

NTFR2016-730

Privacy



prof.mr. G.J.M.E. de Bont

Er zijn mensen die privacy in het geheel niet interessant vinden: 'Van mij mogen ze alles weten, ik heb niets te verbergen.' Buiten het feit dat ze geen benul hebben wie 'ze' zijn, en ervan op zullen schrikken welke informatie wordt vergaard en wordt uitgewisseld, is dat natuurlijk hun goed recht. Veel burgers vinden het ook wel makkelijk als hun Google-agenda een e-mail verzendt met de 'warning' dat een meeting aanstaande is en – met behulp van de GPS-functie op hun telefoon is vastgesteld – dat er een reistijd is van een uur naar de plaats van de afspraak. Als iemand – al dan niet onnadenkend – afstand doet van zijn mensenrecht op privacy (art. 8 EVRM), staat hem dat geheel vrij. Er zijn inmiddels ook fatalistische burgers: 'Privacy bestaat als grondrecht, maar is de facto dood.' Deze opvatting lijkt voort te vloeien uit allerlei (soms rechtmatige, vaak onrechtmatige) geraffineerde methoden die door detaillisten en internetbedrijven worden toegepast om burgers structureel gegevens te ontfutselen. Aangenomen mag echter worden dat er burgers zijn die wél van hun privacyrechten gebruik wensen te maken. Het erkennen en waarborgen van die rechten zou het uitgangspunt van de wetgever en de Belastingdienst dienen te zijn. Het recht op privacy markeert de relatie tussen de Staat en zijn onderdanen. Nu de innige verstrengeling tussen de uitvoerende macht (Belastingdienst) en het kabinet, in combinatie met een op fiscaal vlak uitermate zwak opererend parlement, tot gevolg heeft dat de Belastingdienst de wet naar zijn hand kan zetten, is het goed dat er vol kan worden getoetst aan de mensenrechten in het EVRM. Dat biedt dan nog enige houvast voor de burger die wél verschoond wenst te blijven van ongebreidelde inmenging door de Staat in zijn persoonlijke aangelegenheden.

Schendt de Belastingdienst het grondrecht op privacy? Voor de beantwoording van die vraag is natuurlijk allereerst van belang wat er onder 'private life' dient te worden verstaan. Een absoluut omljnd grondrecht is het niet als wordt gekeken naar de jurisprudentie van het EHRM. Dat Hof oordeelde immers in de klassieker Niemietz als volgt:

'The Court does not consider it possible or necessary to attempt an exhaustive definition of the notion of "private life". However, it would be too restrictive to limit the notion to an "inner circle" in which the individual may live his own personal life as he chooses and to exclude therefrom entirely the outside world not encompassed within that circle. Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings. There appears, furthermore, to be no reason of principle why this understanding of the notion of "private life" should be taken to exclude activities of a professional or business nature since it is, after all, in the course of their working lives that the majority of people have a significant, if not the greatest, opportunity of developing relationships with the outside world. (...)' [1]

In Rotaru t. Roemenië [2] gaf het EHRM aan dat ook informatie uit het publiek domein onder de reikwijdte van het privéleven kon vallen:

'43. Moreover, public information can fall within the scope of private life where it is systematically collected and stored in files held by the authorities. That is all the truer where such information concerns a person's distant past.'

Duidelijk is dat zowel het verkrijgen van gegevens als het bewaren daarvan onder het recht van private life in art. 8 EVRM kan vallen. Nu buiten twijfel is dat art. 8 EVRM van toepassing kan zijn op de handelwijze van de Belastingdienst, is van belang de reikwijdte van dit mensenrecht vast te stellen. In dat kader is dan het tweede lid van art. 8 EVRM van groot belang:

'2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.'

In deze column leg ik de nadruk op het vereiste dat een inmenging ‘bij de wet is voorzien’. Een vrij recent arrest in de zaak *Bernh Larsen Holding AS and others v. Norway*, (overigens over een fiscale kwestie waarin de inspecteur alle ‘electronically stored information’ wilde hebben en de belastingplichtig betwistte dat daarvoor een grondslag bestond in de AWR van Noorwegen) kan uitstekend dienen als illustratie voor dit belangrijke vereiste:

‘123. The Court reiterates that, according to its well-established case-law, the words “in accordance with the law” require the impugned measure both to have some basis in domestic law and to be compatible with the rule of law, which is expressly mentioned in the preamble to the Convention and inherent in the object and purpose of Article 8. The law must thus be adequately accessible and foreseeable, that is, formulated with sufficient precision to enable the individual – if need be with appropriate advice – to regulate his conduct (see, among other authorities, *S. and Marper v. the United Kingdom* (GC), nos. 30562/04 and 30566/04, § 95, ECHR 2008, with further references).’ [3]

Uiteraard is het recht op privacy niet absoluut. Het functioneren van de maatschappij kan niet zonder vele vormen van toezicht. Het EVRM geeft de Staten veel vrijheid van handelen, maar een van de vereisten is dan wel dat de inbreuk door de wetgever wordt aanvaard en in de wet wordt opgenomen. De Hoge Raad lijkt in zijn jurisprudentie op het eerste oog nog een tussencategorie te hebben geïntroduceerd. In zijn arrest van 27 september 2002 overwoog de Hoge Raad in een situatie waarin zonder wettelijke grondslag in de AWR bewijs werd verkregen als volgt:

‘3.5. (...) In ’s Hofs oordeel ligt besloten het oordeel dat de wijze waarop de verklaring van de werknemer van belanghebbende is verkregen, de mogelijkheid voor de Inspecteur om zonder een beroep te behoeven doen op een wettelijke bevoegdheid de beschikking te verkrijgen over de gewenste informatie, te buiten gaat.’ [4]

De Hoge Raad onderkent derhalve dat sprake kan zijn van een controle ‘zonder een beroep te behoeven doen op een wettelijke bevoegdheid’. Mogelijk dat in dat kader gedacht moet worden aan de inspecteur die in de krant van wakker Nederland bepaalde informatie aantreft die hij voor zijn werk kan benutten. Daarbij kan in algemenere zin worden gedacht aan publiekelijk toegankelijke informatie of informatie die zonder dwang door eenieder kan worden verkregen. Deze jurisprudentie van de Hoge Raad kan slechts in overeenstemming worden geacht te zijn met art. 8 EVRM indien gesteld wordt dat dergelijke (publiekelijk toegankelijke) informatie niet valt onder het begrip ‘private life’.

De hamvraag is vervolgens of de Belastingdienst zijn gegevens telkens met een rechtsgrond verkrijgt. Uiteraard bevatten art. 47 tot en met 56 AWR een aantal verplichtingen jegens de inspecteur. Toch vallen niet alle controlemethodieken onder deze bepalingen. Zo maakt de Belastingdienst met behulp van door de Nationale Politie ter beschikking gestelde apparatuur naar verluidt real time drie miljard ANPR-foto’s, waarop het kenteken van een auto is vastgelegd op een bepaalde plaats, datum en tijd. Wat is daarvoor de rechtsgrond?

Hof Den Haag [5] oordeelde in het kader van de ANPR dat het ‘verzamelen en gebruiken van de gegevens (...) past (...) binnen de (algemene) wettelijke taak die de Belastingdienst heeft een juiste belastingheffing te waarborgen. Inherent aan die taak is dat de Belastingdienst een ruime controlebevoegdheid heeft’. Het hof gaf daarbij niet aan waar en op welke wijze deze ruime controlebevoegdheid is vastgelegd in de wet. Volgens het hof vormt de rechtswaarborg in art. 8 EVRM ook geen enkel beletsel voor de (nobele) taak van de Belastingdienst: ‘zo al sprake is van een inbreuk op de privacy, die als uiterst gering is te kwalificeren en, gelet op het belang dat de Belastingdienst noodzakelijkerwijs heeft bij een adequate belastingheffing, ook alleszins is gerechtvaardigd’. Deze redenering roept een aantal vragen op.

Is art. 8 EVRM niet van toepassing omdat geen sprake is van ‘private life’? [6] Gelden mensenrechten niet als sprake is van een uiterst geringe schending? Is er werkelijk sprake van een uiterst geringe schending als via het kenteken en de plaats, datum en tijd waarop de foto wordt genomen tot minimaal zeven jaar na dato in de bestanden van de fiscus kan worden gereconstrueerd waar een persoon zich heeft bevonden? Dat velen en ook maatschappelijke organisaties als Bits for Freedom zich zorgen maken over de handelwijze van de Belastingdienst, blijkt wel uit het feit dat de Belastingdienst in 2014 werd genomineerd voor de Big Brother Award en in 2013 de twijfelachtige eer had deze te winnen. Als motivering voor deze ‘overwinning’ kan op internet worden teruggevonden de (verondersteld) uiterst geringe schending van de privacy in verband met de ANPR-problematiek: ‘De Belastingdienst heeft, in een poging om de schatkist enigszins op peil te houden, de jacht geopend op de automobilist. Dit doen ze door het opvragen van gegevens van parkeerinstanties en

snelwegcamera's. Gegevens die verwijderd hadden moeten worden. Desondanks wordt er gegraven in deze berg gegevens, net zolang tot ze de allerlaatste overtreder gevonden hebben. Ondertussen is dat wel een enorme inbreuk op de privacy van iedereen die niets heeft misdaan.

(...) Zo heeft ze een convenant gesloten met de Landelijke Eenheid (de voormalige KLPD) om informatie van ANPR-camera's te verkrijgen. Deze informatie wordt verwerkt, met name om leaserijders te kunnen controleren. Maar daarmee verzamelt de Belastingdienst dus automatisch alle gegevens van iedereen die over de Nederlandse snelwegen rijdt. Dat is een onacceptabele privacyschending. (...) "De belastingdienst is zo een centrale cloud-dienst die jarenlang persoonlijke gegevens bewaart die andere instanties niet zelf (voor langere tijd) mogen bewaren", aldus security- en privacy-onderzoeker Jaap-Henk Hoepman. "De vraag rijst of dit niet een grote 'data witwas operatie' betreft: wat let de politie om naderhand te gaan grasduinen in deze gegevens..." [7]

Het hof heeft de ruime controlebevoegdheid slechts als stelling geponeerd zonder een wettelijke grondslag aan te wijzen waaruit deze zou kunnen voortvloeien. In parlementaire stukken worden verwoede pogingen gedaan een wettelijk fundament van een dergelijke bevoegdheid bij elkaar te fantaseren. De brief van de regering aan de Tweede Kamer van oktober 2014 bevat slechts ronkende teksten zonder juridisch houdbare standpunten.

'De grondslag voor het verzamelen, vastleggen en bewaren van de fiscaal relevante camerabeelden is gelegen in artikel 11, van de AWR, dat wil zeggen de autonomie van de inspecteur om op basis van de hem ter beschikking staande feiten en waarnemingen een belastingaanslag op te leggen. In de Wet bescherming persoonsgegevens is het uitgangspunt uitgewerkt.' [8]

Ook in het nieuwe convenant met de Nationale Politie wordt art. 11 AWR aangevoerd als de benodigde wettelijke inbreuk op het recht op privacy. Van belang is vast te stellen dat art. 11 AWR is ingevoerd bij wet van 2 juli 1959, Stb. 1959, 301. De tekst van deze bepaling is nadien nimmer gewijzigd.

De parlementaire geschiedenis bij art. 11 AWR is zeer beperkt. [9] Als de regering in oktober 2014 schrijft dat uit art. 11 AWR een autonomie van de inspecteur voortvloeit om de aanslag op te leggen, dan wil ik daarin best meegaan. De daaropvolgende stap is echter op geheel niets gebaseerd. De tekst van art. 11 AWR noch de parlementaire geschiedenis die daarbij hoort, kan op enigerlei enkele wijze een grondslag vormen voor een algeheel controlerecht van de inspecteur. Dat art. 11 AWR wordt aangemerkt als de 'grondslag voor het verzamelen, vastleggen en bewaren van de fiscaal relevante camera-beelden (...)' is naar mijn overtuiging niet vol te houden.

Als dit immers waar zou zijn, is het compleet overbodig om art. 47 AWR (inlichtingenverplichtingen) (inclusief art. 48 en 49), art. 52, lid 6, AWR (inzage administratie), art. 50 AWR (waarneming ter plaatse), art. 55 AWR (inlichtingen van andere overheidslichamen), maar ook art. 18 IW 1990 en art. 18 Wet BPM (verplichting tot stoppen motorrijtuig) in de wet op te nemen. Op grond van art. 11 AWR, met daarin de autonomie van de inspecteur, zou er dan toch al mogen worden gecontroleerd, verzameld en bewaard? De wetgever is, volledig terecht, niet uitgegaan van een algeheel controlerecht. Door concrete verplichtingen in de AWR op te nemen, zijn de controlemogelijkheden ontstaan. [10] Het is uiteraard zo dat de optelsom van deze mogelijkheden culmineert in een 'ruime controlebevoegdheid' voor de inspecteur. Het is echter een denkfout de zaken om te keren: omdat er een ruime controlebevoegdheid is, mag de inspecteur ook ANPR-foto's maken en bewaren. Die ruime controlebevoegdheid is er slechts en uitsluitend omdat er zo veel concrete verplichtingen van de belastingplichtigen, bestuursorganen en derden zijn beschreven in de AWR. Nu daarin het maken van foto's en het bewaren daarvan niet is omschreven, kan een 'ruime controlebevoegdheid' niet ter rechtvaardiging worden ingeroepen.

Interessant is ook het – overigens ontbrekende – antwoord van de regering op de vraag hoever de autonome bevoegdheid tot het vergaren van informatie dan daadwerkelijk zou gaan. Enige restrictie kan immers niet in art. 11 AWR worden gevonden. Als uit art. 11 AWR zou voortvloeien dat de inspecteur drie miljard ANPR-foto's mag nemen en bewaren, mag de inspecteur dan ook belastingplichtigen observeren, infiltreren in bepaalde gemeenschappen of telefoongesprekken of internetgebruik tappen? [11] Als het maken, verwerken en bewaren van ANPR-foto's gebaseerd kan worden op art. 11 AWR, dan zouden ook deze opsporings-, maar tevens bruikbare controlemethoden op deze bepaling moeten kunnen worden gebaseerd. Waarom niet op grond van art. 11 AWR heel Nederland af luisteren om te beoordelen of er iets fiscaal bruikbaar tussen zit? Deze redenering kan natuurlijk niet juist zijn. Art. 11 AWR omvat geen grondslag voor het verkrijgen van gegevens en het bewaren daarvan en is daarenboven ook volstrekt ongeschikt om als een dergelijke grondslag te

dienen nu daarin geen enkele restrictie is opgenomen.

Zelfs als art. 11 AWR wel een grondslag zou bieden voor een controlebevoegdheid, dan kan de conclusie geen andere zijn dan dat sprake is van een inbreuk op een fundamenteel recht, te weten op art. 8 EVRM. Bij deze uitleg van art. 11 AWR leidt deze bepaling tot een bevoegdheid van de Belastingdienst die is geformuleerd 'in terms of an unfettered power'. Een dergelijke inbreuk, al dan niet 'according to the law', wordt door het EHRM niet geaccepteerd. [12] Een ongebreidelde macht voor de Belastingdienst zou de regering niet moeten willen. En ook de Belastingdienst zelve overigens niet.

-
- [1] EHRM 16 december 1992, ECLI:NL:XX:1992:AD1800, *NJ*1993/400, r.o. 29.
- [2] EHRM 4 mei 2000, nr. 28.341, Rotaru t. Roemenië, Ehrc: European Human Right Cases: 474-475.
- [3] EHRM 14 maart 2013, final 8 juli 2013, nr. 24117/08, Benh Larsen Holindg AS and others v. Norway.
- [4] HR 27 september 2002, nr. 36.676, *NTFR*2002/1467.
- [5] Hof Den Haag 13 november 2015, nr. BK-14/00360 t/m BK-14/00362, *NTFR*2016/390.
- [6] De strafkamer van de Hoge Raad (HR 20 september 2011, nr. 10/05492, *NJ*2011, 441) liet het oordeel van het hof in stand waarin werd geoordeeld dat het niet binnen de termijn vernietigen van verkregen ANPR-materiaal een schending van art. 8 EVRM oplevert. Ook in het recentere arrest van 3 juli 2012, nr. 11/00079, *NJ*2013/175 staat de schending vast.
- [7] <https://bba2013.bof.nl/2013/08/genomineerd-voor-expertprijs-de-belastingdienst/index.html#more-2784>.
- [8] Kamerstukken II, 2014/2015, 32 761, nr. 71, p. 2.
- [9] Kamerstukken II 1954/55, 4080, nr. 3, p. 15; Kamerstukken II, 1955/56, 4080, nr. 4, p. 4; Kamerstukken II, 1955/56, 4080, nr. 5, p. 7; Kamerstukken II, 1957/58, 4080, nr. 7, p. 8; Kamerstukken II, 1957/58, 4080, nr. 20; Kamerstukken I, 1958/59, 4080, nr. 7, p. 5/6; Kamerstukken I, 1958/59, 4080, nr. 7a, p. 7.
- [10] Overigens is interessant vast te stellen dat in de AWR verplichtingen van belastingplichtigen en anderen zijn opgenomen en geen bevoegdheid van de inspecteur. Van een controlebevoegdheid (algeheel of niet) kan dus nimmer sprake zijn, nu slechts sprake is van een verplichting door degene die een verzoek krijgt van de inspecteur. Overigens worden in de Awb de bestuursorganen wel bevoegdheden toebedeeld.
- [11] Deze bevoegdheden zijn in geval van opsporing wel mogelijk, maar nadrukkelijk wettelijk verankerd in Sv.: observatie van een persoon (art. 126g Sv.); infiltreren (art. 126h Sv.); opnemen/tappen van vertrouwelijke (mobiele) communicatie (art. 126l/126m Sv.).
- [12] Bernh Larsen Holding AS and others v. Norway, application no 24117/08, 14 maart 2013, final 8 juli 2013, r.o. 124.