorzieningenrechter wijst de vordering in kort geding af.²⁷

Meussen/C.M. Dijkstra, 'The law ought to limit every power it gives': art. 53 AWR versus art. 8 EVRM (recht op privacy). In: WFR 2016/37, p. 5.

²³Kamerstukken II 2007-08, 30 645, nr. 5 en Kamerstukken II 2008-09, 30 645, nr. 14; Evaluatierapport Wet-Dezentjé, Kamerstukken II 2016/17, 33 772, nr. 2.

²⁴HR 10 december 1974, ECLI:NL:HR:1974:AB4412.

²⁵Wisselink concludeert, dat art. 53 lid 1 onderdeel a AWR nu bijna 'onbegrensde reikwijdte' heeft.: 'De Hoge Raad geeft in zijn arrest geen enkel criterium voor mogelijke privacybescherming binnen het zeer grote gebied van al die zgn. 'commerciële' gegevens.' M.A. Wisselink, *Privacy en belastingbetaler. Aspecten van fiscale strafvordering en fiscale inlichtingenlicht*, 1982, blz. 287.

De Graaf is het volstrekt niet eens met de Hoge Raad: in zijn ogen is art 53, lid 1 onderdeel a AWR wel degelijk in strijd met art. 8 van het Verdrag van Rome. Hij vindt het onaanvaardbaar, dat een fiscus gaat snuffelen in informatie die niet voor hem bestemd is, in de hoop daar iets van zijn gading te vinden. F. de Graaf, *Belastingontduiking en privacy*. NJB 1974, blz. 202.

²⁶Hof 's-Hertogenbosch 19 augustus 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2803.

²⁷Rechtbank Oost-Brabant 26 november 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6553 (vonnissen in kort geding).

In hoger beroep oordeelt het hof in 2014 evenwel ‘dat noch uit het oogpunt van proportionaliteit noch uit het oogpunt van subsidiariteit in relatie tot art. 8 EVRM SMS Parking een gerechtvaardigd belang heeft om afgifte van de gegevens te weigeren.’ Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank.²⁸ En daarmee valt het hof weer terug op het aloude Stad Rotterdam arrest.

Als derde en laatste noemen wij de ANPR-arresten van de Hoge Raad. Het rechtscollege geeft aan dat het verzamelen, vastleggen, bewerken, bewaren en gebruiken van de ANPR-gegevens, zoals dat in feite heeft plaatsgevonden, ‘een voldoende precieze wettelijke grondslag’ behoeft. Beperkingen op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer kunnen slechts worden gerechtvaardigd ‘door of krachtens een wet in formele zin’. De signaleringen berusten evenwel op informatie waarover de inspecteur beschikt zonder de daarvoor vereiste wettelijke grondslag en als resultaat van een systematische inbreuk op art. 8 EVRM, zo besluit de Hoge Raad.²⁹ De vereiste wettelijke grondslag kan ook niet worden gevonden in art. 55 AWR. Die is naar de mening van de Hoge Raad ‘te weinig precies’.³⁰ Onder die omstandigheden kan de inspecteur deze informatie niet gebruiken om daarop de naheffingsaanslagen te baseren.³¹

De ANPR-arresten markeren een duidelijk keerpunt ten opzichte van het arrest Stad Rotterdam. Oenema en Poelmann menen dat duidelijk is, ‘dat de Hoge Raad klaarblijkelijk meent dat de ‘oude’ AWR de ‘nieuwe’ digitale big datamogelijkheden, vanuit het perspectief van privacy-waARBorgen, niet voldoende beslaat en in zoverre is het arrest uiterst belangrijk. Hetzelfde lijkt te gelden voor art. 53 AWR, nu het vereiste ‘een voldoende wettelijke precieze grondslag voor de gevolgde handelwijze’ ook voor dit artikel ontbreekt.’³² Beide auteurs lijkt het in de rede te liggen dat ook voor art. 53 AWR de vraag kan worden gesteld of de wettelijke grondslag voldoende precies is.³³ Wij zijn het met beide auteurs eens dat er ‘een voldoende precieze wettelijke grondslag’ moet komen voor massale gegevensverwerking door de Belastingdienst. In deze wettelijke grondslag moet aandacht worden geschonken aan de ‘verwerking’ van (persoons) gegevens in de ruime zin des woords: het opvragen, het verzamelen, het bewaren, het raadplegen, het gebruiken en het verstrekken ervan.³⁴

Een factor die bij het arrest van de Hoge Raad naar onze mening een rol heeft gespeeld is de Europese Verordening over de verwerking van persoonsgegevens, die op 25 mei 2016 in werking is getreden.³⁵ De Verordening vat het verwerken van persoonsgegevens namelijk ook ruim op en ziet zowel op: ‘het verzamelen, vastleggen, ordenen, structureren, opslaan, bijwerken of wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiden of op andere wijze ter beschikking stellen, aligneren of combineren, afschermen, wissen of vernietigen’ van die gegevens’ (art. 4 lid 2 Verordening (EU) 2016/679).

²⁸ Hof 's-Hertogenbosch 19 augustus 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2803.

²⁹ HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:288. Zie ook: HR 10 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:639.

³⁰ Art. 55 AWR omschrijft de verplichting van overheden om gegevens en inlichtingen te verstrekken die hun door de inspecteur ter uitvoering van de belastingwet worden gevraagd.

³¹ HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:286 en 287.

³² Art. 53 AWR spreekt van ‘gegevens en inlichtingen waarvan kennisneming voor de belastingheffing van belang kan zijn.’

³³ M.E. Oenema/E. Poelmann, Derden onderzoeken: van proportionaliteit in disruptieve digitale tijden. In: TFB 2007/7.

³⁴ Vraagt de inspecteur op grond van art. 53 lid 1 AWR juncto art. 47 AWR specifieke gegevens op voor de belastingheffing in een concreet geval dan is ‘een voldoende precieze wettelijke grondslag in beginsel aanwezig.’ Hof Amsterdam 5 november 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3967 (Museumjaarkaart). Dat geldt ook voor het opvragen van gegevens op basis van art. 47 AWR, rechtbank Zeeland-West-Brabant, 25 juni 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:2670 (privé-agenda).

³⁵ Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming).

4. Technologische ontwikkelingen

Waar de stand van de techniek in de vorige eeuw een beperkende factor is voor de Belastingdienst voor het opvragen, opslaan, verwerken en analyseren van grote hoeveelheden data, is de techniek in het huidige tijdperk juist een faciliterende factor. De technische mogelijkheden en rekenkracht zijn in de loop der jaren sterk toegenomen.³⁶ De opslag van data wordt steeds goedkoper.

Steeds meer apparaten maken direct of indirect verbinding met het internet en wisselen gegevens uit. Denk hierbij onder andere aan mobiele telefoons en smartwatches, maar ook aan veel apparaten in een huishouding zoals thermostaatklokken, televisies en zelfs keukenapparatuur. Dit wordt ook aangeduid met het 'Internet of Things' (IoT).³⁷ Al deze apparaten verzamelen data die kunnen worden opgeslagen en gebruikt voor allerlei doeleinden. Deze schat aan informatie wordt aangeduid als 'big data'. Dit komt in principe neer op 'het koppelen en analyseren van grote hoeveelheden data op basis waarvan voorspellingen kunnen worden gedaan'.³⁸

De toepassingen van big data bieden ook de Belastingdienst mogelijkheden voor het efficiënter en effectiever uitvoeren van zijn taken, zoals het gebruik van algoritmes en AI, onder andere voor 'profiling'. Op basis van het profiel kan de Belastingdienst het gedrag van belastingplichtigen voorspellen en aan de hand daarvan beslissingen nemen voor de handhavingsstrategie.³⁹

De snelle technologische ontwikkelingen en de globalisering vereisen naar de mening van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie een 'krachtig en coherenter kader' voor verwerking van persoonsgegevens.⁴⁰ Het recht op gegevensbescherming wordt steeds belangrijker. Het verzamelen en analyseren van (persoons) gegevens met behulp van die nieuwe technologieën kan immers diep ingrijpen op het privéleven van degenen op wie die gegevens betrekking hebben. Voor een belastingplichtige is moeilijk te overzien wat het effect van het instrument op zijn of haar privéleven precies betekent. De AVG vereist dat de wetgeving die daarvoor een grondslag biedt voldoende *waarborgen* bevat om misbruik en willekeur tegen te gaan.

Aan big datatoepassingen kleven namelijk ook risico's. De grootschalige verzameling, opslag, verwerking en analyse van data door overheden, waaronder inlichtingen- en veiligheidsdiensten, kunnen ertoe leiden dat mensen het gevoel krijgen dat hun persoonlijke levenssfeer en vrije meningsuiting in gevaar komen.⁴¹

Zo kan profiling ook leiden tot tunnelvisie, omdat alleen kan worden gefocust op belastingplichtigen waarover data beschikbaar zijn en waarbij opvallende correlaties of causale verbanden worden aangetroffen die relevant kunnen zijn uit oogpunt van controle en/of toezicht.⁴² Er

³⁶ Wet van Moore: het aantal transistors in een geïntegreerde schakeling door de technologische vooruitgang verdubbelt elke twee jaar en daarmee de rekencapaciteit van de computer (definitie Wikipedia).

³⁷ Het Internet of Things (IoT), in het Nederlands het Internet der Dingen, verwijst naar het geheel van apparaten die zijn verbonden met het internet. Hierdoor kunnen ze gegevens naar de 'cloud' sturen en communiceren met elkaar of met computers, zonder dat er mensen aan te pas komen.

³⁸ M.E. Oenema en E. Poelmann, Derdenonderzoeken: van proportionaliteit in disruptieve digitale tijden, TFB 2017/7.

³⁹ M.B.A. van Hout, Rechtsbescherming in het tijdperk van big data, WFR 2017/165.

⁴⁰ 'Elke verwerking van persoonsgegevens dient behoorlijk en rechtmatig te geschieden. Voor natuurlijke personen dient het transparant te zijn dat hen betreffende persoonsgegevens worden verzameld, gebruikt, geraadpleegd of anderszins verwerkt en in hoeverre de persoonsgegevens worden verwerkt of zullen worden verwerkt. Overeenkomstig het transparantiebeginsel moeten informatie en communicatie in verband met de verwerking van die persoonsgegevens eenvoudig toegankelijk en begrijpelijk zijn, en moet duidelijke en eenvoudige taal worden gebruikt', Verordening (EU) 2016/679, par. 7 en 39.

⁴¹ J.A. Knottnerus en F.W.A. Brom, Big data in een vrije en veilige samenleving, Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, 2016, blz. 98.

⁴² M.B.A. van Hout, Rechtsbescherming in het tijdperk van big data, WFR 2017/165.

is geen focus op belastingplichtigen waarvan geen data beschikbaar zijn en die groep blijft dus buiten schot indien profiling wordt gebruikt voor het alloceren van capaciteit.

Aan profiling kleef ook het risico dat de Belastingdienst een vooringenomen houding aanneemt, hetgeen kan leiden tot een ongelijke behandeling van bepaalde groepen in de samenleving. Recente voorbeelden waarbij profiling heeft bijgedragen aan het ontstaan van onwenselijke situaties zijn de CAF-11 zaak⁴³ en de zaak omtrent dubbele nationaliteit.⁴⁴ In beide gevallen bleek de (dubbele) nationaliteit van belastingplichtigen een variabele te zijn bij de profiling.

Maar ook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur laten hun invloed gelden. Zo beperkt het motiveringsbeginsel de Belastingdienst in de mogelijkheden voor het gebruik van algoritmes en AI. Een besluit moet berusten op een deugdelijke motivering (art 3:46 AWB). De inspecteur moet een besluit kunnen uitleggen. Dat wil zeggen, de feiten moeten kloppen en de motivering moet logisch en begrijpelijk zijn.⁴⁵ Als een inspecteur een besluit neemt op grond van output van een complex AI-systeem, dan bestaat het risico dat hij zijn besluit niet kan motiveren. Een voorbeeld hiervan is te vinden in het WOZ-arrest uit 2018.⁴⁶

Ten slotte willen wij de uitspraak noemen over het Systeem Risico Indicatie (SyRI).⁴⁷ SyRI is een wettelijk instrument dat de overheid gebruikt voor de bestrijding van fraude op bijvoorbeeld het terrein van uitkeringen, toeslagen en belastingen. De rechtbank Den Haag is van oordeel dat in de SyRI-wetgeving onvoldoende wordt voorzien in waarborgen ter bescherming van de privacy in relatie tot de risico-indicatoren en het risicomodel die in een concreet SyRI-project kunnen worden gebruikt.⁴⁸ ‘De SyRI-wetgeving biedt zonder inzicht in de risico-indicatoren en het risicomodel, althans zonder nadere wettelijke waarborgen die dit gebrek aan inzicht compenseren, onvoldoende handvatten voor de conclusie dat met de inzet van SyRI de inmenging in het privéleven in het licht van het misbruik en de fraude die wordt beoogd te bestrijden steeds proportioneel en daarmee noodzakelijk is, zoals art. 8 lid 2 EVRM vereist.’

De rechtbank is van oordeel dat de SyRI-wetgeving, voor zover deze de inzet van SyRI-betreft, niet voldoet aan de ‘fair balance’ die vereist is voor de conclusie dat sprake is van een gerechtvaardigde inmenging in de zin van art. 8 lid 2 EVRM.

De Belastingdienst signaleert overigens al in de Fiscale beleidsagenda van 2018 dat er ‘sprake kan zijn van spanning tussen de belangen die gemoeid zijn met een goede en efficiënte taakvervulling door de Belastingdienst en de daarmee gepaard gaande inbreuk op de privacy van betrokkenen. Deze spanning wordt versterkt door de mogelijkheden die nieuwe verwerkingwijzen, zoals geavanceerde

⁴³ Zie <https://www.rtlz.nl/algemeen/binnenland/artikel/5118701/belastingdienst-nationaliteit-autoriteitpersoonsgegevens>

⁴⁴ Zie <https://www.rtlz.nl/algemeen/binnenland/artikel/5117616/belastingdienst-toeslagen-profileren-nationaliteit>

⁴⁵ Art. 3:46 Awb.

⁴⁶ HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316. ‘Indien echter een door het bestuursorgaan genomen besluit geheel of ten dele het resultaat is van een geautomatiseerd proces - zoals de modelmatige waardebeoordeling in het kader van de uitvoering van de Wet WOZ - en de belanghebbende de juistheid van de bij dat geautomatiseerde proces gemaakte keuzes en van de daarbij gebruikte gegevens en aannames wil controleren en zo nodig gemotiveerd betwisten, moet het bestuursorgaan zorgdragen voor de inzichtelijkheid en controleerbaarheid van die keuzes, aannames en gegevens. Zonder die inzichtelijkheid en controleerbaarheid dreigt een ongelijkwaardige procespositie van partijen te ontstaan. Een belanghebbende kan in geval van besluitvorming op basis van een computerprogramma dat vanuit zijn perspectief is te beschouwen als een zogenoemde ‘black box’.’

⁴⁷ Rechtbank Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865. De Belastingdienst heeft in het voorjaar de Fraude Signalering Voorziening (FSV) uitgezet. Het systeem voldoet niet aan de AVG. Kamerstukken II, brief van de staatssecretarissen van Financiën aan de Tweede Kamer 28 april 2020, nr. 2020-0000082569.

⁴⁸ ‘Geautomatiseerde besluitvorming en profilering gebaseerd op bijzondere categorieën van persoonsgegevens mogen uitsluitend op specifieke voorwaarden worden toegestaan.’ Verordening (EU) 2016/679, par. 71.

analysemethoden, kunnen bieden. Een goede belangenafweging is hierbij van belang.⁴⁹

5. Uitbreiding

Een ‘voldoende wettelijke precieze grondslag’ voor derdenonderzoeken is van belang, omdat verdere initiatieven voor het opvragen van gegevens bij derden niet ondenkbaar zijn. Zo geldt voor banken dat zij elk jaar onder andere saldi en rente van hun klanten moeten aanleveren (art. 53 AWR en nader gespecificeerd in art. 22 Uitvoeringsbesluit Inkomstenbelasting). Met ingang van 19 februari 2019 is voor de banken in Nederland de PSD2-richtlijn van kracht.⁵⁰ Die maakt het mogelijk om derde partijen toegang te geven tot de gegevens van de betaalrekening van klanten, mits de klant daarvoor toestemming geeft aan zijn bank.

De Belastingdienst kan mogelijk gaan meeliften, bijvoorbeeld door middel van uitbreiding van art. 22 van het Uitvoeringsbesluit Inkomstenbelasting. De wetgever zou de lijst met aan te leveren gegevens aan kunnen vullen met alle bancaire transacties van belastingplichtigen. Uit deze data kan veel fiscaal relevante informatie worden gefilterd. Als voorbeeld: voor belastingplichtigen die weinig tot geen opnames doen van hun bankrekening, kan dit een signaal zijn dat zij beschikken over contant (zwart) geld. In de huidige Corona tijd kan soms niet meer contant worden afgerekend. Uit dat oogpunt kunnen stortingen op de eigen bankrekening juist van belang zijn.

Een dergelijke verruiming maakt echter een vergaande inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van belastingplichtigen en de vraag is of deze mate van inbreuk gerechtvaardigd (proportioneel) is.

Staatssecretaris Vijlbrief geeft eind juni 2020 zijn voornemen aan om per 1 januari 2021 regelgeving in te voeren op basis waarvan bepaalde administratieplichtigen verplicht gegevens over uitbetalingen voor werkzaamheden en diensten inclusief het BSN moeten aanleveren.⁵¹

Deze renseigneringsplicht vervangt ‘deels het bestaande proces van het formulier IB-47’. De Belastingdienst is in zijn uitingen over het indienen van het formulier IB-47 nogal stellig. Indien een administratieplichtige iemand heeft betaald voor bepaalde werkzaamheden of diensten, dan *moet* de administratieplichtige deze bedragen aan de Belastingdienst aanleveren op een formulier IB-47, wanneer die persoon niet in dienstbetrekking is en hij de werkzaamheden of diensten niet als ondernemer heeft uitgevoerd. Het Handboek Ondernemen 2020 op de website van de Belastingdienst noemt als voorbeeld onder meer betalingen voor schoonmaken, verbouwingen, onderhoud en aan sprekers en auteurs.

Naar onze mening is een administratieplichtige op basis van de huidige wetgeving alleen ‘desgevraagd’ verplicht deze gegevens (jaarlijks) te verstrekken. Op basis van art. 47 juncto art. 53 lid 1 AWR hoeft een administratieplichtige deze gegevens niet *spontaan* (‘uit eigener beweging’) te verstrekken.⁵² Dit geldt alleen voor bepaalde administratieplichtigen op basis van art. 53 lid 2 en lid 3 AWR juncto art. 22 Uitvoeringsbesluit Inkomstenbelasting (zie par. 2). Er is derhalve sprake van een uitbreiding van de renseigneringsplicht.

De staatssecretaris geeft aan dat met ‘de regeling een toereikende wettelijke basis ontstaat voor het mede aanleveren van het BSN, de naam, het adres en de geboortedatum van degene die de betaling ontvangt. Deze gegevens zijn nodig voor identificatie en verificatie, om ze aan de juiste belastingplichtige te koppelen. Dit is belangrijk voor een goede uitvoering door de Belastingdienst en

⁴⁹Kamerstukken II, 2017/18, 32 149, nr. 33, blz. 24.

⁵⁰De Herzene Europese richtlijn voor betaaldiensten.

⁵¹Kamerstukken II, brief Tweede Kamer 30 juni 2020 inzake gegevensverstrekking IB-47 en BSN-nummer, nr. 2020- 0000119298. Deze wijziging was al aangekondigd in Fiscale beleidsagenda van 2018, Kamerstukken II, 2017-18, 32.140, nr. 33, blz. 24 en in de 21^e Halfjaarsrapportage Belastingdienst, Kamerstukken II, 2017-18, 31 066, nr. 401, blz. 10.

⁵²Dit geldt in gelijke mate voor de inlichtingenverplichting in het kader van derdenonderzoeken als neergelegd in art. 62 Inv. Wet 1990.

van belang voor de VIA, de vooringevulde aangifte.^{53 54} Over de privacy- aspecten rept de staatssecretaris met geen woord. Naar onze mening moet de ‘voldoende wettelijke precieze grondslag’ zich niet alleen beperken tot het aanleveren, maar zich ook uitstrekken tot het ‘verwerken’ van de derdengegevens in de ruimste zin van het woord.⁵⁵

6. Conclusies en aanbevelingen

De technische mogelijkheden, in combinatie met de ruime kaders van art. 53 AWR, bieden de Belastingdienst de mogelijkheid grote hoeveelheden (persoons)gegevens via derdenonderzoeken te verzamelen. Het gebruik van technologische ontwikkelingen hoeft niet per definitie afbreuk te doen aan de rechtsbescherming van belastingplichtigen, wanneer er een ‘voldoende wettelijke precieze grondslag’ is (art. 10 Grondwet/art. 8 EVRM) en de dienst zich houdt aan het wettelijk kader, de privacy en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Aangezien de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen kan worden geraakt, moeten de huidige kaders van art. 53 AWR in ieder geval nauwkeuriger juridisch worden afgebakend om zodoende meer duidelijkheid te krijgen over de reikwijdte van de bevoegdheden voor het verzamelen en verwerken - in de *ruime zin* van het woord - van (massale hoeveelheden) gegevens en het uitwisselen daarvan. Hiervoor is immers een ‘voldoende wettelijke precieze grondslag’ vereist. De AVG vereist dat die wetgeving voldoende *waarborgen* bevat om misbruik en willekeur tegen te gaan. Wellicht kan dit vereiste worden gerealiseerd via een paraplubepaling in de AWR.

In het verlengde ligt naar onze mening de noodzaak van betere rechtsbescherming *vooraf* voor derdenonderzoeken. Die kunnen immers een vergaande inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van belastingplichtigen betekenen. Dit kan bijvoorbeeld door het toepassingsbereik van de informatievoorziening ex art. 52a AWR uit te breiden naar art. 53 AWR.

In algemene zin is het wenselijk dat de Belastingdienst transparanter wordt over welke data van belastingplichtigen verzameld worden en hoe de dienst die vervolgens vastlegt, ordent, structureert, opslaat, bijwerkt of wijzigt, raadpleegt, gebruikt, aan andere bestuursorganen of het buitenland verstrekt of vernietigt, in lijn met de doelstellingen van de AVG. Transparantie komt de mate van vertrouwen die de belastingplichtigen hebben in de Belastingdienst ten goede. Naar onze mening kan het externe toezicht op de Belastingdienst dat de beide staatssecretarissen van Financiën voorstaan hier een rol vervullen.

Wij onderschrijven de impliciete oproep van de voorzieningenrechter voor een maatschappelijk debat over de reikwijdte van art. 53 AWR.

⁵³ Er geldt een ‘voorhangprocedure’ op grond van art. 10.8 lid 2 Wet IB.

⁵⁴ De opmerking van de staatssecretaris dat er gestreefd wordt naar een ‘een toereikende wettelijke basis’ is ongetwijfeld ingegeven door de AVG en de ANPR-arresten van de Hoge Raad.

⁵⁵ Als voorbeeld kunnen dienen art. 77a MRB voor de verwerking van kentekengegevens die de met behulp van ANPR-technologie zijn vastgelegd en wetsontwerp ‘Regels omtrent gegevensverwerking door samenwerkingsverbanden (Wet gegevensverwerking door samenwerkingsverbanden)’. Kamerstukken II, 2019-20, 35 447, nr. 2 en 3.