

# Olievlek op vlek

## De zwarte lijst(en) bij de Belastingdienst

Marlies van Eck, Diana van Hout & Martijn Weijers<sup>1</sup>

De Fraude Signalering Voorziening (FSV) is een applicatie van de Belastingdienst waarin meldingen werden opgenomen over (vermeende) fraude en signalen. De lijst werd gebruikt voor het beoordelen van belastingaanslagen, het beoordelen van aanvragen van toeslagen en informatie-uitwisseling met andere overheidsorganisaties. Dat vermelding in de FSV vergaande gevolgen kon hebben, staat inmiddels vast. In dit artikel wordt onderzocht in hoeverre burgers rechtsbescherming genieten ten aanzien van plaatsing op de FSV-lijst en hoe die eventueel kan worden verbeterd.

### 1. Inleiding

De laatste tijd is veel te doen geweest over de Fraude Signalering Voorziening (FSV), die ook wel bekend staat als de 'zwarte lijst' van de Belastingdienst.<sup>2</sup> De FSV is een applicatie waarin medewerkers van de Belastingdienst fraudesignaleringen ten aanzien van specifieke belastingplichtigen en toeslaggerechtigden konden plaatsen en bij de uitvoering van de reguliere werkzaamheden konden raadplegen.

Dat er binnen professionele organisaties een zwarte lijst wordt gehanteerd, is niet per se ongebruikelijk. Wat de FSV-zaak anders maakt, is de omvang,<sup>3</sup> de redenen voor plaatsing op de lijst,<sup>4</sup> de grote hoeveelheid medewerkers die toegang tot het systeem hadden,<sup>5</sup> en de verspreiding van kopieën van de lijst binnen de overheid en daarbuiten. Ook is gebleken dat geen eenduidig beeld bestond van de betekenis van een vermelding in de FSV. Zo kon het gebeuren dat medewerkers van de afdeling Invoering dachten dat vermelding in de FSV betekende dat sprake was van 'bewezen fraude'.<sup>6</sup> Verder is geconstateerd dat via verschillende routes meerdere (zelfde) registraties over dezelfde burger in de FSV konden ontstaan.<sup>7</sup>

Dat vermelding in de FSV vergaande gevolgen kon hebben, staat inmiddels vast. Zo werkte de Belastingdienst ingeval van schulden van meer dan € 10.000 bijvoorbeeld niet meer mee aan minnelijke schuldsanering. De combinatie van vermelding in de FSV en een dergelijke belastingenschuld bracht namelijk mee dat de belastingsschuldige als niet 'te goeder trouw' werd bestempeld.<sup>8</sup> Ook voor andere besluiten kunnen die gevolgen ver strekken. Hoe daarmee moet worden omgegaan, is echter onduidelijk. Weliswaar heeft de Hoge Raad op 10 december 2021 een eerste beoordelingskader geschetst,<sup>9</sup> maar gezien de onduidelijkheden en diversiteit van de onderliggende problematiek blijven daarmee nog veel vragen onbeantwoord.

In dit artikel onderzoeken wij in hoeverre burgers rechtsbescherming genieten ten aanzien van plaatsing op de FSV-lijst en hoe die eventueel kan worden verbeterd. Daartoe starten wij in par. 2 met een korte beschrijving van de werkwijze bij de FSV. In par. 3 gaan wij vervolgens in op de gevolgen voor de daarop gebaseerde besluitvorming door de Belastingdienst, in het bijzonder de belastingaanslag. Daarna wordt onderzoek gedaan naar de rechtsgevolgen van het gebruik van risicoprofielen in het bestuursrecht (par. 4). Hiermee wordt kennis verkregen die nodig is om de nog openstaande rechtsvragen in het fiscale recht te kunnen beantwoorden. In par. 5 wordt vervolgens ingegaan op de gegevensdeling, en in par. 6 op de rechtsbescherming en – meer in het bijzonder – het te bieden rechtsherstel onder de AVG. Deze publicatie wordt afgesloten met een conclusie en aanbeveling in par. 7.

### 2. De FSV

De FSV is een applicatie waarin meldingen werden opgenomen over (vermeende) fraude en signalen werden geregistreerd die konden wijzen op een verhoogde kans op fraude met belastingen en toeslagen.<sup>10</sup> De lijst werd gebruikt 'voor het beoordelen van belastingaanslagen, het beoordelen van aanvragen van toeslagen en informatie-uitwisseling met andere overheidsorganisaties'.<sup>11</sup> Dit had tot gevolg dat de FSV niet alleen werd gebruikt door de afdelingen Particulieren en Midden- en Kleinbedrijf (MKB) maar dat ook (bepaalde) medewerkers van de afdeling Grote Ondernemingen (GO), het Landelijk Incasso Centrum, de Centrale Administratieve Processen (CAP), Datafundamenten & Analytics (DF&A), de FIOD en Toeslagen toegang hadden tot de FSV.<sup>12</sup> In totaal waren dit 5.123 medewerkers terwijl dat er eigenlijk maar ongeveer 1.000 hadden mogen zijn.<sup>13</sup>

In de FSV stonden meer dan 270.000 burgers en ondernemers geregistreerd, onder wie bijna 1.800 minderjarigen.<sup>14</sup> Uit onderzoek van de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) blijkt dat zowel interne en externe signalen ertoe konden leiden dat personen in de FSV werden opgenomen. De interne signalen kwamen voor een groot deel voort uit de risicosignalering van de Belastingdienst. Deze zullen hieronder meer in detail worden besproken. Overige interne signalen kwamen onder andere van Toeslagen, onder meer van het CAF-team. De externe signalen waren afkomstig van (anonieme) tips van burgers en bedrijven, andere overheden, politie, de FIOD en samenwerkingsverbanden. Daarnaast konden informatieverzoeken ertoe leiden dat een persoon in de FSV werd opgenomen. Doordat de FSV geen aparte tabel had waarin slachtoffers werden geregistreerd, bevatte de FSV ook de gegevens van ruim 1.500 slachtoffers van (identiteits)fraude.<sup>15</sup> Uit het onderzoek van de AP blijkt verder dat de FSV niet alleen onjuiste maar ook niet-geactualiseerde persoonsgegevens bevatte, bijvoorbeeld omdat gedegen onderzoek uitbleef of geen correcties werden aangebracht als bleek dat er geen sprake was van fraude.<sup>16</sup>

Uit onderzoek van PwC blijkt dat circa 58% van de FSV-registraties bij Particulieren en circa 16% bij MKB voortkwamen uit de risicosignalering bij de controle van de aangiften Inkomstenbelasting ten behoeve van de aanslagregeling.<sup>17</sup> De Belastingdienst legt jaarlijks ongeveer 30 miljoen belastingaanslagen op aan die categorieën. Om tot dergelijke hoeveelheden te komen, is dit proces voor een groot deel geautomatiseerd. Bij geautomatiseerde processen kan een onderverdeling worden gemaakt in 'gladde' en 'niet-gladde' gevallen. Gladde gevallen worden volledig

geautomatiseerd afgedaan. Niet-gladde gevallen zijn gevallen waarbij een ambtenaar aanvullende handelingen moet verrichten voordat de beslissing wordt genomen. Dit laatste wordt in de praktijk ook wel 'uitworp' genoemd. In de literatuur noemt men dit (uitworp)proces 'triaging'.<sup>18</sup> Triaging vindt bij de Belastingdienst getrappt plaats waarbij, ten tijde van de FSV, achtereenvolgend drie stappen werden doorlopen: onderzoek door middel van *query's* aan de poort, analyse aan de poort en een selectiemodule.<sup>19</sup> Uit het onderzoek van PwC 'Query's aan de Poort', maken wij op dat aangiften waarvan men in de analysefase inschatte dat er een verhoogd risico op fraude bestond, een AKI 1043-code kregen. Aangiften die volgens taxatie van de analisten bestonden uit 'onbewuste fouten', kregen de code IB80. De aangiften inkomstenbelasting werden vervolgens in het Aanslagbelastingensysteem (ABS) door een selectiemodule, de geautomatiseerde weegmodule, gehaald en al dan niet uitgeworpen voor toezicht. In de selectiemodule werden bijvoorbeeld de gegevens met het voorgaande jaar vergeleken, zoals het loon of bank- en hypotheekgegevens, of werden de gegevens met een bepaalde drempelwaarde geverifieerd.<sup>20</sup> De overige aangiften werden verder ongezien door de computer afgedaan. Schematisch ziet dit eruit als volgt:<sup>21</sup> Figuur 1. Proces detectie aan de Poort.

In de handleidingen voor de analisten van de Belastingdienst (analyse aan de poort) zijn bij bepaalde *query's* giften en specifieke zorgkosten, beschrijvingen van beslisseregels aangetroffen waarbij frauderisico's worden gebaseerd op persoonskenmerken, zoals nationaliteit, achternaam, postcode of leeftijd. Tevens werden schenkingen aan moskeeën of (jonge) allochtonen als risico-indicatoren aangemerkt bij de doorselectie van belastingaangiften.<sup>22</sup>

## Zo kon het gebeuren dat medewerkers van de afdeling Invordering dachten dat vermelding in de FSV betekende dat sprake was van 'bewezen fraude'

### Auteurs

1. Mr. dr. B.M.A. van Eck is partner/adviseur bij Hooghiemstra & Partners en gastdocent aan de Radboud Universiteit, prof. mr. dr. M.B.A. van Hout is hoogleraar Formeel belastingrecht aan de Radboud Universiteit en universitair hoofddocent aan Tilburg University, mr. M.B. Weijers is zelfstandig advocaat bij Pelinck Nijssen Weijers te Amsterdam en verbonden aan de Radboud Universiteit en Universiteit van Amsterdam. Het onderzoek voor dit artikel is afgerond op 17 mei 2022.

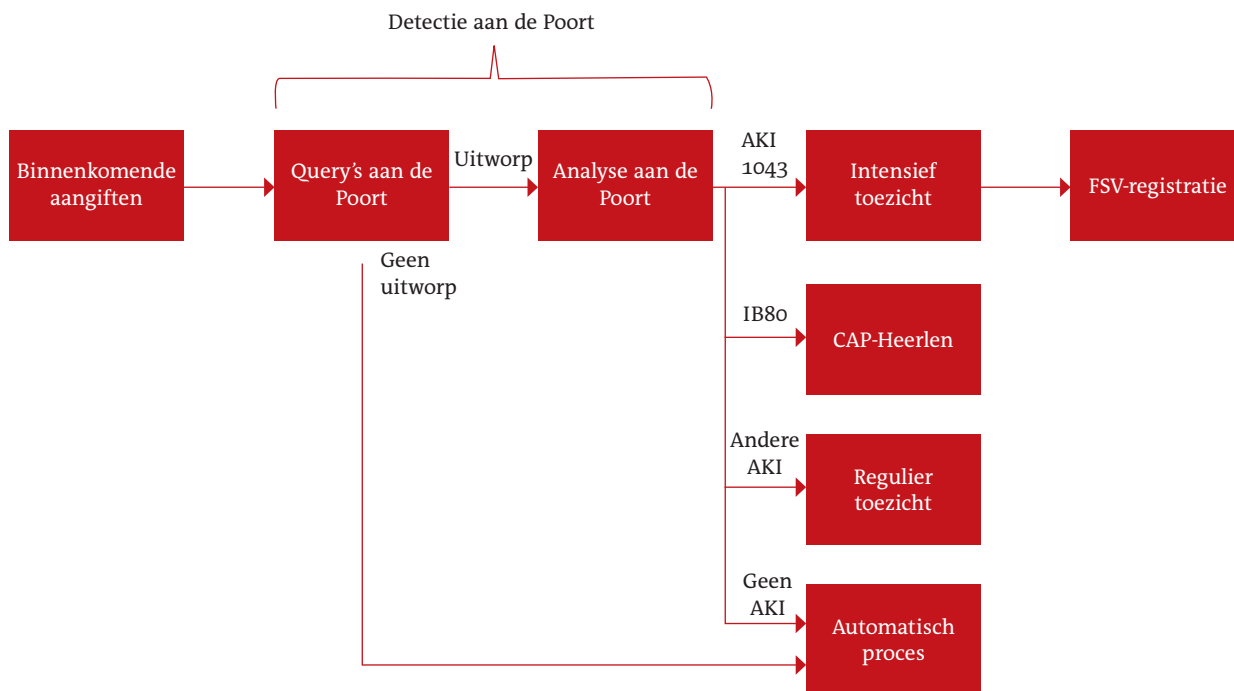
### Noten

2. Omwille van de duidelijkheid concentreren wij ons op de Belastingdienst en gaat het, tenzij anders vermeld, niet over de Douane of Toeslagen.  
3. Kamerstukken II 2021/22, 31066, nr.

911, bijlage Autoriteit Persoonsgegevens, *Onderzoeksrapport Belastingdienst Verwerking van persoonsgegevens in de Fraude Signalering Voorziening (FSV)*, p. 61.  
4. Kamerstukken II 2021/22, 31066, nr. 957, bijlage I, Rapport PwC, effecten FSV Particulieren, p. 17.  
5. Kamerstukken II 2021/22, 31066, nr. 957, bijlage I, Rapport PwC effecten FSV Particulieren, p. 14.  
6. Kamerstukken II 2021/22, 31066, nr. 957, bijlage I, Rapport PwC effecten FSV Particulieren, p. 11.  
7. Kamerstukken II 2021/22, 31066, nr. 957, bijlage I, Rapport PwC effecten FSV Particulieren, p. 15.  
8. Kamerstukken II 2020/21, 31066, nr. 807.  
9. HR 10 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1748.

10. Autoriteit Persoonsgegevens, *Onderzoeksrapport Belastingdienst Verwerking van Persoonsgegevens in de Fraude Signalering Voorziening (FSV)*, oktober 2021, p. 10, beschikbaar via: [rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2021/10/29/kabinetsreactie-rapport-autoriteit-persoonsgegevens-over-fsv](https://rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2021/10/29/kabinetsreactie-rapport-autoriteit-persoonsgegevens-over-fsv).  
11. *Ibid.*, p. 11.  
12. *Ibid.*, p. 11 en 12.  
13. *Ibid.*, p. 38.  
14. Vgl. *Brief Staatssecretaris van Financiën van 17 juni 2021, nr. 2021-0000117558, V-N 2021/28.3 en 29 maart 2022, nr. 2022-0000107779, V-N 2022/16.7*.  
15. *Ibid.*, p. 15-20.  
16. *Ibid.*, p. 3 en 4.  
17. Kamerstukken II 2021/22, 31066, nr. 957, bijlage I, Rapport PwC effecten FSV Particulieren, p. 13; en Kamerstukken II

2021/22, 31066, nr. 992, bijlage I, Rapport PwC effecten FSV MKB, p. 17.  
18. R. Binns & M. Veale, 'Is that your final decision? Multi-stage profiling, selective effects, and Article 22 of the GDPR', *International Data Privacy Law*, 2021, doi: [10.1093/idpl/ipab020](https://doi.org/10.1093/idpl/ipab020).  
19. Zie voor een helder overzicht de brief van de staatssecretaris van 29 maart 2022, nr. 2022-0000107779, V-N 2022/16.7.  
20. PwC Onderzoek *Query's aan de Poort*, 22 maart 2022, p. 15.  
21. *Ibid.*, p. 16.  
22. PwC Onderzoek *Query's aan de Poort*, 22 maart 2022, p. 8, [rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2022/02/24/onderzoek-effecten-fsv-voorbeeld-casussen](https://rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2022/03/16/onderzoek-queries-aan-de-poort-en-verder-rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2022/02/24/onderzoek-effecten-fsv-voorbeeld-casussen).



Figuur 1. Proces detectie aan de Poort

Daarnaast heeft PwC een document aangetroffen waarin wordt gerefereerd aan *profiling* en een document met een daderprofiel: laag inkomen volgens de contra-informatie, (boven)modaal loon volgens aangifte, doorgaans jong (18-35), vaak geen fiscale partner, veelal man en vaak van buitenlandse komaf. Op basis hiervan concludeert PwC dat een deel van de doorselectie van belastingaangiften meer gericht was op karakteristieken van de belastingplichtige dan op fiscaal inhoudelijke risico's.<sup>23</sup> Aangiften met een dergelijk, vermeend verhoogd risico op fraude (AKI 1043) werden op de FSV lijsten geplaatst.<sup>24</sup> Een vermelding in de FSV kon vervolgens weer gebruikt worden als input voor een selectieregel voor het volgende belastingjaar, waardoor belastingplichtigen meerdere jaren te maken konden krijgen met intensief toezicht. De voorbeelden die daarvan werden gevonden, zijn ontluisterend.<sup>25</sup>

Doordat zoveel mensen toegang hadden tot de FSV en niet bekend was wat het betekende als iemand daarin stond, kon vermelding in dat systeem tal van andere (fiscale) gevolgen hebben.<sup>26</sup> Het kon bijvoorbeeld betekenen dat een medewerker anders aankeek tegen een individueel verzoek. Mensen kregen bijvoorbeeld bij voorbaat geen kwijtschelding zonder dat opzet of grove schuld was aangetoond.

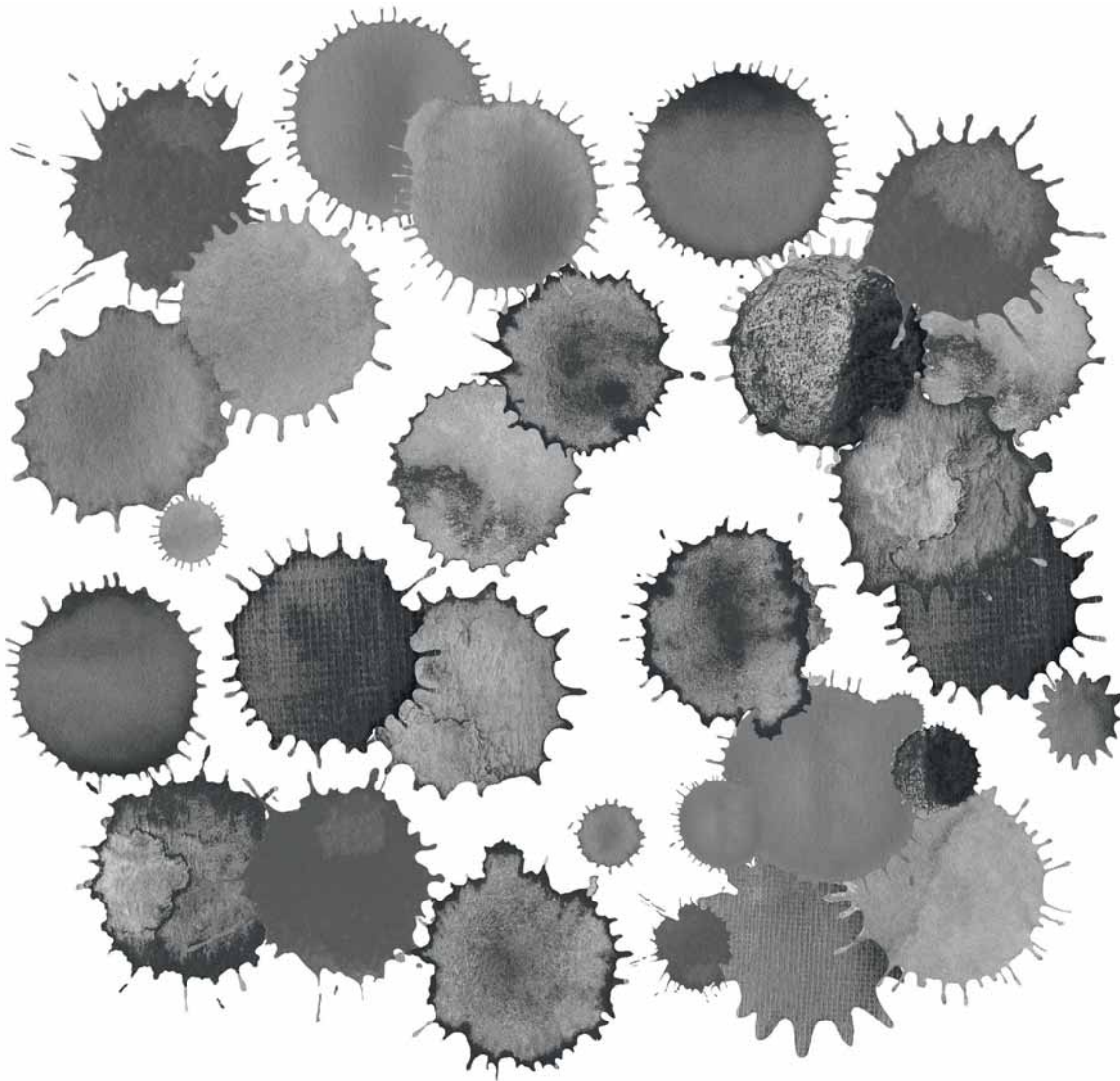
### 3. De FSV en het belastingrecht

De FSV heeft niet alleen gevolgen gehad voor de aanslagregeling doordat de aanslag daardoor aan nader onderzoek werd onderworpen, maar ook vanwege de veronderstelling die vermelding in de FSV bij dat nadere onderzoek met zich bracht. Hoewel de procedures inmiddels op gang komen, heeft de Hoge Raad tot op heden enkel geoordeeld in zaken waarin de vermelding in de FSV voor het eerst in cassatie aan de orde werd gesteld. Daarmee is sprake van een zogenoemd 'novum', waarmee de Hoge Raad in de cassatieprocedure niets meer kan. Een verzoek om herzie-

## Vermelding in de FSV kon tal van andere (fiscale) gevolgen hebben

ning bij het gerechtshof dat de bestreden uitspraak deed, is dan de aangewezen weg.<sup>27</sup>

In een aantal overwegingen ten overvloede heeft de Hoge Raad niettemin de contouren geschetst van een kader voor de beoordeling van een klacht over opname in de FSV en het gebruik ervan jegens de desbetreffende belastingplichtige. Het uitgangspunt is daarbij dat de inspecteur het recht heeft de aangifte te controleren, ook als dat gebeurt naar aanleiding van een risicoselectie op basis van onrechtmatig verwerkte gegevens. Een eventuele schending van de AVG heeft in de fiscale procedure dus geen consequenties.<sup>28</sup> Het redres daarvan moet in beginsel worden gezocht in een afzonderlijke (AVG) procedure.<sup>29</sup> Anders wordt het volgens de Hoge Raad als 'de controle van de aangifte voortvloeit uit een risicoselectie [...] op basis van een criterium dat jegens de belastingplichtige leidt tot een schending van een grondrecht zoals een schending van het verbod op discriminatie naar afkomst, geardeerdheid of geloofsovertuiging'. Indien de belastingplichtige gemotiveerd stelt dat daarvan sprake is, zal de inspecteur de rechter de gegevens moeten verstrekken die voor de beoordeling daarvan van belang zijn. Het is vervolgens aan de rechter om te oordelen of de controle geacht moet worden te hebben plaatsgevonden 'op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat het gebruik van hetgeen bij die controle aan het licht is gekomen onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht'.<sup>30</sup>



© Lesia Chuprynska / Alamy Stock Photo

Als aan dat zozeer-criterium wordt voldaan, komt aan de inspecteur niet langer de bevoegdheid toe de aangifte van de belastingplichtige 'op grond van de controlebevindingen' te corrigeren. Opmerking verdient dat die consequentie met name passend wordt geacht bij de correctie van aftrekposten, waarvan de belastingplichtige de bewijslast draagt. In de zojuist genoemde procedures ging het immers om aanslagen die verhoogd waren omdat de belanghebbende geen of onvoldoende bewijsmiddelen had verstrekt of niet had gereageerd op een verzoek van de inspecteur tot het overleggen van bewijsmiddelen met

betrekking tot de in aftrek gebrachte kosten. Bij de correctie van inkomsten zijn de consequenties anders omdat de bewijslast daar in beginsel bij de inspecteur ligt. In dat geval zou de oplossing kunnen worden gezocht in uitsluiting van het onrechtmatig verkregen bewijs, althans zo lijkt de Hoge Raad te overwegen.<sup>31</sup> Inmiddels staat vast dat de gegevensverwerking in de FSV in strijd was met de AVG. De staatssecretaris heeft dit recent erkend.<sup>32</sup> De vraag is of en in hoeverre dit nog van invloed zal zijn op het zozeer-criterium.

In de feitenrechtspraak is inmiddels een aantal uitspraken te vinden waarin de zojuist genoemde lijn van de

<sup>23</sup>. PwC Onderzoek Query's aan de Poort, 22 maart 2022, p. 7, [rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2022/03/16/onderzoek-querys-aan-de-poort](https://rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2022/03/16/onderzoek-querys-aan-de-poort).

<sup>24</sup>. *Ibid.*, p. 29.

<sup>25</sup>. Onderzoek effecten FSV-voorbeeldcasussen, vindplaats: *Kamerstukken II* 2021/22, 31066, nr. 977, bijlage stuk van PwC dat is opgesteld voor onderzoek effecten FSV. Bijvoorbeeld hoge medicijnkosten door een belastingplichtige wier achter-

naam eindigt op 'ic' (p. 32).

<sup>26</sup>. Zie hierover meer in par. 5.

<sup>27</sup>. Art. 8:119(1) Awb. Overigens concludeerde Niessen dat het met het oog op de rechtsbescherming en proceseconomie zinnvoller zou zijn wanneer de Hoge Raad in een geval als de onderhavige alsnog van de gestelde feiten zou uitgaan (zie ECLI:NL:PHR:2021:617). De Hoge Raad heeft hem daarin niet gevolgd.

<sup>28</sup>. HR 14 januari, ECLI:NL:HR:2022:14,

r.o. 4.2.

<sup>29</sup>. HR 10 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1748, r.o. 5.4 en in vergelijkbare zin HR 14 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:14. R.o. 4.3.

<sup>30</sup>. HR 10 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1748, r.o. 5.3.

<sup>31</sup>. HR 10 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1748, r.o. 5.2.

<sup>32</sup>. Antwoord op Kamervragen na berichten van de Belastingdienst en criteria frau-

designalerings voorziening fsv en zwarte lijsten, 16 mei 2022, [rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2022/05/16/antwoorden-op-kamervragen-na-berichten-over-belastingdienst-en-criteria-fraudesignalerings-voorziening-fsv-en-inzage-in-zwarte-lijstenbeantwoording-kamervragen-koekoek-van-der-lee-arib-2022z07657](https://rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2022/05/16/antwoorden-op-kamervragen-na-berichten-over-belastingdienst-en-criteria-fraudesignalerings-voorziening-fsv-en-inzage-in-zwarte-lijstenbeantwoording-kamervragen-koekoek-van-der-lee-arib-2022z07657).

Hoge Raad wordt toegepast. In een aantal gevallen lijken belastingplichtigen moeilijkheden te ondervinden een schending van het discriminatieverbod te onderbouwen, omdat in het midden blijft op basis van welke criteria precies werd (door)geselecteerd.<sup>33</sup> De enkele vermelding op de FSV wordt namelijk onvoldoende geacht. Dat lijkt ons vanuit het oogpunt van rechtsbescherming niet wenselijk. In het geval van registratie in de FSV staat immers vast dat sprake is van onrechtmatige gegevensverwerking. De inspecteur is dan de meest aangewezen partij om de rechter te voorzien van een overzicht van de gegevens die daarvoor zijn gebruikt, zodat de rechter kan beoordelen of tevens sprake is van een schending van een fundamenteel grondrecht. Een nuancering van de rechtspraak zou op dit punt op zijn plaats zijn, zoals blijkt uit de volgende paragraaf.<sup>34</sup>

#### 4. Risicoprofielen in het bestuursrecht

In het reguliere bestuursrecht, meer in het bijzonder het socialezekerheidsrecht, zijn ook voorbeelden te vinden waarin risicoprofielen en het discriminatieverbod centraal staan. In zijn algemeenheid geldt daarbij dat het gebruik van risicoprofielen is toegestaan, maar dat niet in strijd mag worden gehandeld met het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM en artikel 1 Protocol 12 bij het EVRM.<sup>35</sup> Bij een 'verdacht' onderscheid – zoals naar nationaliteit – is van een rechtvaardiging niet snel sprake,<sup>36</sup> zodat het op basis van die risicoselectie verkregen bewijs doorgaans ontoelaatbaar zal worden geacht.<sup>37</sup> Die invulling lijkt in lijn met de koers die de Hoge Raad heeft ingezet, al moet hierbij worden aangetekend dat de Centrale Raad van Beroep (CRvB) niet letterlijk de woorden gebruikt dat het bewijs is verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen verwacht mag worden van een behoorlijk handelende overheid. Na de constatering dat het onderscheid niet wordt gerechtvaardigd door zeer gewichtige redenen, constateert de rechter dat de gebreken tot de conclusie leiden dat het bestuursorgaan 'geacht moet worden gehandeld te hebben in strijd met het discriminatieverbod'. De bevindingen mogen dan niet als bewijs aan de besluitvorming ten grondslag worden gelegd.

In een oudere zaak oordeelde de CRvB dat kenmerken van een groep in beginsel wel gebruikt mogen worden voor risicoprofielen. Het gaat om kenmerken die bestaan uit feitelijk gedrag, zoals bijvoorbeeld inschrijving in een bepaald register of het aangaan van arbeidsovereenkomsten met een beperkt aantal uren. Ook ervaringsgegevens die tot een bepaalde vooronderstelling leiden, mogen een rol spelen. Dit wordt anders als met het op basis van die vooronderstelling opgestelde risicoprofiel

een ongerechtvaardigd verschil in behandeling als bedoeld in artikel 1 Protocol 12 bij het EVRM wordt gemaakt tussen bijstandsgerechtigden. De rechter oordeelde in deze kwestie dat er extra vragen gesteld mochten worden over vermogen in het buitenland als de betrokkenen een bepaalde leeftijd hadden bereikt, in een ander land waren geboren dan Nederland en vaak op vakantie waren gegaan in datzelfde land. De rechter vond de verschillen tussen de kenmerken voldoende relevant en objectief om de keuze te maken de algemene onderzoeksbevoegdheid in te zetten bij een groep. Het onderscheid was gerechtvaardigd gelet op het grote belang van de rechtmatige toepassing van de bijstandswetgeving en de hoge kosten van controle en handhaving en de grote verschillen die bestaan tussen controlemogelijkheden in Nederland en daarbuiten. De rechter vond daarnaast van betekenis dat van andere bijstandsgerechtigden gegevens over hun vermogen ook worden onderzocht, maar dan via de geautomatiseerde gegevensuitwisselingen. Daarbij speelde nadrukkelijk mee dat geen onderscheid werd gemaakt tussen (buiten)landen.

Een dergelijke invulling zou ook mogelijk moeten zijn in het fiscale recht. Met andere woorden: risicoprofielen gebruiken waarbij wordt aangeknoopt bij het fiscaal relevante gedrag van de belastingplichtigen, al dan niet in combinatie met andere kenmerken is toegestaan, mits dit niet leidt tot discriminatie op grond van 'sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status'.

Anders dan thans in de belastingrechtspraak het geval is, lijkt in het socialezekerheidsrecht echter een zwaardere bewijslast op het bestuursorgaan te rusten. Een recent voorbeeld kan worden gevonden in een zaak waarin de Gemeente Eindhoven een lijst van 'verwonderadressen' opstelde op basis waarvan bijstandsgerechtigden te maken kregen met een huisbezoek. Nadat een van die bijstandsgerechtigden in een procedure tegen het daaropvolgende besluit het vermoeden had geuit dat die lijst op basis van discriminatoire criteria tot stand was gekomen, overwoog de CRvB dat bij het gebruik van risicoprofielen niet alleen is vereist dat het discriminatieverbod, recht op privacy en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht moeten worden genomen, maar dat tevens transparant en controleerbaar moet zijn hoe het risicoprofiel tot stand is gekomen. Aangezien dat laatste niet het geval was nam de CRvB aan dat het onderzoek onrechtmatig was aangevraagd, met als gevolg dat het daar rechtstreeks uit voortvloeiende bewijs werd uitgesloten en het besluit werd vernietigd.<sup>38</sup> De onduidelijkheid omtrent de werkwijze bij de selectie van verwonderadressen kwam dus voor rekening en risico van het bestuursorgaan. Dat lijkt ons terecht.

Bij de FSV ontbreekt veel informatie. PwC heeft daarom zo goed als dat kon een reconstructie gemaakt die erop lijkt te duiden dat in een aantal gevallen discriminatoir is gehandeld. Het is onzes inziens dan aan de Belastingdienst om meer inzicht te geven in de wijze waarop de controle heeft plaatsgevonden.<sup>39</sup> De Hoge Raad vereist nu dat de belastingplichtige eerst gemotiveerd stelt dat sprake is van schending van een grondrecht.

Als bewijs niet meer bruikbaar is omdat het onderzoek onrechtmatig is aangevraagd dan neemt dat overi-

**Anders dan thans in de belastingrechtspraak het geval is, lijkt in het socialezekerheidsrecht een zwaardere bewijslast op het bestuursorgaan te rusten**

gens niet weg dat er geen correcties meer mogen plaatsvinden. De CRvB is hierover duidelijk:

‘Op zichzelf verzet geen rechtsregel of algemeen rechtsbeginsel zich ertegen dat het bijstandverlenend orgaan na een onrechtmatig aangevangen onderzoek of een onrechtmatig geoordeeld huisbezoek een nader onderzoek instelt naar de rechtmatigheid van verleende of nog te verlenen bijstand.’<sup>40</sup>

Ook in de eerdergenoemde zaak vernietigde de rechter weliswaar het besluit, maar werden de rechtsgevolgen in stand gelaten omdat was komen vast te staan dat de belanghebbenden hun inlichtingenplicht niet hadden nageleefd.<sup>41</sup> Een belastingambtenaar is dus altijd nog bevoegd om ander bewijs te gebruiken<sup>42</sup> of een nieuw onderzoek te starten, bijvoorbeeld om een navorderingsaanslag ex artikel 16 AWR op te leggen.

## 5. Gegevensdeling

Inmiddels is duidelijk dat de Belastingdienst de gegevens van personen die waren opgenomen in de FSV ook heeft gedeeld met derden. Het gaat in 90% van de gevallen om gegevensdeling met andere overheidsorganen. Daarnaast is komen vast te staan dat de FSV-gegevens van in totaal 12.000 burgers aan private partijen en maatschappelijke organisaties werden verstrekt, en dat informatie is verzonden naar privé e-mailboxen van individuele medewerkers.<sup>43</sup> Dit heeft tot gevolg dat niet meer precies valt te achterhalen hoe vaak en met wie welke gegevens zijn gedeeld.<sup>44</sup>

Voor de gegevensuitwisseling is in veel gevallen geen grondslag aan te wijzen. De gegevensdeling volgde bovendien niet uit onderlinge nadere afspraken zoals vastgelegd in een convenant met het UWV, de SVB en de DUO.<sup>45</sup> Daarmee blijft onduidelijk welke belangen bij de beslissing tot gegevensdeling zijn gewogen, en op welke wijze dat is gedaan. Dat laatste kan overigens in een breder verband dan alleen de FSV worden gesteld. Zo concludeerde Snippe in zijn dissertatie dat geen volledig overzicht bestaat van

de aard en omvang van de gegevensdeling door de Belastingdienst met andere bestuursorganen.<sup>46</sup> Dat is opvallend voor een bestuursorgaan dat zich jegens belastingplichtigen wel vaak beroept op de fiscale geheimhoudingsplicht van artikel 67 AWR. De vraag is dan ook of en in hoeverre deze bepaling in het kader van de FSV is geschonden.

Gezien de verstrekking van gegevens uit de FSV aan andere bestuursorganen, is denkbaar dat burgers ook in andere domeinen worden geconfronteerd met de gevolgen van vermelding daarin. Dit kan in de vorm van een besluit maar het kan ook nog andere nadelige gevolgen hebben. Het kan immers voorkomen dat burgers als gevolg van de vermelding in de FSV op interne ‘uitsluitlijsten’ werden geplaatst,<sup>47</sup> of te maken kregen met een onderzoek of huisbezoek. Widlak noemt dit fenomeen ‘tucht bij voorschot’.<sup>48</sup>

Het kon eveneens leiden tot een (te) harde opstelling van een bestuursorgaan. Wij wijzen bijvoorbeeld op de uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden van 25 januari 2022.<sup>49</sup> Hoewel in die procedure niet precies kon worden vastgesteld wat de betekenis van de vermelding in de FSV was geweest voor de selectie van de aangifte, stond vast dat die vermelding niet zonder gevolgen was voor de behandeling ervan. De inspecteur nam namelijk een spijkerharde houding aan jegens de ‘gesignaleerde fraudeur’, hetgeen resulteerde in ruim 100 bezwaar- en beroepsschriften en ruim 400 brieven.<sup>50</sup>

Zolang die feitelijke handelingen niet tot een besluit hebben geleid, zal de bestuursrechter die in principe niet onrechtmatig kunnen verklaren of er een verbod tegen uit spreken.<sup>51</sup> De burger ervaart daarvan echter wel de hinder.

## 6. Rechtsbescherming en rechtsherstel

Zoals hiervoor al is opgemerkt, dient het redres wegens schending van de AVG momenteel ook in die wetgeving te worden gezocht. Inmiddels heeft de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) zich op het standpunt gesteld dat de werkwijze van de Belastingdienst aangaande de FSV in strijd kwam met in ieder geval vier beginselen van de AVG (rechtmatigheid, doelspecificatie, juistheid en opslagbeperking).<sup>52</sup>

33. Hof Den Haag 22 maart 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:514, r.o. 5.8.1 e.v.; Rb. Noord-Nederland 2 maart 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:521, r.o. 5.1-5.3; Rb. Noord-Nederland 25 februari 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:502, r.o. 8.4-8.5; Hof Amsterdam 27 januari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:362, r.o. 5.6.2.  
34. Zie bijvoorbeeld Rb. Gelderland 24 december 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:6870.  
35. Vgl. CRvB 28 juli 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:1664; ABRvS 3 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1723; CRvB 17 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1882; CRvB 14 april 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1228 t/m ECLI:NL:CRVB:2015:1231; en H. Nummerdor-Buijs & J.C. de Wit, Risicoprofielen en het gelijkheidsbeginsel, *Gemeentestem* 2015/95.  
36. Zie bijvoorbeeld CRvB 28 juli 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:1664, r.o. 4.9 e.v.

37. Zie daarover nader Y. Schuurmans, ‘Onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal in het bestuursrecht’, AA 20170388; onder verwijzing naar ABRvS 3 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1723, r.o. 3.4; en CRvB 14 april 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1228, r.o. 4.6 onder bekrachtiging van het ‘zozeer indruist’-oordeel van Rb. Rotterdam 3 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2578, r.o. 10.  
38. CRvB 8 december 2020, ECLI:NL:CRVB:3294.  
39. Zie bijvoorbeeld Rb. Gelderland 24 december 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:6870.  
40. CRvB 14 april 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1230.  
41. CRvB, 28 juli 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:1664.  
42. Hof Den Haag 22 maart 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:514.  
43. *Kamerstukken II* 2021/22, 31066, nr.

957, bijlage II, Rapport PwC, Onderzoek gegevensdeling met derden, p. 4-5, rijks-overheid.nl/documenten/rapporten/2022/01/19/bijlage-2-rapport-pwc-externe-gegevensdeling-uit-fsv.  
44. *Kamerstukken II* 2021/22, 31066, nr. 957, bijlage II, Rapport PwC, Onderzoek gegevensdeling met derden, rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2022/01/19/bijlage-2-rapport-pwc-externe-gegevensdeling-uit-fsv.  
45. Het onderzoek was beperkt tot deze drie instanties.  
46. M. Snippe, *De integratie van fiscale gegevens in het rijksbrede toezicht. Onderzoek naar een veilige haven voor de fiscale informatierijkdom*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, hoofdstuk 6 en bijbehorende bijlagen.  
47. *Kamerstukken II* 2021/22, 31066, nr. 935, bijlage I, Rapport PwC, Onderzoek effecten FSV Toeslagen, p. 39.

48. A. Widlak, ‘Tucht bij voorschot’, *AG Connect*, februari 2022, agconnect.nl/blog/tucht-bij-voorschot.  
49. Hof Arnhem-Leeuwarden 25 januari 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:488.  
50. Ter zitting erkende de inspecteur dat de gang van zaken aanleiding gaf de opgelegde aanslagen te vernietigen, en zag het hof vervolgens aanleiding voor een bovenwettelijke proceskostenvergoeding van € 25.000 (van de € 42.000 beweerdelijk gemaakte kosten).  
51. Raad van State, *Digitalisering. Wetgeving en bestuursrechtspraak*, 2021, p. 58.  
52. Onderzoeksrapport Autoriteit Persoonsgegevens, ‘Verwerkingen van persoonsgegevens in de Fraude Signalerings Voorziening (FSV)’, oktober 2021, autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/onderzoek\_belastingdienst\_fraude\_signalering\_voorziening\_fsv.pdf.

De AP heeft om die reden een boete van € 3,7 miljoen opgelegd.<sup>53</sup> De staatssecretaris erkent dat de wijze van verwerking van persoonsgegevens in de FSV onrechtmatig was en laat weten zich niet te verzetten tegen de boete.<sup>54</sup> Door de boete van de AP is weliswaar in zijn algemeenheid een signaal afgegeven, maar op individueel niveau zijn de FSV-problemen daarmee niet zonder meer opgelost. In het huidige individuele systeem van rechtsbescherming wordt van de burger namelijk verwacht dat hij of zij per besluit actie onderneemt.<sup>55</sup>

In het voorjaar van 2021 zijn de burgers die in de FSV waren opgenomen, hierover geïnformeerd. Later kregen zij een brief met de reden waarom zij in de FSV terecht kwamen.<sup>56</sup> Wat er precies geregistreerd staat, wordt niet duidelijk gemaakt. Daartoe dienen de betrokkenen een verzoek om inzage in de FSV te doen.<sup>57</sup> De Belastingdienst lijkt het echter lastig te vinden daaraan uitvoering te geven.<sup>58</sup> De landsadvocaat werd bijvoorbeeld verzocht uit te zoeken hoe een categorische uitzondering op dit recht gemaakt kon worden. De ruim 85.000 rechtspersonen die in de FSV werden opgenomen zijn overigens – voor zover bekend – (nog) niet geïnformeerd. Volgens de staatssecretaris hoeft dit niet omdat rechtspersonen niet onder de AVG vallen.<sup>59</sup> Die redenering komt ons enigszins restrictief voor, aangezien er bijna altijd een identificeerbaar natuurlijk persoon achter een rechtspersoon zit. Bovendien zou ook uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kunnen worden afgeleid dat een dienende overheid mede uit zorgvuldigheid, ook rechtspersonen informeert.

Bij vermelding op de FSV zou een verzoek om een schadevergoeding kunnen worden gedaan bij de civiele of algemene bestuursrechter. In dat laatste geval zou tevens om verwijdering of rectificatie van de gegevens in de FSV kunnen worden verzocht. Naar onze mening zou dat laatste zoveel mogelijk op systeemniveau moeten plaatsvinden. De enkele aanpassing van de FSV is immers onvoldoende, aangezien de gegevens daarin werden gebruikt bij de besluitvorming en zijn verstrekt aan andere instellingen en bestuursorganen. De gevolgen daarvan zijn voor de burger niet zichtbaar. Van de overheid zou dus mogen worden verwacht dat in ieder geval de (bekende) gegevensstromen worden nagelopen en gerectificeerd, dat besluiten waarvan komt vast te staan dat zij op basis van een onrechtmatige gegevensverwerking werden genomen ambtshalve worden (her)beoordeeld, en dat de rechter in FSV-gerelateerde procedures wordt geïnformeerd over de gegevens die bij de besluitvorming zijn gebruikt.

## 7. Conclusie

Bij risicoselectie moet de belastingplichtige gemotiveerd stellen dat sprake is van schending van een grondrecht. Dat vereist dat belastingplichtigen goed zicht moeten hebben op de besluitvormingsprocessen. De bewijslast in het fiscale recht lijkt daarmee te zwaar ten opzichte van de bewijslast die geldt in het bestuursrecht. De enkele vermelding op de FSV wordt immers niet altijd als voldoende bewijs beschouwd. Vraag is echter wat belastingplichtigen nog meer kunnen aanvoeren. Als zelfs onderzoekers van PwC niet hebben kunnen achterhalen hoe de detectie aan de poort precies plaatsvond, is dat voor belastingplichtigen al helemaal ondoenlijk. Nu vaststaat dat in een aantal gevallen is gediscrimineerd, mag van de inspecteur wor-

## Nu vaststaat dat in een aantal gevallen is gediscrimineerd, mag van de inspecteur worden verwacht dat hij in FSV-gevallen inzichtelijk maakt hoe is geselecteerd

den verwacht dat hij in FSV-gevallen inzichtelijk maakt hoe is geselecteerd. De rechter zal dan op basis daarvan moeten oordelen of de controle geacht moet worden te hebben plaatsgevonden op een wijze die 'zozeer indruist' tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht. In gevallen waarin discriminatie moet worden aangenomen, zal dat al snel het geval zijn.

Uit de jurisprudentie van het bestuursrecht blijkt verder dat als de Belastingdienst over voldoende ander bewijs beschikt, dat wel de toets van het zozeer-criterium kan doorstaan, de aanslag in beginsel kan worden gehandhaafd. Verder staat het de Belastingdienst vrij om nieuw onderzoek te starten.

Het vorenstaande betekent echter niet dat de gevolgen van de FSV daarmee volledig worden hersteld. Burgers weten immers niet altijd dat zij op de FSV-lijst staan, aan wie de gewraakte gegevens zijn uitgewisseld, en in hoeverre dit van invloed is geweest op de besluitvorming van andere (overheids)organen. Binnen het systeem van individuele rechtsbescherming zou de burger dan steeds (per besluit) actie moeten ondernemen om daarover duidelijkheid te krijgen. Dat vereist een grote mate van zelfredzaamheid en doorzettingsvermogen. Wij zijn van mening dat dit niet van een burger kan worden verwacht. Een probleem dat op systeemniveau is ontstaan, moet zoveel mogelijk op dat niveau worden opgelost. •

53. Autoriteit Persoonsgegevens, 'Boete Belastingdienst voor zwarte lijst FSV', 12 april 2022, [autoriteitpersoonsgegevens.nl/nieuws/boete-belastingdienst-voor-zwarte-lijst-fsv](https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nieuws/boete-belastingdienst-voor-zwarte-lijst-fsv).

54. Antwoord op Kamervragen na berichten van de Belastingdienst en criteria fraudesignaleringsvoorziening fsv en zwarte lijsten, 16 mei 2022, [rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2022/05/16/antwoorden-op-kamervragen-na-berichten-over-belastingdienst-en-criteria-fraudesignalerings-voorziening-fsv-en-inzage-in-zwarte-lijstenbeantwoording-kamervragen-koekoek-van-der-lee-arib-2022z07657](https://rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2022/05/16/antwoorden-op-kamervragen-na-berichten-over-belastingdienst-en-criteria-fraudesignalerings-voorziening-fsv-en-inzage-in-zwarte-lijstenbeantwoording-kamervragen-koekoek-van-der-lee-arib-2022z07657).

55. B. van der Sloot & S. van Schendel, 'De modernisering van het Nederlands procesrecht in het licht van big data: procedurele waarborgen en een goede toegang tot het recht als randvoorwaarden voor een datagedreven samenleving', 2020.

56. A. Noordenbos, 'Belastingdienst stuurt brieven met reden FSV-registratie', *Taxence* 12 november 2021.

57. De verzoeken om overlegging van de informatie die is opgenomen in de FSV merkt de Staatssecretaris van Financiën aan als een AVG-verzoek ex art. 15 AVG. Brief Staatssecretaris van Financiën van 18 februari 2022, 2022-0000051194.

58. Besluit op Wob-verzoek FSV en zwarte lijsten van 27 januari 2021, bijlage 154: notitie landsadvocaat van 12 juni 2020, [rijksoverheid.nl/documenten/wob-verzoeken/2021/01/27/besluit-op-uw-wob-verzoek-fsv-zwarte-lijsten-financien](https://rijksoverheid.nl/documenten/wob-verzoeken/2021/01/27/besluit-op-uw-wob-verzoek-fsv-zwarte-lijsten-financien). Zie ook Rb. Den Haag 22 maart 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:2434.

59. Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 24 februari 2022, 2022-0000055632, V-N 2022/11.13.