

4. Big Brother Watch: A more thorough reconsideration would be called for¹

MR. A.B. VISSERS

“While privacy concerns are of critical importance, such concerns have to be balanced with other value-interests. The privacy values to avoid embarrassment, to construct intimacy and to protect against misuse associated with the need to protect the individual have to be weighed against other counter-values against individual control over personal information; such as the need not to disrupt the flow of international trade and commerce and the flow of information; the importance of securing the truth, as well as the need to be live in secure environment.”²

1. Inleiding

Over onze privacy en de begrenzing daarvan is het laatste woord nog niet gezegd. Waar de een aan de borreltafel betoogt dat het hem allemaal niet veel kan schelen omdat hij ‘toch niets te verbergen heeft’, ziet de ander de doemscenario’s zoals beschreven in *De cirkel*³ als onze nabije toekomst. Inherent aan het thema privacy is de afweging van (persoonlijke) belangen die daaraan – praktisch altijd – ten grondslag liggen. Zo zal de gemiddelde burger er minder moeite mee hebben als hij wordt afgeluisterd om een terroristische aanslag te verijdelen dan wanneer dat gebeurt om de belastingaanslag van de buurman juist te kunnen vaststellen. Anderzijds vindt diezelfde persoon het wellicht wel weer acceptabel als informatie over zijn kenteken wordt gebruikt ten behoeve van een juiste belastinghef-

ving. Het doel enerzijds en de mate van inbreuk anderzijds zijn daarbij (communicerende) vaten. Daarnaast kan het vertrouwen in de betreffende overheidsinstantie een rol spelen en in het verlengde daarvan bijvoorbeeld de waarborgen en de beveiliging van de gegevens.

Deze afweging van factoren en omstandigheden heeft ook geresulteerd in vrij casuïstische jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM). Toch is het de vraag of het Nederlandse fiscale recht en de uitleg die daaraan in de jurisprudentie wordt gegeven, altijd volledig in lijn is met de rechtspraak van het EHRM. In 2018 heeft het EHRM geoordeeld in de zaak die de treffende naam ‘Big Brother Watch’ draagt en waarin het (onder andere) ging over de bulkinterceptie van communicatie. In de meer dan tweehonderd pagina’s tellende uitspraak wordt het standaard toetsingskader van het EHRM stap voor stap doorlopen en komt het afwegen van verschillende belangen en omstandigheden treffend tot uitdrukking, zoals ook volgt uit de openingspassage van dit artikel. Reden om de Nederlandse jurisprudentie op fiscaal vlak nog eens langs deze Europese lat te leggen.⁴

2. Een inbreuk op de privacy

Het recht op privacy is onder meer vervat in artikel 8 EVRM.⁵ In de jurisprudentie van het EHRM wordt aan

1 EHRM 13 september 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0913JUD005817013 (*Big Brother Watch e.a./Verenigd Koninkrijk*), par. 3 van de *dissenting opinion* van Judges Koskelo & Turković. Annotaties die reeds verschijnen zijn *Computerrecht* 2018/252 (J.J. Oerlemans), *Computerrecht* 2018/267 (C. Michielsen) en *EHRM* 2018/2018 (M. Hagens).

2 EHRM 13 september 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0913JUD005817013 (*Big Brother Watch e.a./Verenigd Koninkrijk*), par. 24.

3 D. Eggers, *De cirkel*, Amsterdam: Lebowski 2017.

4 Zie in dat kader ook A.B. Visser, ‘Bela(st)ingstelling voor privacy’ in: E. Poelmann (red.), *Het EU-Handvest in de Nederlandse fiscaliteit: Geselecteerde verwachtingen* (Geschrift no. 258 van de Vereniging voor Belastingwetenschap) 2018, p. 1-18.

5 Het recht op privacy is tevens opgenomen in artikel 10 GW en artikelen 7 en 8 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.

het begrip privacy een ruime uitleg gegeven.⁶ Het recht op privacy is echter geen absoluut recht. Onder omstandigheden zal een inbreuk daarop toelaatbaar zijn. In de zaak *Big Brother Watch* worden de geldende *core principles* als volgt beschreven:

“Accordingly, any of the objectives in the public interest would justify interference with private life if it is (a) in accordance with the law, (b) necessary in a democratic society for the pursuit of legitimate aims, and (c) not disproportionate to the objective pursued.”⁷

Hierin komen de volgende vereisten tot uitdrukking. Een inbreuk op de privacy is toelaatbaar indien sprake is van:

- een deugdelijke wettelijke basis;
- een legitiem doel;
- proportionaliteit van de schending ten opzichte van het nagestreefde doel; en
- noodzaak in een democratische samenleving voor het nastreven van legitieme doelen.

Het vereiste van een deugdelijke wettelijke basis behelst meer dan alleen het formele aspect:

“The phrase ‘in accordance with the law’ goes beyond to the formalism of having in existence a legal basis in domestic law, it requires that the legal basis be ‘accessible’ and ‘foreseeable’. Foreseeability necessitates sufficiency of precision in formulation of the rule to enable any individual to regulate his conduct.”⁸

In het arrest *Big Brother Watch* overweegt⁹ het EHRM onder verwijzing naar eerdere rechtspraak:

“The domestic law must be sufficiently clear to give citizens an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which public authorities are empow-

ered to resort to any such measures (...).¹⁰ Moreover, the law must indicate the scope of any discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity to give the individual adequate protection against arbitrary interference (...).¹¹”

Uit de jurisprudentie van het EHRM volgt dat het moet gaan om voldoende toegankelijke (*accessible*) wetgeving, die bovendien voorzienbaar (*foreseeable*) en voldoende precies (*sufficiently clear*) moet zijn.¹²

3. De verplichtingen in de AWR en hoe deze zich verhouden tot artikel 8 EVRM

De Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) kent verschillende informatieverplichtingen. De meest in het oog springende zijn artikel 47 AWR dat zich richt tot de belastingplichtige, artikel 53 AWR dat ziet op derdenonderzoeken en artikel 55 AWR welk artikel overheidslichamen verplicht tot het verstrekken van informatie op verzoek van de Belastingdienst.

De Hoge Raad heeft zich in de ANPR-arresten uit 2017 uitgelaten over de vraag of er een deugdelijke wettelijke grondslag bestond voor het verzamelen, vastleggen, bewerken, bewaren en gebruiken van ANPR-gegevens door de Belastingdienst. Deze vraag moest volgens de Hoge Raad ontkennend worden beantwoord. Alhoewel er veel aandacht was voor deze arresten, wordt een specifieke zinsnede in een van de arresten, in ieder geval in de bijdragen in de vakliteratuur die over dit arrest verschenen, nogal eens over het hoofd gezien. Het gaat om de volgende passage:

“2.3.4. Aangezien daardoor het privéleven van de betrokkenen wordt geraakt, behoeft het verzamelen, vastleggen, bewerken, bewaren en gebruiken van de ANPR-gegevens, zoals dat in feite heeft plaatsgevonden, een voldoende precieze wettelijke grondslag als hiervoor bedoeld in onderdeel 2.3.2 (tweede alinea). De algemene taakstelling van de Belastingdienst, zoals geformuleerd in artikel 2, lid 1, van de Uitvoeringsregeling Belastingdienst 2003, voldoet niet aan dit vereiste. Dat artikel bepaalt slechts in algemene zin dat de Belastingdienst is belast met de heffing en invordering van rijksbelastingen. Artikel 20 AWR, op grond waar-

6 Zie onder meer (maar zeker niet uitputtend): EHRM 11 juli 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:0711JUD002895795 (*Christine Goodwin/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 16 december 1992, ECLI:CE:ECHR:1992:1216JUD001371088 (*Niemietz/Duitsland*), EHRM 6 februari 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0206JUD004459998 (*Bensaid/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 29 april 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:0429JUD000234602 (*Pretty/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 24 februari 1983, ECLI:CE:ECHR:1983:0224JUD000752576 (*Dudgeon/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 19 februari 1997 ECLI:CE:ECHR:1997:0219JUD002162793 (*Laskey, Jaggard & Brown/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 2007 10 april 2007 ECLI:CE:ECHR:2007:0410JUD000633905 (*Evans/Verenigd Koninkrijk*) & EHRM 16 december 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:1216JUD002557905 (*A, B and C/Ierland*).

7 EHRM 13 september 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0913JUD005817013 (*Big Brother Watch e.a./Verenigd Koninkrijk*), par. 25.

8 EHRM 13 september 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0913JUD005817013 (*Big Brother Watch e.a./Verenigd Koninkrijk*), par. 25.

9 EHRM 13 september 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0913JUD005817013 (*Big Brother Watch e.a./Verenigd Koninkrijk*), par. 306.

10 Zie EHRM 4 december 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1204JUD004714306 (*Roman Zakharov/Rusland*), par. 229; zie ook EHRM 26 april 1985, ECLI:CE:ECHR:1985:0426JUD000869179 (*Malone/Verenigd Koninkrijk*), par. 67; EHRM 26 maart 1987, ECLI:CE:ECHR:1987:0326JUD000924881 (*Leander/Zweden*), par. 51; EHRM 24 april 1990, ECLI:CE:ECHR:1990:0424JUD001110584 (*Huvig/Frankrijk*), par. 29; EHRM 30 juli 1998 ECLI:CE:ECHR:1998:0730JUD002767195, (*Valenzuela Contreras/Spanje*), par. 46; EHRM 4 mei 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0504JUD002834195 (*Rotaru/Roemenië*), par. 55; EHRM 29 juni 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0629DEC005493400 (*Weber & Saravia/Duitsland*), par. 93 en EHRM 28 juni 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0628JUD006254000 (*Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhev/Bulgarije*), par. 75.

11 Zie zoals reeds aangehaald onder meer *Roman Zakharov*, par 230, en voor tussen autoriteiten *Malone*, par. 68; *Leander*, par. 51; *Huvig*, par. 29 en *Weber and Saravia*, par. 94.

12 Zie o.a. EHRM 26 april 1979, ECLI:CE:ECHR:1979:0426JUD000653874 (*Sunday Times/Verenigd Koninkrijk*).

van de inspecteur te weinig geheven belasting kan naheffen, biedt evenmin een voldoende precieze wettelijke grondslag voor de gevolgde handelwijze. Hetzelfde geldt voor de regeling over belastingheffing wegens privégebruik van auto's in artikel 13bis Wet LB 1964. De vereiste wettelijke grondslag kan evenmin worden gevonden in artikel 55 AWR, op grond waarvan – kort gezegd – overheidslichamen aan de inspecteur de gegevens en inlichtingen verstrekken die hun door de inspecteur ter uitvoering van de belastingwet worden gevraagd. Ook daarin is geen voldoende precieze grondslag voor het verzamelen, vastleggen, bewaren, bewerken en gebruiken van de ANPR-gegevens gelegen. Er is ook geen andere wettelijke bepaling die de inspecteur een voldoende precieze grondslag verschaft voor de gevolgde handelwijze.”¹³

De Hoge Raad heeft niet uitsluitend bepaald dat de Belastingdienst de ANPR-gegevens niet zelfstandig mag verzamelen, maar voegt daar tevens aan toe dat ook artikel 55 AWR in het betreffende geval niet zou voldoen als wettelijke grondslag. Hieruit volgt dat er grenzen zijn voor wat betreft het opvragen van informatie bij derden en het vervolgens zelfstandig verwerken van deze informatie. Op de vraag waarom artikel 55 AWR in dit geval niet voldoet, gaat de Hoge Raad verder niet in. Of daarbij de omvang van het verzoek of juist de wijze of omvang van de verwerking van de gegevens doorslaggevend is geweest, vertelt het arrest niet. Wat hieruit wel duidelijk is, is dat er altijd concreet zal moeten worden getoetst. Ook in het geval dat sprake is van een verzoek dat is gebaseerd op artikel 55 AWR, en in het verlengde daarvan naar ik meen ook op basis van artikel 53 AWR. Concreet zal moeten worden getoetst of de betreffende bepalingen in het licht van het aan de orde zijnde informatieverzoek voldoen aan de eisen die het EHRM daaraan stelt.

Het oordeel van de Hoge Raad is op zichzelf gezien volledig begrijpelijk aangezien dit in lijn is met de jurisprudentie van het EHRM. In het arrest van *Gillon & Quinton*¹⁴ overwoog het EHRM:

“77. For domestic law to meet these requirements it must afford a measure of legal protection against arbitrary interferences by public authorities with the rights safeguarded by the Convention. In matters affecting fundamental rights it would be contrary to the rule of law, one of the basic principles of a democratic society enshrined in the Convention, for a legal discretion granted to the executive to be expressed in terms of an unfettered power. Consequently, the law must indicate with sufficient clarity the scope of any such discretion conferred on the competent authorities

and the manner of its exercise (...).¹⁵ The level of precision required of domestic legislation – which cannot in any case provide for every eventuality – depends to a considerable degree on the content of the instrument in question, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed (...).¹⁶

Hieruit volgt dat de eisen die aan een bepaalde wet worden gesteld, moeten worden beoordeeld in samenhang met onder andere de inhoud van het ‘instrument’ en het toepassingsgebied. Ingeval van een inbreuk op fundamentele rechten kan van een bevoegdheid die is beschreven als een ‘unfettered power’ geen sprake zijn. Deze overwegingen nopen ertoe dat telkens concrete toetsing plaatsvindt. Dat wil zeggen, een toetsing waarin de af te wegen belangen en factoren concreet tot uitdrukking komen.

4. Er was eens een museumjaarkaart....

Op 15 november 2018 liet de Rechtbank Amsterdam zich uit over de vraag of de Stichting Museumjaarkaart gegevens van een kaarthouder moest verstrekken aan de Belastingdienst. De stichting verzette zich tegen verstrekking en deed in dit verband een beroep op de privacy van haar kaarthouders en op de arresten die de Hoge Raad in de ANPR-zaken over privacy had gewezen. De rechtbank schoof dit argument terzijde en wees daarbij op het verschil tussen deze zaak en de ANPR-arresten van de Hoge Raad: “4.10. Hetgeen de Hoge Raad heeft geoordeeld in de zogenoemde ANPR-arresten (zie Hoge Raad 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:286, 287 en 288), waarop de stichting een uitdrukkelijk beroep heeft gedaan, staat, naar het oordeel van de voorzieningenrechter, een plicht tot verstrekking van de gevraagde informatie niet in de weg. In die arresten ging het, anders dan in deze zaak, niet om het opvragen van concrete gegevens van een specifieke belastingplichtige, maar om het systematisch verzamelen, bewerken en bewaren van gegevens van diverse voertuigen (van tal van belastingplichtigen) op diverse plaatsen in Nederland. De Belastingdienst had in die zaken – in het algemeen – gegevens ontleend aan met camera's gemaakte foto's van auto's op de openbare weg om te kunnen constateren of met deze auto's jaarlijks meer dan 500 kilometer werd

13 HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:286, BNB 2017/79 m.nt. F.J.P.M. Haas.

14 EHRM 12 januari 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0112JUD000415805 (*Gillon & Quinton/Verenigd Koninkrijk*).

15 Zie *Rotaru/Roemenië*, par. 55, EHRM 26 oktober 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1026JUD003098596 (*Hasan & Chaush/Bulgarije*), par. 4; ECHR 17 februari 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0217JUD003974898 (*Maestri/Italië*) par. 30; zie ook, onder andere voorbeelden, EHRM 24 oktober 1983, ECLI:CE:ECHR:1983:1024JUD000594772 (*Silver e.a./Verenigd Koninkrijk*), par. 88-90, EHRM 25 februari 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884 (*Funke/Frankrijk*), par. 56-57; EHRM 20 juni 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:0620JUD005096399 (*Al-Nashif/Bulgarije*), par. 119; EHRM 1 februari 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0201JUD004436302 (*Ramazanov e.a./Azerbeïjan*), par. 62; EHRM 10 oktober 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:1011JUD001413402 (*Glas Nadezhda EOOD & Anatoliy Elenkov/Bulgarije*), par. 46; EHRM 12 juni 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0612JUD007814601 (*Vlasov/Rusland*), par. 125, en EHRM 17 juni 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0617JUD003228304 (*Meltex Ltd & Movsesyan/Armenië*), par. 81.

16 Zie EHRM 25 november 1999, ECLI:CE:ECHR:1999:1125JUD002559494 (*Hashman & Harrup/Verenigd Koninkrijk*), par. 31 en EHRM 4 december 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1204JUD003056204 (*S. & Marper/Verenigd Koninkrijk*), par. 96.

gereden in het kader van de loonheffing voor privégebruik. Het oordeel van de Hoge Raad dat voor deze systematische inbreuk op het privéleven van een groot aantal personen een onvoldoende specifieke wettelijke basis bestond, kan niet worden toegepast op de zaak die nu in geding is. Het gaat hier immers om specifieke informatie ten aanzien van één individuele betrokkene, waarvoor artikel 53 jo 47 AWR voldoende wettelijke basis bieden.”¹⁷

Wat opvalt is dat de rechtbank het systematische en algemene karakter van de inbreuk in de ANPR-zaak als doorslaggevend criterium aanmerkt en louter op basis van het feit dat daarvan in dit geval geen sprake is, concludeert dat sprake is van een voldoende wettelijke basis. Die wettelijke basis ‘vindt’ de rechtbank in artikelen 53 en 47 AWR. Deze overwegingen van de Rechtbank Amsterdam geven daarmee mijns inziens geen blijk van een voldoende (indringende) toetsing van de privacyproblematiek.

In een eerdere passage stelt de rechtbank reeds vast dat niet in geschil is dat verstrekking van de gegevens ‘een aantasting vormt van de privacy van de betrokkene’. De vraag die vervolgens zal moeten worden beantwoord is of er een deugdelijke wettelijke basis bestaat voor deze inbreuk. De rechtbank stelt dat die wettelijke basis er is, maar in de overwegingen komt niet tot uitdrukking dat daadwerkelijk toetsing heeft plaatsgevonden. De volgende zinsnede valt in dit verband op:

“Het gaat hier immers om specifieke informatie ten aanzien van één individuele betrokkene, waarvoor artikel 53 jo 47 AWR voldoende wettelijke basis bieden.”¹⁸

Het gebruik van het woord ‘immers’ impliceert dat ingeval het gaat om informatie ten aanzien van één individuele betrokkene, artikel 53 jo 47 AWR altijd een deugdelijke wettelijke grondslag biedt. Dit volgt ook uit het feit dat de rechtbank het verzoek als zodanig niet aan een nadere toets onderwerpt, althans daarvan geeft de uitspraak geen blijk. Uit de hiervoor aangehaalde jurisprudentie van het EHRM volgt echter dat de vraag of sprake is van een deugdelijke wettelijke grondslag noopt tot een indringende toetsing van de bepaling en de concrete feiten en omstandigheden. Dit volgt ook uit de rechtspraak van de Hoge Raad die immers oordeelde dat artikel 55 AWR ingeval van de (werkwijze rondom de) ANPR-gegevens geen voldoende deugdelijke wettelijke grondslag vormde.

In de uitspraak van de rechtbank ontbreekt een dergelijke toets volledig. Dit terwijl uitdrukkelijk wordt erkend dat met het verzoek inbreuk werd gemaakt op de privacy. Het ging in deze zaak om gegevens van een museumjaarkaart. Gegevens waaruit (tot op zekere hoogte) het verplaatsingsgedrag van iemand duidelijk wordt, maar waaruit ook een bepaalde (culturele) uitingsvrijheid blijkt. Kan dergelijke informatie op basis van het zeer algemeen geformuleerde

artikel 53 AWR worden opgevraagd? En zou dat antwoord anders zijn wanneer het gaat om iemands bibliotheekpas? Ook die pas bevat informatie die in het kader van een woonplaatsonderzoek relevant kan zijn, maar wellicht ook bruikbaar wanneer dit iets zegt over iemands belastingmoraal. Gegevens die ook veel kunnen zeggen over iemands interesses, voorkeuren en (geloofs)overtuigingen. Of wat te denken van de gegevens van iemands apotheek- of ziekenhuisbezoekjes in Nederland.¹⁹ Zeker relevant, maar wel een enorme inbreuk op de privacy.

5. Adequate en effectieve waarborgen?

Ingeval van informatieverzoeken aan derden komt hier bovendien nog een belangrijk element bij. Een element dat door het EHRM uitdrukkelijk wordt erkend, namelijk waarborgen tegen misbruik. Tegen een verzoek aan een derde kunnen echter geen rechtsmiddelen worden aangevend. De procedure van de kostenbeschikking betreft immers toetsing achteraf en gaat slechts om een compensatie van de kosten. Het middel blijkt ook in de praktijk niet de beoogde rechtsbescherming te bieden.²⁰

In de zaak *Bernh Larsen Holding AS tegen Noorwegen* was een Noors derdenonderzoek aan de orde. In deze zaak was eveneens sprake van een ruim geformuleerde bevoegdheid tot het stellen van vragen door de inspecteur. In het kader van de noodzakelijkheidstoets wordt echter expliciet tot uitdrukking gebracht dat er effectieve en adequate waarborgen zijn. De gegevens werden namelijk in een verzegelde envelop aan de inspecteur verstrekt, totdat er uitspraak was gedaan over de rechtmatigheid van het verzoek.²¹ Het EHRM overwoog dat rechterlijke toetsing vooraf niet was vereist, maar daarbij werd wel als voorwaarde gesteld dat het toepassingsbereik van een dergelijke regeling beperkt is en dat een rechter de zaak achteraf kan beoordelen. Het toepassingsbereik van de regeling in de *Bernh Larsen Holding*-zaak was onder meer beperkt omdat de bepaling aan de belastingautoriteiten geen onbeperkte (beoordelings)vrijheid verleende; zo mochten alleen documenten van een bepaalde aard worden opgevraagd.²²

Een mogelijkheid tot voorafgaande toetsing ontbreekt in het Nederlandse systeem. Uiteraard kan het verzoek worden geweigerd, waarna de Belastingdienst ter verkrijging van de informatie de civiele route kan bewandelen.

19 Op dit vlak geldt uiteraard wel het beroepsgeheim/verschoningsrecht uit de wet BIG.

20 A.K.J.M. van Steenberghe & M. van Londen, *Evaluatierapport Wet Dezentij, Belastingdienst/CKC/Domein Onderzoek 2016*, p. 13: “Tot op heden is geen ervaring opgedaan met de kostenvergoedingsbeschikking. Zowel ambtenaren als fiscaal deskundigen zijn van oordeel dat de kostenvergoedingsbeschikking niet bijdraagt aan het beoogde doel. Fiscaal deskundigen merken op dat er wel behoefte is aan een rechtsmiddel dat beschermt tegen onrechtmatige opvraag van informatie ten behoeve van derden; in de huidige vorm biedt de kostenvergoedingsbeschikking echter niet de gewenste rechtsbescherming.”

21 EHRM 14 maart 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0314JUD002411708, par. 1159-1169 (*Bernh Larsen Holding e.a./Noorwegen*), par. 165.

22 EHRM 14 maart 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0314JUD002411708, par. 1159-1169 (*Bernh Larsen Holding e.a./Noorwegen*), par. 126 en 172.

17 Rb. Amsterdam 15 november 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:8138, NLF 2018/2616 m.nt. A. Nuyens.

18 Rb. Amsterdam 15 november 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:8138, NLF 2018/2616 m.nt. A. Nuyens, laatste zin van r.o. 4.10.

In dat kader kan het verzoek vervolgens worden getoetst, hetgeen ook in de zaak van de museumjaarkaart gebeurde. Daar is wel enig lef voor nodig, aangezien het niet verstrekken van informatie, terwijl daartoe wel een verplichting bestaat, ook strafrechtelijk kan worden gesanctioneerd.²³ Overigens is het in het licht van de uitspraak inzake *Bernh Larsen Holding AS* nog illustratief om te wijzen op de uitspraak van het Gerechtshof Den Bosch van 12 juni 2018.²⁴ Het ging in dit geval om een belastingplichtige – dus geen derde – die in Nederland met de fiscus een soortgelijke afspraak maakte, namelijk dat de verzochte gegevens in een verzegelde envelop aan de fiscus werden verstrekt, in afwachting van de procedure tegen de informatiebeschikkingen. Dit leverde de betreffende belastingplichtige een FIOD-inval op en een daaropvolgende strafrechtelijke procedure over het niet verstrekken van informatie. De desbetreffende gegevens waren uiteindelijk via het OM bij de inspecteur terechtgekomen. Het Hof verklaarde het OM in deze zaak niet-ontvankelijk wegens misbruik van bevoegdheid, omdat de strafrechtelijke bevoegdheid was gebruikt voor een ander doel dan waarvoor deze is gegeven. Het hof rekende het OM aan dat met de gekozen handelwijze de rechtsbescherming volledig illusoir werd. Ook de vraag of sprake is van effectieve en adequate waarborgen zal derhalve in de toets aan de hand van artikel 8 EVRM moeten worden betrokken.

6. Andere tijden

In het privacy-debat kan ook het tijdsgewricht niet onbenoemd blijven. Alhoewel er in de zaak *Big Brother Watch* onder meer een schending wordt aangenomen vanwege het niet voldoen aan het vereiste van 'quality of law' en er niet wordt voldaan aan het vereiste van noodzakelijkheid, is op dit punt met name de dissenting opinion bij dit arrest de moeite van het citeren waard. Daarin komt de volgende passage voor:

"11. My point with the remarks above is to draw attention to the factual environment against the background of which those earlier cases were adjudicated, and the dramatic changes that have occurred since. The applicants have indeed referred to the technological 'sea change' which has taken place.

12. What is important to note in this regard is that the technological 'sea change' has had a twofold impact. On the one hand, technological developments have advanced the means by which surveillance of communications can be carried out. On the other hand, new technologies have revolutionised the ways in which people communicate, access, use, and share information. That change is deeper than just a matter of volume. The digital age has in some respects transformed people's lifestyles.

13. As a result of these changes, the potential exposure nowadays of a vast range of communications and other online activities to secret surveillance is far greater than before. In the wake of such developments, the potential risks of abuse arising from such surveillance have increased as well. Thus, the factual context in which 'exploratory' or 'strategic' secret surveillance operates is dramatically different from the circumstances that still prevailed a couple of decades ago, when the *Weber and Saravia* application was lodged, let alone four decades ago, when *Klass and Others* was decided. In the light of such changes, it is problematic and troubling to approach the question of the necessary safeguards against abuse simply by applying standards that were considered sufficient under significantly or even essentially different factual circumstances.²⁵

In deze passage worden zowel de technologische ontwikkelingen benoemd als de gewijzigde manier waarop mensen dankzij deze ontwikkelingen communiceren. Dit zijn factoren die een belangrijke rol spelen. Mensen zijn op een andere wijze gaan communiceren en leven, waardoor er veel meer informatie beschikbaar komt. Zo heeft WhatsApp bijvoorbeeld een deel van de telefonische communicatie overgenomen en loopt praktisch iedereen rond met een fotocamera op zak. Daarnaast komt er door technologische ontwikkelingen ook veel meer informatie beschikbaar. Banken houden alle transacties jarenlang bij, de OV-chipkaart registreert alle reizen en het bezoeken van een museum kan tegenwoordig met een museumjaarkaart die alle bezoeken zorgvuldig registreert.

Zowel publieke als private instanties leggen op grote schaal gegevens vast. Er is een veelheid aan initiatieven en convenanten om die informatie vervolgens te bewaren en te delen.²⁶ Relatief nieuwe methoden zoals *datamining* zorgen voor de verwerking en analyse van grote hoeveelheden informatie. Die methode wordt gebruikt voor het ontsluiten van *big data*. Digitale gegevens worden daarbij aan elkaar gekoppeld en er wordt (geautomatiseerd) gekeken naar verbanden tussen de gegevens.²⁷

In de *dissenting opinion* wordt terecht gewezen op de risico's die deze ontwikkelingen met zich meebrengen. Juist hierin is het belang gelegen om in deze tijd concreet te toetsen of wettelijke bepalingen in het licht van de concrete verzoeken voldoen aan de eisen van het EHRM. Het bepa-

23 Artikel 68 AWR.

24 Hof s-Hertogenbosch 12 juni 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2472, V-N 2018/1234.

25 EHRM 13 september 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0913JUD005817013 (*Big Brother Watch e.a./Verenigd Koninkrijk*), dissenting opinion van Judges Koskelo & Turković.

26 Afspraken met bijvoorbeeld Marktplaats en Stichting Internet Domeinregistratie maken het mogelijk aanvullende informatie op te vragen en op te slaan. Diverse samenwerkingsverbanden zoals het Financieel Expertise Centrum (FEC), de Infobox Crimineel en Onverklaarbaar Vermogen (ICOV) en het Systeem Risico Indicatie (SyRI) maken het verder delen en verwerken van de betreffende gegevens mogelijk. In dat kader werden er eveneens diverse Convenanten afgesloten met de AIVD, politie en het OM. Artikel 67 AWR vereist voor het uitwisselen van informatie expliciet een wettelijke basis.

27 De ANPR-gegevens die in deze zaak centraal staan bieden hier een voorbeeld van, S. Brinkhoff, 'Big data datamining door de politie', *NJB* 2016/994.

len van de grenzen is in een tijd van onstilbare informatie-honger belangrijker dan ooit.²⁸

7. Groepsverzoeken

Dit brengt mij tot de groepsverzoeken zoals die namens de Belastingdienst worden gedaan. In het geval van de museumjaarkaart ging het over een individuele belastingplichtige. In de SMSParking-zaak ging het over data an sich, namelijk data die betrekking had op eenieder die gebruikmaakte van de betreffende parkeerservice.²⁹ Hoewel dit verzoek met hele zinnige argumenten door de rechtbank werd afgewezen, kwam het hof tot een andere conclusie. Het hof verwijst in de uitspraak expliciet naar het arrest Stad Rotterdam van de Hoge Raad uit 1974.³⁰ De inspecteur vorderde in die zaak inzage in de gegevens van alle personen die bij verzekeringsmaatschappij Stad Rotterdam een pleziervaartuig hadden verzekerd. De verzekeringsmaatschappij weigerde daaraan mee te werken en deed een beroep op artikel 8 EVRM. Volgens de strafkamer van de Hoge Raad was de inbreuk gerechtvaardigd, omdat de inbreuk noodzakelijk was in een democratische samenleving.

Het hof overweegt in de SMSParking-zaak dat er door SMSParking geen redenen zijn aangevoerd om van die toets, uit 1974, af te wijken. Ik vraag mij af of met die overwegingen kan worden volstaan. SMSParking heeft immers een beroep gedaan op artikel 8 EVRM. Het is vervolgens aan het hof om daaraan een EVRM-conforme uitleg te geven. Onderdeel van die vraag is of het verzoek berust op een voldoende deugdelijke wettelijk grondslag, in welke toets het tijdsgewricht en de stand van de technologische ontwikkelingen zullen moeten worden meegewogen.

De na de uitspraak van het hof gewezen ANPR-arresten vormen hiervan een bevestiging. Als voor het systematisch verwerken en opslaan van ANPR-gegevens artikel 55 AWR

een onvoldoende deugdelijke wettelijk basis vormt, kan de vraag worden gesteld of dit voor parkeergegevens, opgevraagd op grond van artikel 53 AWR, anders zou zijn. Mede gelet op de aard van de gegevens en de omvang van de verwerking, kan ik mij een andersluidend oordeel maar moeilijk voorstellen. Voor de volledigheid merk ik op dat de formulering van de Hoge Raad de mogelijkheid openlaat dat juist het opslaan en systematisch verwerken van de gegevens door de Belastingdienst doorslaggevend is geweest voor het oordeel dat artikel 55 AWR geen deugdelijke wettelijke grondslag biedt. Ook daaruit vloeit echter voort dat een concrete toets moet worden aangelegd waarbij alle feiten en omstandigheden, dus ook omstandigheden die zien op de opslag en verwerking van de gegevens na het verzoek, in de beoordeling moeten worden betrokken. Slechts dan kan een antwoord worden gegeven op de vraag of de wettelijke grondslag ingeval van een specifiek verzoek of een specifieke handelwijze kan voldoen.

8. Afsluitend

Belangrijker dan de uitkomst van de vraag of in een bepaalde casus sprake is van een schending, is dat rechters doordrongen raken van het kritisch en expliciet toetsen aan artikel 8 EVRM. Alleen op die manier kan immers worden gekomen tot een nieuw evenwicht dat enerzijds recht doet aan de huidige stand van de ontwikkelingen en dat anderzijds (waar nodig) de wetgever beweegt hierover het debat te voeren. In de tijd waarin de informatieverplichtingen tot stand zijn gekomen kon de huidige stand van zaken – behalve dan wellicht door de auteur van 1984³¹ – met geen mogelijkheid worden overzien.



28 Zie over het onderwerp overigens ook J.A. Booij, 'Privacy en moeilijk controleerbare belastingwetten', *Tfb* 2017/3; J.A. Booij, 'Belasting en privacy: hoe big laten we big brother worden?' *FTV* 2014/4-19 en M.E. Oenema & E. Poelmann, 'Derdenonderzoeken: van proportionaliteit in disruptieve digitale tijden', *Tfb* 2017/7.

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

30 HR 10 december 1974, ECLI:NL:HR:1974:AB4412, *BNB* 1975/52.

31 G. Orwell, *Nineteen Eighty-four*, Londen: Penguin Books Ltd 2004.