

Notitie

MR. R.E.C.M. NIESSEN
ADVocaAT-GENERAAL

Conclusie van 16 augustus 2016 inzake:

Nr. Hoge Raad: 15/05826
Nrs. Gerechtshof: 14/00360 t/m 14/00362
Nrs. Rechtbank: SGR 13/7218 t/m 13/7220
Derde Kamer B

tegen

Loonbelasting 2010-2012

Staatssecretaris van Financiën

A-G Niesen heeft conclusie genomen in de zaak met nummer 15/05826.

Aan belanghebbende is door zijn werkgever gedurende de periode van 6 maart 2009 t/m 2 juli 2012 een auto ter beschikking gesteld. Op verzoek van belanghebbende heeft de Inspecteur een beschikking 'Verklaring geen privégebruik' afgegeven die geldt vanaf het jaar 2009. Op 19 juli 2012 heeft de belanghebbende een ingevuld vragenformulier en een rittenadministratie overgelegd aan de Inspecteur, waaruit blijkt dat hij in de onderhavige jaren niet meer dan 500 km privé heeft gereden. Op 14 september 2012 heeft de Inspecteur belanghebbende laten weten dat de rittenregistratie niet voldoet aan de wettelijke eisen, en dat de auto is gesignaleerd op locaties die niet overeenkomen met de door belanghebbende verstrekte informatie. Deze signaleringen betreffen foto's die zijn gemaakt met camera's van het KLPD (thans: de Landelijke eenheid) met *Automatic Number Plate Recognition* (ANPR).

In geschil is of de Inspecteur in verband met de controle van de rittenregistratie van de 'auto van de zaak' gebruik mocht maken van de informatie die met behulp van de ANPR-camera's is vergaard. Belanghebbende betoogt hoofdzakelijk dat het vergaren van de ANPR-gegevens door de Belastingdienst in strijd is met artikel 8 EVRM (het recht op privacy), nu daarvoor geen wettelijke grondslag voorhanden is en ook niet aan het noodzakelijkheidsvereiste wordt voldaan.

Voor het Hof hebben partijen met klem verklaard dat de foto's worden gemaakt door de Belastingdienst, en dat er geen sprake is van tussenkomst door de Politie. Met andere woorden: er is sprake van zelfstandige gegevensvergaring door de Belastingdienst; niet van het opvragen van gegevens bij een overheidsinstantie ex artikel 55 AWR. Het Hof heeft vervolgens geoordeeld dat, zo al sprake is van een inbreuk op de privacy, deze inbreuk uiterst gering is en, gelet op het belang dat de Belastingdienst noodzakelijkerwijs heeft bij een adequate belastingheffing, ook alleszins is gerechtvaardigd. Het verzamelen en gebruiken van de gegevens in kwestie past naar 's Hofs oordeel binnen de (algemene) wettelijke taak die de Belastingdienst heeft een juiste belastingheffing te waarborgen. Het Hof heeft het beroep van belanghebbende daarom ongegrond verklaard.

A-G Niessen onderzoekt of de bevoegdheidsuitoefening (het zelfstandig vastleggen van op de openbare weg geplaatste ANPR-camera's) door de Belastingdienst plaatsvindt in overeenstemming met artikel 8 EVRM.

De eerste vraag is daarbij volgens de A-G of de vastlegging van de gegevens een inmenging is in de persoonlijke levenssfeer van de betrokkenen. Volgens de A-G leidt het via een monitor waarnemen van gedragingen in de openbare ruimte niet tot een inbreuk op de privacy van de betrokkenen, wanneer de waarnemingen identiek zijn aan die welke door de waarnemer zouden zijn verkregen 'by being on the spot in person'. Een zodanige inbreuk doet zich echter wel voor indien deze waarnemingen systematisch en permanent worden vastgelegd (zie het *arrest P.G. & H.J.*). De wijze waarop de Belastingdienst de betreffende passagegegevens verzamelt – het vastleggen van passagegegevens van alle weggebruikers die de op de openbare wegen geplaatste camera's passeren – kwalificeert zijns inziens als een zodanige systematische wijze van gegevensverwerking. Het voorgaande heeft volgens de A-G tot gevolg dat het vastleggen en verwerken van de camerabeelden een inmenging is in de privacy van de betrokkenen.

Een zodanige inbreuk is volgens de A-G alleen toegestaan indien deze bij de wet is voorzien. Uit het arrest *Sunday Times* volgt dat de eis van een wettelijke grondslag meebrengt dat de wet toegankelijk c.q. openbaar moet zijn, en dat de gevolgen van de wet voor de betrokkene in een bepaalde mate voorzienbaar moeten zijn.

In het convenant van 2014 wordt de bevoegdheid tot het vastleggen van de gegevens door de Belastingdienst gebaseerd op artikel 11 AWR. Deze opvatting impliceert dat de ANPR-gegevens de inspecteur ter beschikking staan en hij deze als zodanig mag gebruiken bij het opleggen van de aanslag. Hiervan is volgens de A-G bijvoorbeeld sprake bij openbaar toegankelijke informatie en (niet-systematische c.q. niet-gestructureerde) waarnemingen in openbare gelegenheden. Van dit laatste is, blijkens de vaststelling dat de handeling een inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer van de betrokkenen, geen sprake. De ANPR-gegevens kunnen dus niet worden aangemerkt als gegevens die de Inspecteur ter beschikking staan als bedoeld in artikel 11 AWR.

De enige taak die artikel 11 AWR aan de inspecteur toekent, is het opleggen van de aanslag met de gegevens die hem ter beschikking staan. Uit niets blijkt dat de Inspecteur aan deze bepaling (systematische) controlebevoegdheden kan onttelen. In het systeem van de AWR vloeien de onderzoeksbevoegdheden van de inspecteur, voor zover zij verder gaan dan waarnemingen in de openbare ruimte, voort uit de bepalingen van artikel 47 e.v. van de AWR.

Noch uit deze bepalingen noch uit artikel 11 AWR kan volgens de A-G worden afgeleid dat de inspecteur bevoegd zou zijn om een actief onderzoek als het onderhavige in te stellen naar het doen en laten van de belastingplichtige, anders dan in de wet uitdrukkelijk geregeld. Het komt de A-G derhalve voor dat de Belastingdienst te dezen handelt zonder dat daartoe in de Awb of de AWR een bevoegdheid is geregeld (i.e. niet op een wettelijke grondslag berust). Nu de inbreuk niet bij wet is voorzien, moet worden geconcludeerd dat het vastleggen van de ANPR-gegevens door de Belastingdienst op de openbare weg in strijd is met het door artikel 8 EVRM gewaarborgde recht op bescherming van het privéleven.

Zo al zou worden geoordeeld dat een bevoegdheid zoals het verkrijgen van ANPR-gegevens toch uit de wet kan worden afgeleid, dan is deze daarin toch zo onhelder en zonder waarborgen voor de bescherming van de privacy geregeld, dat ook in dat geval volgens de A-G niet kan worden gesproken van een wettelijke basis die voldoet aan de eisen die het EHRM daaraan stelt in verband met artikel 8 EVRM. Zowel het vastleggen als het gebruik van de gegevens is immers niet redelijkerwijs voorzienbaar voor de betrokkenen.

De conclusie strekt ertoe dat het beroep in cassatie van belanghebbende gegrond dient te worden verklaard.

MR. R.E.C.M. NIESSEN
ADVOCAAT-GENERAAL

Conclusie van 16 augustus 2016 inzake:

Nr. Hoge Raad: 15/05826

Nrs. Gerechtshof: 14/00360 t/m 14/00362

Nrs. Rechtbank: SGR 13/7218 t/m 13/7220

Derde Kamer B

tegen

Loonbelasting 2010-2012

Staatssecretaris van Financiën

1 Inleiding

- 1.1 Aan _____ te _____ (hierna: belanghebbende) zijn over de jaren 2010, 2011 en 2012 naheffingsaanslagen in de loonheffingen opgelegd. Telkens bij beschikking zijn boeten opgelegd en zijn bedragen aan heffingsrente in rekening gebracht.
- 1.2 Belanghebbende heeft tegen de naheffingsaanslagen bezwaar aangetekend. De Inspecteur heeft bij uitspraken op bezwaar de naheffingsaanslagen en de beschikkingen heffingsrente bevestigd en de boetebeschikkingen vernietigd.
- 1.3 Belanghebbende heeft tegen de uitspraken op bezwaar beroep ingesteld bij rechtbank Den Haag (hierna: de Rechtbank). De Rechtbank heeft het beroep, voor zover gericht tegen het niet toekennen van een proceskostenvergoeding, gegrond verklaard, de uitspraken op bezwaar, voor zover die betrekking hebben op de in bezwaar gemaakte proceskosten, vernietigd en het beroep voor het overige ongegrond verklaard.¹

¹ Rb. Den Haag 4 maart 2014, nr. AWB-13_7218, ECLI:NL:RBDHA:2014:2769.



- 1.4 Belanghebbende heeft tegen de uitspraak van de Rechtbank hoger beroep ingesteld bij gerechtshof Den Haag (hierna: het Hof). Het Hof heeft het hoger beroep ongegrond verklaard en de uitspraak van de Rechtbank bevestigd.²
- 1.5 Belanghebbende heeft bij brief van 18 december 2015 tegen deze uitspraak tijdig en ook overigens regelmatig beroep in cassatie ingesteld. De staatssecretaris van Financiën (hierna: de Staatssecretaris) heeft een verweerschrift ingediend. Op 29 juni 2016 is zitting gehouden waarbij partijen bij monde van hun gemachtigden hebben gepleit.
- 1.6 In cassatie is in geschil of de Inspecteur in verband met de controle van de rittenregistratie van een 'auto van de zaak' gebruik mag maken van de informatie die is vergaard met behulp van camera's uitgerust met ANPR³-apparatuur.
- 1.7 Bij deze conclusie behoort een bijlage, waarin ter toetsing van de rechtmatigheid van de vergaring en het gebruik van de ANPR-gegevens door de Belastingdienst, verschillende (nationale en Europeesrechtelijke) regelingen worden besproken. Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen de gegevensverwerking door de Belastingdienst enerzijds (ten behoeve waarvan wordt ingegaan op de Algemene wet inzake rijksbelastingen, de Algemene wet bestuursrecht en de Wet bescherming persoonsgegevens) en die door de Politie anderzijds (waarvoor onder meer de Politiewet, de Wet politiegegevens en het Wetsvoorstel ANPR van belang zijn).

2 De feiten en het geding in feitelijke instanties

Feiten

- 2.1 Het Hof heeft de feiten, voor zover in cassatie van belang, als volgt vastgesteld:
- 3.1. Aan belanghebbende is door zijn werkgever gedurende de periode van 6 maart 2009 tot en met 2 juli 2012 een auto ter beschikking gesteld.
- 3.2. Op verzoek van belanghebbende heeft de Inspecteur een beschikking "Verklaring privé-gebruik auto" gegeven, die geldt vanaf 1 januari 2009 voor onbepaalde duur. In de beschikking staat dat belanghebbende verklaart dat hij met ingang van 2009 niet meer dan 500 privékilometers per jaar met de auto rijdt.
- 3.3. Op verzoek van de Inspecteur heeft belanghebbende op 19 juli 2012 een ingevuld vragenformulier, een rittenregistratie en overige documentatie overgelegd ter

² Hof Den Haag 13 november 2015, nrs. BK-14/00360 t/m BK-14/00362, ECLI:NL:GHDHA:2015:3207, V-N 2016/3.2.1, NTFR 2016/390

³ Automatic Number Plate Recognition.

onderbouwing dat hij gedurende de periode van 1 januari 2010 tot en met 31 december 2012 op jaarbasis niet meer dan 500 kilometer voor privédoeleinden met de auto heeft gereden.

3.4. Op 14 september 2012 heeft de Inspecteur belanghebbende laten weten dat de rittenregistratie niet voldoet aan de wettelijke eisen en dat de auto is gesignaleerd op locaties die niet overeenkomen met de gegevens in de rittenregistratie. De Inspecteur leidt uit signaleringen en bekeuringen af dat de rittenadministratie een ander, te weten geen waarheidsgetrouw, beeld geeft van het gebruik van de auto.

3.5. De in 3.4 bedoelde signaleringen betreffen, voor zover hier van belang, foto's die zijn gemaakt met camera's van het Korps landelijke politiediensten (KLPD) met Automatic Number Plate Recognition (ANPR). De ANPR-camera's zijn opgesteld op een aantal doorgaande wegen. Zowel de Belastingdienst als de politie maakt gebruik van de met deze camera's gemaakte foto's. De Belastingdienst gebruikt de aldus verzamelde gegevens voor fiscale controledoeleinden. Er is geen sprake van enige tussenkomst van de politie bij het ter beschikking komen van de gegevens ten behoeve van de Belastingdienst. De Belastingdienst filtert de gegevens en bewaart de gegevens die fiscaal van belang worden geacht. De no-hits (tot en met het jaar 2012 circa 60 percent van de gegevens) worden direct vernietigd.

3.6. Tot de stukken van het geding behoort een afschrift van een op 25 januari 2011 ondertekend "Convenant KLPD-Belastingdienst inzake ANPR-gegevens", waarin is opgenomen:

"De ondergetekenden

1. de heer drs. P.W.A. Veld, directeur-generaal van de Belastingdienst, hierna te noemen 'de Belastingdienst'; en
2. de heer R.G.C. Bik, Korpschef van het Korps landelijke politiediensten, hierna te noemen 'het KLPD';

Overwegende, dat de Belastingdienst ten behoeve van de uitvoering van zijn taken wenst te beschikken over de gegevens die het KLPD met behulp van ANPR-technologie vergaart;

Dat de Minister van Veiligheid en Justitie, de beheerder van het KLPD, hierin bewilligt voor zover de uitvoering daarvan geschiedt op de hieronder nader beschreven wijze:

Komen het volgende overeen:

Artikel 1: Doel van de overeenkomst

De overeenkomst ziet op het medegebruik door de Belastingdienst van de met behulp van de bij het KLPD in gebruik zijnde ANPR-camera's op de hoofdverkeersassen opgenomen beelden/gegevens. (...)"

Met ingang van 3 september 2014 is een nieuw convenant in werking getreden.

3.7. Voor het jaar 2012 moet ervan worden uitgegaan dat de auto meer dan 500 kilometer voor privédoeleinden is gebruikt.

Rechtbank

- 2.2 De Rechtbank heeft het beroep van belanghebbende ongegrond verklaard. Het heeft hierbij in aanmerking genomen dat de overgelegde rittenadministraties voor de in geschil zijnde jaren niet aan de daaraan gestelde wettelijke vereisten voldoen, en dat daarom aan de overgelegde rittenadministraties niet de bewijskracht kan worden ontleend die wel uitgaat van sluitende en nauwkeurig bijgehouden administraties. Volgens de Rechtbank heeft de Inspecteur dus terecht de rittenadministraties

verworpen en, nu geen ander bewijsmateriaal is ingebracht door belanghebbende, terecht de naheffingsaanslagen opgelegd.

- 2.3 De Rechtbank gaat niet in op de rechtmatigheid van de signaleringen.

Hof

- 2.4 Ook voor het Hof is in geschil of de Inspecteur gebruik mag maken van de informatie die is vergaard met behulp van de ANPR-camera's. Partijen houdt de vraag verdeeld of een wettelijke grondslag voorhanden is voor het maken van de foto's.

- 2.5 Volgens het Hof is tussen partijen niet in geschil dat sprake is van zelfstandige informatievergaring door de Belastingdienst en dat deze handeling een inbreuk vormt op de privacy van de betrokkenen. Het Hof oordeelde:

6.1. Ter zitting hebben partijen met klem verklaard en toegelicht dat de foto's worden gemaakt door de Belastingdienst en dat de gegevens niet zijn vergaard door het KLPD, ook met dien verstande dat sprake is van het zelfstandig verzamelen door de Belastingdienst van controlegegevens. De Inspecteur heeft desgevraagd uitdrukkelijk te kennen gegeven dat, zo in de stukken wat dat aangaat iets anders is te lezen, een en ander het gevolg is van een ongelukkige formulering en ook niet strookt met de feitelijke gang van zaken rond het ten behoeve van fiscale doeleinden verzamelen van gegevens. Ook is tussen partijen niet in geschil, zo heeft de Inspecteur ter zitting desgevraagd uitdrukkelijk verklaard, dat met het verzamelen van de controlegegevens de persoonlijke levenssfeer van (veel) betrokkenen wordt geraakt en dat daarmee sprake is van een schending van de privacy.

- 2.6 Deze inbreuk is volgens het Hof echter niet reëel, laat staan ongeoorloofd:

6.2. Wat daar ook van zij, het Hof leidt uit wat in de stukken van het geding over het proces van gegevensverwerking naar voren komt, niet anders af, ook afwegende wat belanghebbende over het verwerkingsproces heeft aangevoerd, dan dat aan het eind van dat proces louter specifiek voor fiscale controledoeleinden bestemde gegevens, te weten alleen kentekens van motorrijtuigen, voorhanden zijn. Dat brengt mee dat, 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, zeker waar het personen betreft die in dezelfde fiscale positie als belanghebbende verkeren. Dat de gevolgde werkwijze een massaal karakter heeft, maakt dit niet anders. Het Hof neemt in aanmerking dat bezwaarlijk valt in te zien, speciaal het aan de orde zijnde fiscale controledoel en het verwijderen van informatie met betrekking tot de no-hits in ogenschouw nemend, dat de hier gehanteerde methode van controleren onder de gegeven omstandigheden als een reële inbreuk, laat staan als een ongeoorloofde inbreuk op de privacy van de burger is te betitelen. Daarbij komt dat de controle, die is gericht op het gebruik dat van een motorrijtuig wordt gemaakt, voor het overige op geen enkele wijze ziet op informatie met betrekking tot de bestuurder van een motorrijtuig op het moment van de controle dan wel anderszins met betrekking tot de handel en wandel van de bezitter of houder van een motorrijtuig. Een concreet persoon komt pas in beeld op het moment dat bijvoorbeeld een aanslag moet worden geformaliseerd.

6.3. Het aldus verzamelen en gebruiken van de gegevens in kwestie past naar 's Hofs oordeel 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. Die bevoegdheid wordt in dit concrete geval niet beperkt door de bescherming die artikel 8 EVRM biedt.

2.7 Het Hof verklaart het hoger beroep van belanghebbende daarom ongegrond.

3 Het geding in cassatie / behandeling van de middelen

3.1 Belanghebbende stelt in cassatie drie middelen voor, die ik hieronder samengevat zal weergeven.

3.2 In zijn eerste cassatiemiddel betoogt belanghebbende dat het Hof ten onrechte, althans op gronden die dit oordeel niet kunnen dragen, heeft geoordeeld dat de schending van het recht op privacy in het onderhavige geval gerechtvaardigd is.

3.3 Het Hof is ten onrechte niet ingegaan op stellingen van belanghebbende dat de inbreuk niet voldoet aan de eisen die door het EHRM aan een zodanige inbreuk worden gesteld. Een inbreuk op de privacy is alleen toegestaan indien (1) hiervoor een wettelijke grondslag bestaat en (2) de inbreuk aan het noodzakelijkheidsvereiste voldoet.

3.4 Met betrekking tot het eerste vereiste merkt belanghebbende op dat voor zover het Hof deze wettelijke grondslag ziet in 'de (algemene) taak van de Belastingdienst om een juiste belastingheffing te waarborgen', dit oordeel op een onjuiste rechtsopvatting berust dan wel dit oordeel onvoldoende is gemotiveerd. Uit dit oordeel van het Hof valt niet af te leiden in welk wetsartikel en/of welke wettelijke regeling deze 'algemene taak' is vervat. Bovendien stelt het EHRM strenge eisen aan wetgeving die een inbreuk maakt aan het recht op privacy: deze wetgeving moet 'sufficiently clear' zijn en 'accessible to the person concerned'. Ook moet deze wetgeving adequate en effectieve waarborgen bevatten tegen ongeoorloofde inbreuken. Dit is met name het geval bij automatische verwerking van persoonsgegevens (zie HvJ EU 8 april 2014, nr. C-293/12 en C-594/12).

3.5 Dat de benadering van het Hof onjuist is, blijkt ook de overweging van het Hof dat de bevoegdheid in dit concrete geval niet wordt beperkt door de bescherming die artikel 8 EVRM biedt. Volgens belanghebbende is het juist de vraag of het grondrecht op privacy mag worden beperkt door het controlerecht van de fiscus.

- 3.6 Met betrekking tot het noodzakelijkheidsvereiste, merkt belanghebbende op dat het EHRM eist dat een inbreuk op het recht van privacy voldoet aan de eisen van noodzakelijkheid, subsidiariteit en proportionaliteit. In het kader van deze beginselen komt volgens belanghebbende onder andere gewicht toe aan de omvang van de gegevensopslag. De overweging van het Hof, dat het massale karakter van de gevolgde werkwijze van de Belastingdienst geen invloed heeft op de vraag of de inbreuk wegens noodzakelijkheidsoverwegingen gerechtvaardigd is, berust volgens belanghebbende dan ook op een onjuiste rechtsopvatting.
- 3.7 In zijn tweede cassatiemiddel betoogt belanghebbende dat het Hof in r.o. 6.2 ten onrechte heeft geoordeeld dat aan het eind van het proces van informatievergaring en -verwerking alleen kentekens van motorrijtuigen voorhanden zijn, welke gegevens geen betrekking hebben op (de 'handel en wandel' van) de bezitter of houder van een motorrijtuig. Dit is volgens belanghebbende onterecht, omdat de verkregen gegevens worden gekoppeld aan een plaats, datum en tijd, en bovendien worden herleid tot een natuurlijk persoon. Mitsdien is 's Hofs uitspraak onjuist althans onvoldoende naar de eisen der wet met redenen omkleed.
- 3.8 Het Hof stelt ten onrechte dat aan het eind van het proces louter kentekens van motorrijtuigen voorhanden zijn en het niet gaat om informatie met betrekking tot de bestuurder van een motorrijtuig en het geen informatie betreft die betrekking heeft tot de handel en wandel van de bezitter van het motorrijtuig.
- 3.9 In zijn derde cassatiemiddel betoogt belanghebbende dat het Hof in r.o. 6.2 ten onrechte heeft geoordeeld dat het verzamelen en gebruiken van de ANPR-gegevens door de Belastingdienst in het geval van belanghebbende niet, althans niet als een reële, dan wel als een uiterst geringe schending van het recht op privacy is te kwalificeren. 's Hofs uitspraak geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting, althans is onvoldoende naar de eisen der wet met redenen omkleed.

4 Behandeling van de middelen

- 4.1 Het onderhavige geschilpunt heeft betrekking op de jaren 2010, 2011 en 2012. In (een deel van) deze jaren was het convenant van 26 januari 2011 van toepassing. In dit convenant waren regels opgenomen omtrent de verstrekking van door de Politie

verkregen ANPR-gegevens aan de Belastingdienst.⁴ Op 28 oktober 2014 is tussen de Politie en de Belastingdienst een nieuw convenant gesloten. In het herziene convenant wordt niet langer gesproken over medegebruik van ANPR-camera's, maar over medegebruik van de op de openbare weg geplaatste camera's die met ANPR-apparatuur zijn uitgerust (zelfstandige vergaring gegevens door de Belastingdienst).⁵

- 4.2 Tijdens de zitting van het Hof hebben beide partijen 'met klem verklaard' dat in de onderhavige jaren sprake was van het zelfstandig verzamelen door de Belastingdienst van de controlegegevens (de situatie genoemd onder het convenant van 28 oktober 2014).⁶ In deze conclusie toets ik daarom niet de situatie zoals deze is geschetst onder het convenant van 26 januari 2011, i.e. dat de Belastingdienst gegevens opvraagt bij de Politie ex artikel 55 AWR, maar de vraag of de Belastingdienst bevoegd is om zelfstandig ANPR-gegevens te verzamelen en te gebruiken bij het opleggen van de aanslag.
- 4.3 Dienaangaande merk ik het volgende op.
- 4.4 Het tweede en derde middel van belanghebbende richten zich op overwegingen van het Hof die ertoe strekken dat de schending van de privacy niet als reëel kan worden beschouwd. Nu de Inspecteur blijkens de overweging van het Hof in punt 6.1 van zijn uitspraak⁷ die schending heeft erkend, treedt het Hof daarmee buiten het gezamenlijke standpunt van partijen en dus buiten de rechtsstrijd. Beide middelen slagen derhalve.
- 4.5 Voor zover het oordeel van het Hof inhoudt dat de globale taakomschrijving van artikel 11 AWR een toereikende wettelijke grondslag biedt voor de (naar het oordeel van het Hof beperkte) inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, acht ik het onjuist.⁸ Het komt mij voor dat de Belastingdienst te dezen handelt zonder dat daartoe in de Awb of de AWR een bevoegdheid is geregeld. Voor de motivering van dit oordeel verwijs ik naar de onderdelen 7.35 e.v. van de bijlage bij deze conclusie.
- 4.6 Het eerste middel van belanghebbende komt op tegen het oordeel van het Hof dat de (beperkte) schending van de privacy gerechtvaardigd is door redenen van

⁴ Zie onderdeel 6.24 e.v. van de bijlage.

⁵ Zie onderdeel 7.1 e.v. van de bijlage.

⁶ Zie r.o. 6.1. in onderdeel 2.5 van deze conclusie.

⁷ Zie onderdeel 2.5 van deze conclusie.

⁸ Zie onderdeel 7.35 van de bijlage.

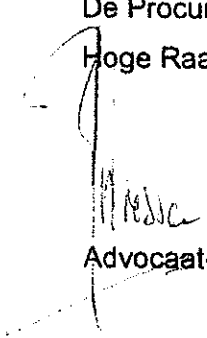
noodzakelijkheid. Voor zover het eerste middel zich met een motiveringsklacht richt tegen een rechtsoordeel, faalt het.

- 4.7 Voor zover in het eerste middel wordt betoogd dat voor de inbreuk op het recht van privacy geen toereikende wettelijke basis bestaat, slaagt het op de gronden vermeld in de bijlage bij deze conclusie in de onderdelen 7.29 t/m 7.45 (onderdeel D van hoofdstuk 7).
- 4.8 Het gevolg is dat de met de ANPR-camera's verkregen gegevens niet mogen worden gebruikt bij het opleggen van de naheffingsaanslagen van belanghebbende in de loonbelasting.⁹
- 4.9 Nu het beroep in cassatie gegrond wordt bevonden, kan de Hoge Raad de zaak zelf afdoen.¹⁰

5 Conclusie

De conclusie strekt ertoe dat het beroep in cassatie van belanghebbende gegrond dient te worden verklaard.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden



Advocaat-Generaal

⁹ Zie de onderdelen 4.1 t/m 4.3 van de bijlage.

¹⁰ Zie pagina 2 van het proces-verbaal van de mondelinge behandeling bij de Hoge Raad.

MR. R.E.C.M. NIESSEN
ADVocaAT-GENERAAL

Bijlage bij de conclusies van 16 augustus 2016 in de zaken met nrs. 15/05826, 15/02068 en 15/02069

1 Ten geleide

- 1.1 Sinds enige jaren maakt de Belastingdienst gebruik van op de openbare weg geplaatste camera's die zijn uitgerust met ANPR-apparatuur (Automatic Number Plate Recognition). De Belastingdienst gebruikt de gegevens die met behulp van deze camera's worden verkregen (ANPR-gegevens) ter controle van door belastingplichtigen overgelegde verklaringen 'geen privégebruik' in de loonbelasting.
- 1.2 Tot 2014¹ verkreeg de Belastingdienst, onder toepassing van artikel 55 AWR,² de ANPR-gegevens van het Korps Landelijke Politiediensten (vanaf 2012: de Landelijke eenheid van de Nationale politie).³ Thans verzamelt de Belastingdienst de ANPR-gegevens zelfstandig, door (mede)gebruik van diezelfde camera's. De gegevens staan sindsdien rechtstreeks aan de Belastingdienst ter beschikking.
- 1.3 In een aantal gevallen heeft de Belastingdienst op basis van de verkregen ANPR-gegevens naheffingsaanslagen in de loonbelasting opgelegd. Deze bijlage hoort bij een zaak waarin de rechtmatigheid van de Belastingdienst tot het verkrijgen en het gebruik van de ANPR-gegevens bij het opleggen van de naheffingsaanslagen ter discussie is gesteld.

¹ Indien kan worden afgegaan op de data waarop de convenanten tussen Belastingdienst en de Politie tot stand zijn gekomen.

² Dit artikel bepaalt in lid 1: "Onze Ministers, openbare lichamen en rechtspersonen die bij of krachtens een bijzondere wet rechtspersoonlijkheid hebben verkregen, de onder hen ressorterende instellingen en diensten, alsmede lichamen die hoofdzakelijk uitvoering geven aan het beleid van de rijksoverheid, verschaffen, mondeling, schriftelijk of op andere wijze - zulks ter keuze van de inspecteur - de gegevens en inlichtingen, en wel kosteloos, die hun door de inspecteur ter uitvoering van de belastingwet worden gevraagd."

³ In het vervolg van deze conclusie worden beide organen aangeduid als 'de Politie'.

1.4 In deze bijlage wordt ingegaan op verschillende (nationale en Europeesrechtelijke) regelingen om de rechtmatigheid van de vergaring en het gebruik van ANPR-gegevens door de Belastingdienst te toetsen. Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen de gegevensverwerking door de Belastingdienst enerzijds (ten behoeve waarvan ik zal ingaan op de Algemene wet inzake rijksbelastingen, de Algemene wet bestuursrecht en de Wet bescherming persoonsgegevens) en die door de Politie anderzijds (waarvoor onder meer de Politiewet, de Wet politiegegevens en het Wetsvoorstel ANPR van belang zijn). De uitoefening van de bevoegdheden door beide organen wordt bovendien genormeerd door het in artikel 8 EVRM opgenomen recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

1.5 In de hoofdstukken 2 tot en met 5 van deze conclusie wordt het algemene regelgevende kader beschreven waarop de bevoegdheden van de Belastingdienst en de Politie zijn gebaseerd. In hoofdstuk 6 bespreek ik de rechtmatigheid van het opvragen van ANPR-gegevens door de Belastingdienst bij de Politie op grond van artikel 55 AWR (de situatie onder het 'oude' convenant). In hoofdstuk 7 ga ik in op de vraag of het zelfstandig vergaren van ANPR-gegevens door de Belastingdienst op een wettelijke grondslag berust (de huidige situatie, onder toepassing van het herziene convenant).

1.6 De indeling is als volgt:

2 De bijtelling en de verklaring 'geen privégebruik' in de loonbelasting

3 (Begrenzing van) bevoegdheden van de Belastingdienst ter verkrijging van de voor de aanslag benodigde gegevens

- A Bevoegdheden van de inspecteur op grond van de AWR en de Awb
- B Buitenwettelijke bevoegdheden tot informatievergaring
- C Informatievergaring door de Belastingdienst en het recht op privacy van artikel 10 Gw en 8 EVRM
- D De Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp)

4 Het gebruik van onbevoegd verkregen informatie bij het opleggen van de aanslag

5 Informatieverzameling en -verstrekking door de Politie

6 Rechtmatigheid gebruik ANPR-gegevens van de Politie bij het opleggen van de aanslag

- A Verzameling en verwerking van ANPR-gegevens door de Politie: in overeenstemming met de Politiewet en de Wpg?
- B Het wetsvoorstel ANPR: versoepeling bevoegdheden Politie verwerking ANPR-gegevens

- C Het convenant van 26 januari 2011 (medegebruik camerabeelden/ANPR-gegevens)
- D Conclusie
- 7 **Rechtmatigheid zelfstandige vergaring ANPR-gegevens door de Belastingdienst**
- A Het convenant van 28 oktober 2015 (medegebruik ANPR-camera's)
- B Kamervragen herziening convenant
- C Vastleggen ANPR-gegevens door de Belastingdienst en het recht op privacy van artikel 8 EVRM
- D Conclusie

2 De bijtelling en de verklaring 'geen privégebruik' in de loonbelasting

- 2.1 Ingevolge artikel 13bis Wet LB 1964 wordt het voordeel dat een werknemer geniet wegens een aan hem door zijn werkgever voor privédoeleinden ter beschikking gestelde auto, gerekend tot het loon (de zogenoemde bijtelling).
- 2.2 Er is geen sprake van een voor privédoeleinden ter beschikking gestelde auto wanneer de auto voor niet meer dan 500 kilometer per kalenderjaar door de werknemer wordt gebruikt. Ingevolge het derde lid van artikel 13bis Wet LB 1964 wordt, indien uit een rittenadministratie of anderszins blijkt dat het gebruik van de auto onder deze kilometergrens blijft, het voordeel van de terbeschikkingstelling gesteld op nihil.
- 2.3 De werknemer kan de inspecteur verzoeken om een 'verklaring geen privégebruik' (artikel 13bis, lid 13, Wet LB 1964). Een zodanige verklaring vrijwaart de werkgever van het moeten afdragen van loonbelasting over de ter beschikking gestelde auto (artikel 13bis, lid 12, Wet LB 1964). De inspecteur kan een werknemer aan wie een dergelijke verklaring is afgegeven, verzoeken te doen blijken (hiermee wordt bedoeld: overtuigend aan te tonen)⁴ dat de auto op jaarbasis voor niet meer dan 500 kilometer voor privédoeleinden wordt gebruikt (artikel 13bis, lid 15, Wet LB 1964).
- 2.4 De bewijslast ter zake van het privégebruik van de auto ligt bij de belastingplichtige: hij moet doen blijken dat de auto voor niet meer dan 500 kilometer per jaar voor privédoeleinden is gebruikt. Voldoet de werknemer niet aan deze bewijslast, dan kan de inspecteur met inachtneming van artikel 20 AWR overgaan tot naheffing van de ten onrechte niet geheven en afgedragen loonbelasting (artikel 13bis, lid 16, Wet LB 1964).

⁴ Zie bijv. HR BNB 1976/42 en HR BNB 1983/90.

2.5 In dit laatste geval kan de inspecteur tevens een verzuimboete (artikel 67c AWR) opleggen. Artikel 67c, lid 1, AWR bepaalt:

1. Indien de belastingplichtige of de inhoudingsplichtige de belasting welke op aangifte moet worden voldaan of afgedragen niet, gedeeltelijk niet, dan wel niet binnen de in de belastingwet gestelde termijn heeft betaald, vormt dit een verzuim ter zake waarvan de inspecteur hem een bestuurlijke boete van ten hoogste € 4 920 kan opleggen.

2.6 In § 24 van het BBBB is deze bepaling nader uitgewerkt. De leden 4 en 5 van deze paragraaf geven een specifieke regeling voor de situatie waarin ten onrechte geen bijtelling heeft plaatsgevonden:

4. Indien blijkt dat bijtelling in verband met het 'privégebruik auto' (deels) ten onrechte niet heeft plaatsgevonden, dan legt de inspecteur, in afwijking van het tweede lid, een verzuimboete op van 80 procent van het wettelijk maximum van artikel 67c van de AWR.

5. In afwijking van het vierde lid kan in uitzonderlijke gevallen een boete tot het wettelijk maximum van artikel 67c van de AWR worden opgelegd. Van een uitzonderlijk geval kan bijvoorbeeld sprake zijn indien belanghebbende voor de tweede keer in verzuim is. De inspecteur legt in elk geval een verzuimboete op van 100 procent van het wettelijk maximum van artikel 67c van de AWR indien belanghebbende een onjuiste of onvolledige rittenregistratie heeft overgelegd.

2.7 Is sprake van opzet of grove schuld bij de belastingplichtige,⁵ dan kan ingevolge artikel 67f AWR een vergrijpboete worden opgelegd:⁶

1. Indien het aan opzet of grove schuld van de belastingplichtige of de inhoudingsplichtige is te wijten dat belasting welke op aangifte moet worden voldaan of afgedragen niet, gedeeltelijk niet, dan wel niet binnen de in de belastingwet gestelde termijn is betaald, vormt dit een vergrijp ter zake waarvan de inspecteur hem een bestuurlijke boete kan opleggen van ten hoogste 100 procent van de in het tweede lid omschreven grondslag voor de boete.

2. De grondslag voor de boete wordt gevormd door het bedrag van de belasting dat niet of niet tijdig is betaald, voor zover dat bedrag als gevolg van de opzet of de grove schuld van de belastingplichtige of de inhoudingsplichtige niet of niet tijdig is betaald. (...)

2.8 Ook voor de vergrijpboete geeft het BBBB in § 28 een specifieke regeling voor het geval waarin ten onrechte geen loonheffing is afgedragen wegens het ten onrechte verstrekken van een verklaring geen privégebruik:

6. Wordt een vergrijpboete opgelegd omdat de bijtelling in verband met het 'privégebruik auto' (deels) ten onrechte niet heeft plaatsgevonden dan legt de inspecteur een vergrijpboete op van 40 procent in geval van grove schuld en 80 procent ingeval van opzet.

7. In afwijking van het zesde lid legt de inspecteur een vergrijpboete op van 100 procent indien belanghebbende een onjuiste of onvolledige rittenregistratie heeft overgelegd.

⁵ § 25, lid 2, BBBB bepaalt: "Grove schuld is een in laakbaarheid aan opzet grenzende mate van verwijtbaarheid en omvat mede grove onachtzaamheid. Daarbij kan gedacht worden aan laakbare slordigheid of ernstige nalatigheid. Bij grove schuld had belanghebbende redelijkerwijs moeten of kunnen begrijpen dat zijn gedrag tot gevolg kon hebben dat te weinig belasting zou worden geheven of betaald. (...)"

⁶ In het jaar 2011 was van toepassing het Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst van 6 december 2012, nr. DGB2010/6677M, *Stcrt.* 2010, 20116. Bij Besluit van 20 december 2011, nr. DGB2011/2248M, *Stcrt.* 2011, 23178 (inwerkingtreding 1 januari 2012) is het BBBB van 2011 vervallen en is een gewijzigde versie in werking getreden.

2.9 § 24a BBBB bevat een coulanceregeling voor het geval een belastingplichtige een betalingsverzuim ter zake van de bijtelling vrijwillig heeft verbeterd. Van een vrijwillige verbetering is sprake als 'belanghebbende vóórdat hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat de inspecteur bekend is of zal worden met dat feit, uitdrukkelijk kenbaar maakt⁷ aan de inspecteur dat en tot welk bedrag niet of gedeeltelijk niet is betaald' (§ 5, lid 1, BBBB). In geval van een vrijwillige verbetering legt de inspecteur (§ 24a, lid 3, BBBB):

- a. geen vergrijpboete op (zie § 25, twaalfde lid), en
- b. geen verzuimboete op indien het belastingbedrag dat ingevolge de vrijwillige verbetering alsnog wordt betaald € 20.000 of minder bedraagt, (...).

De bepaling uit het vijfde lid, ingevolge welke ook zonder vrijwillige verbetering de coulanceregeling wordt toegepast, geldt niet wanneer de belanghebbende niet verplicht een correctiebericht in te dienen en zonder meer een naheffingsaanslag vaststelt (lid 6).

2.10 De inspecteur moet bij het opleggen van de boete (een straftoemeting) rekening houden met omstandigheden die aanleiding geven tot een hogere of lagere boete (strafverzwarende dan wel strafverminderende omstandigheden).⁸ In § 7 van het BBBB is het beleid weergegeven ten aanzien van de vraag onder welke omstandigheden aanleiding bestaat tot matiging van de boete:

1. Tot de omstandigheden welke aanleiding kunnen geven de op te leggen of opgelegde boete te matigen behoren:
 - a. een wanverhouding tussen de ernst van het feit en de op grond van dit besluit op te leggen of opgelegde boete;
 - b. verzachtende omstandigheden die hebben geleid tot het beboetbare feit.
2. Er is sprake van een strafverminderende omstandigheid wanneer een belastingplichtige tot inkeer komt en er twee jaren of meer zijn verstreken na het beboetbare feit (artikel 67n, tweede lid, van de AWR). (...)
3. Bij wanverhouding gaat het om het antwoord op de vraag hoe ernstig de normschending in het concrete geval moet worden opgevat. De afweging moet leiden tot een sanctie die proportioneel is, dat wil zeggen in evenredigheid staat tot de ernst van het feit. Indien de inspecteur zelf tot de gevolgtrekking komt dat van een wanverhouding sprake is, vermindert hij de boete op eigen initiatief.
(...) 4. Bij verzachtende omstandigheden ligt de nadruk op buiten de (directe) invloedssfeer van belanghebbende liggende gebeurtenissen. Voor de beoordeling of die omstandigheden tot matiging van de boete aanleiding kunnen geven, kan het van belang zijn of, dan wel in hoeverre, belanghebbende maatregelen heeft getroffen of had kunnen treffen om het verzuim of vergrijp te voorkomen. (...)

⁷ Van uitdrukkelijk kenbaar maken is sprake indien belanghebbende een afzonderlijke schriftelijke opgave verstrekt die de inspecteur in staat stelt om zonder nader onderzoek een juiste belastingaanslag op te leggen (zie § 5, lid 2, BBBB).

⁸ Zie § 6, lid 1 en lid 2, BBBB.

3 (Begrenzing van) bevoegdheden van de Belastingdienst ter verkrijging van de voor de aanslag benodigde gegevens

A Bevoegdheden van de inspecteur op grond van de AWR en de Awb

3.1 Ingevolge artikel 5 AWR geschiedt de vaststelling van een belastingaanslag (waaronder ook wordt verstaan een naheffingsaanslag)⁹ door het ter zake daarvan opmaken van een aanslagbiljet door de inspecteur. Artikel 11, lid 1, AWR bepaalt dat de aanslag wordt vastgesteld door de inspecteur. Hij kan daarbij afwijken van de aangifte.¹⁰

3.2 De inspecteur heeft bij het opleggen van de belastingaanslag een zekere onderzoeksplicht op grond van artikel 3:2 Awb (het formele zorgvuldigheidsbeginsel):

Bij de voorbereiding van een besluit vergaart het bestuursorgaan de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen.

3.3 Op grond van deze bepaling moet de inspecteur 'met een normale zorgvuldigheid kennis(...)nemen van de aangifte en de daarin voorkomende gegevens (...) vergelijken met informatie (...) die hij tot zijn beschikking heeft'.¹¹ De redactie van de *Fiscale Encyclopedie de Vakstudie* schrijft hierover:¹²

De methode van heffing bij wege van aanslag (...) betreft de vaststelling door de inspecteur van de omvang van de belastingschuld. Dit doet de inspecteur op zelfstandige wijze (zie art. 11, eerste lid, AWR). Weliswaar maakt hij daarbij als regel gebruik van de door de belastingplichtige bij aangifte aangeboden gegevens, de vaststelling van de belastingschuld is de verantwoordelijkheid van de inspecteur. Dit betekent dat het hem vrijstaat daarbij ook gebruik te maken van andere hem ten dienste staande gegevens.

3.4 De aangifte bevat niet altijd genoeg gegevens om het volledige feitelijke kader in beeld te krijgen.¹³ Om toch tot een wetsconforme belastingheffing te kunnen komen zijn in de artikelen 47 t/m 56 van de AWR administratieverplichtingen voor belastingplichtigen opgenomen. Zo is op grond van artikel 47 AWR iedere belastingplichtige verplicht gegevens en inlichtingen desgevraagd te verstrekken aan de inspecteur, indien deze informatie voor de belastingheffing te zijnen aanzien van belang kan zijn.

⁹ Zie artikel 2, lid 3, onder e, AWR.

¹⁰ Artikel 11, lid 2, AWR.

¹¹ Zie bijvoorbeeld HR 18 juni 2010, nr. 09/00370, ECLI:NL:HR:2010:BM7705, *BNB* 2010/301 met noot Van Ettekoven.

¹² *Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Algemeen Deel*, aantekening 2.1.1, artikelsgewijs commentaar bij artikel 5 AWR.

¹³ M.W.C. Feteris, *Formeel belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 268.

- 3.5 Deze verplichting geldt op grond van artikel 53 AWR ook voor administratieplichtigen, indien zij beschikken over informatie die van belang kan zijn voor de belastingheffing van derden. Een zodanig informatieverzoek hoeft volgens *Feteris* niet betrekking te hebben op met name genoemde derden.¹⁴

Verzoeken om informatie van de inspecteur hoeven geen betrekking te hebben op met name genoemde derden.¹⁵ De belastingdienst mag dus zogenoemde serievragen stellen, en bijvoorbeeld aan een bank vragen om een opgave van alle rentebedragen die zij in een jaar heeft uitbetaald aan haar rekeninghouders. (...) Ook mag de inspecteur vragen aan administratieplichtigen stellen die geen betrekking hebben op de heffing van bepaalde belastingplichtigen, maar gericht zijn op het inwinnen van informatie die meer algemeen in het kader van de belastingheffing van belang kan zijn, zoals informatie over gebruiken in een bepaalde branche.¹⁶

- 3.6 Het vorenstaande volgt uit het arrest *Stad Rotterdam*, waarin de Hoge Raad overwoog dat 'de wetgever (...) met voordacht geen beperking heeft opgenomen ten aanzien van de in die bepaling bedoelde derden'.¹⁷

- 3.7 Artikel 55 AWR bevat een informatieverplichting voor overheidsinstanties. Anders dan in de artikelen 47 en 53 AWR, waarin de opgevraagde informatie van belang moet kunnen zijn voor de belastingheffing, wordt in 55 AWR gesproken over informatie 'ter uitvoering van de belastingwet'. Het eerste lid van deze bepaling luidt:

1. Onze Ministers, openbare lichamen en rechtspersonen die bij of krachtens een bijzondere wet rechtspersoonlijkheid hebben verkregen, de onder hen ressorterende instellingen en diensten, alsmede lichamen die hoofdzakelijk uitvoering geven aan het beleid van de rijksoverheid, verschaffen, mondeling, schriftelijk of op andere wijze – zulks ter keuze van de inspecteur – de gegevens en inlichtingen, en wel kosteloos, die hun door de inspecteur ter uitvoering van de belastingwet worden gevraagd.

- 3.8 Een overheidsorgaan als bedoeld in het eerste lid is bijvoorbeeld de Politie:¹⁸

De politie is – evenals andere overheidsinstanties – op grond van artikel 55 van de AWR verplicht gegevens en inlichtingen te verstrekken ter uitvoering van de belastingwet, indien de inspecteur daarom vraagt. Daartoe behoren ook gegevens en inlichtingen inzake gelden die aan tipgevers, informanten en infiltranten zijn uitbetaald. Die gegevens kunnen van belang zijn voor de belastingheffing bij degenen die deze gelden hebben ontvangen. Het initiatief ter zake ligt bij de fiscus.

- 3.9 Wenst de Belastingdienst op grond van bovenstaande bepalingen over te gaan tot het stellen van serievragen, dan zal dit eerst op centraal niveau moeten worden afgestemd.¹⁹

¹⁴ M.W.C. Feteris, *Formeel belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 283.

¹⁵ Voetnoot in origineel: "HR 10 december 1974 (strafkamer), BNB 1975/52 (Stad Rotterdam)."

¹⁶ Voetnoot in origineel: "Vgl. de in noot III samengevatte omschrijving van informatie die volgens HR 15 februari 1949, NJ 1949, 278 in een aangifte gevraagd mag worden."

¹⁷ HR 10 december 1964, nr. 67 574, ECLI:NL:HR:1974:AB4412, na conclusie A-G Remmelink, BNB 1975/52 met noot Van Duyn.

¹⁸ *Kamerstukken II* 1995/96, 23 470, nr. 14, p. 1 (Brief van de staatssecretaris van Financiën).

¹⁹ *Kamerstukken II* 1987/88, 19 393, nr. 3, p. 7 en 8 (MvT).

Voor zogenaamde serievragen – hierbij kan worden gedacht aan vragen die niet zijn geïndividualiseerd naar personen of lichamen en die al dan niet betrekking hebben op meer dan een jaar – zal in de algemene maatregel van bestuur een regeling worden opgenomen. Hierin zal worden voorgeschreven dat de Minister van Financiën in overeenstemming met de Minister wie zulks aangaat zal bepalen of, en zo ja op welke wijze, inlichtingen zullen worden verstrekt. Derhalve zal een ambtenaar van de rijksbelastingdienst niet zelfstandig inlichtingen door middel van serievragen kunnen verzoeken, doch zal hierover op centraal niveau overleg plaatsvinden.

B Buitenwettelijke bevoegdheden tot Informatievergaring

- 3.10 Ook buiten de in de wet opgenomen administratieverplichtingen heeft de inspecteur mogelijkheden om voor de aanslag relevante informatie te verzamelen. Dit ligt besloten in het oordeel van de Hoge Raad in HR BNB 2003/13.²⁰ In deze zaak was tijdens een onaangekondigd bedrijfsbezoek door de Belastingdienst door een medewerker van een belastingplichtige (een coffeeshophouder) een verklaring afgelegd aan het Horeca Interventie Team over de dagelijkse drugsomzet, en was in aanwezigheid van deze medewerker het kasgeld geteld. Het Hof had de verklaring en de telling van het geld als bewijsmiddelen buiten beschouwing gelaten, omdat de coffeeshophouder niet aanwezig was bij het bedrijfsbezoek en de medewerker hem niet mocht contacteren. De Hoge Raad erkende deze mogelijkheid impliciet maar duidde de reikwijdte daarvan niet nader aan. Hij overwoog:

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.

- 3.11 Ter motivering van zijn oordeel wijst de Hoge Raad op door de A-G geciteerde parlementaire toelichting, die als volgt luidt:

Kamerstuk 21 287, nr. 3, blz. 18 (memorie van toelichting):

(...) Er kan geen sprake zijn van een onbegrensde bevoegdheid van de fiscus inlichtingen in te winnen bij personeel van een natuurlijke persoon of een lichaam waarbij een controle wordt ingesteld. Wat de belangen van natuurlijke personen betreft, moet onnodige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer vermeden worden. Het verkrijgen van gegevens of inlichtingen moet niet het karakter krijgen van een verhoor in het kader van de strafvervolgning. In eerste aanleg behoren diegenen aangesproken te worden die verantwoordelijk zijn voor de naleving van de fiscale verplichtingen: in de eenmanszaak de ondernemer in kwestie, in een maatschap de maten, bij een rechtspersoon de bestuurders. Het is ook doelmatiger dat eventuele nadere informatie wordt gegeven door - door de ondernemer of bestuurder aan te wijzen - ter zake deskundige personeelsleden dan door betrekkelijk willekeurige, mogelijk onvolledig op de hoogte zijnde, employé(e)s. Degenen die verantwoordelijk zijn voor de nakoming van de verplichtingen ten dienste van de belastingheffing verlenen, kortom, de medewerking die de inspecteur voor de kennisneming van feiten die van belang kunnen zijn voor de belastingheffing nodig heeft (...).

²⁰ HR 27 september 2002, nr. 36 676, ECLI:NL:PHR:2002:AD8780, na conclusie A-G Van Kalmthout, BNB 2003/13 met noot Feteris.

Kamerstuk 21 287, nr. 5, blz. 15 (memorie van antwoord):

(...) Niettemin meen ik dat er goede redenen zijn terughoudendheid te betrachten bij het stellen van vragen aan personeel. Die terughoudendheid ligt in de huidige wet besloten in die zin dat deze geen alomvattende en op een ieder van toepassing zijnde inlichtingenverplichting bevat.

Het voorgaande sluit uiteraard niet uit dat aan een ieder vragen kunnen worden gesteld - zonder dat altijd een verplichting tot antwoorden bestaat - om kennis te verwerven die van belang kan zijn voor de belastingheffing. Daarbij zal de fiscus bij personeelsleden van degenen die verantwoordelijk zijn voor de juiste nakoming van de belastingverplichtingen zeer behoedzaam zijn, als uitvloeisel van de beginselen van behoorlijk bestuur. Ik acht een dergelijk behoedzaam beleid gepast om een open en eerlijke verstandhouding met de justitiabelen te bevorderen en om te voorkomen dat de grens met een strafrechtelijk onderzoek - met de betrokken personeelsleden in de positie van getuige - vervaagt.

- 3.12 Volgens *Feteris* kan bij buitenwettelijke informatievergaring gedacht worden aan kennisneming van openbaar toegankelijke bronnen en aan waarnemingen op openbaar toegankelijke plaatsen.²¹ In zijn noot bij het arrest schrijft *Feteris* dat, howel de Hoge Raad geen norm formuleert, de de beginselen van behoorlijk bestuur waarschijnlijk de grenzen bepalen van de mogelijkheden om informatie te verkrijgen zonder ene beroep te doen op een wettelijke bevoegdheid.²²

6. In dit arrest erkent de Hoge Raad bij mijn weten voor het eerst de mogelijkheid dat de inspecteur informatie krijgt zonder een beroep te hoeven doen op een wettelijke bevoegdheid. In het strafrecht had de Hoge Raad al eerder binnen zekere grenzen de mogelijkheid aanvaard dat de politie gebruikmaakt van onderzoeksmethoden en - technieken zonder dat daarvoor een wettelijke basis is te vinden in het Wetboek van Strafvordering. De Hoge Raad verbindt hieraan de voorwaarde dat geen ontoelaatbare inbreuk wordt gemaakt op fundamentele rechten, waarbij met name valt te denken aan het recht op de persoonlijke levenssfeer (HR 19 december 1995, NJ 1996, 249, Charles Z., r.o. 6.4.3). De mogelijkheid van onderzoekshandelingen zonder dat daarvoor een wettelijke basis bestaat is ook erkend in de bestuursrechtelijke literatuur over de bevoegdheden van toezichthouders.²³

In dit geval overschreed de inspecteur de grenzen van zijn mogelijkheden om informatie te verkrijgen zonder een beroep te hoeven doen op een wettelijke bevoegdheid. De Hoge Raad formuleert echter geen norm aan de hand waarvan men kan bepalen hoever de fiscus hierin mag gaan. Beginselen van behoorlijk bestuur, met name het zorgvuldigheidsbeginsel, zullen waarschijnlijk maatgevend zijn, al is de normering daarmee nog niet veel helderder gemaakt. Bij vragen aan personeelsleden van de gecontroleerde die door hun werkgever niet als contactpersoon voor de fiscus zijn aangewezen, is mijns inziens grote terughoudendheid geboden. Het - onverplicht - geven van antwoorden zal hen voor arbeidsrechtelijke problemen kunnen plaatsen. Daar komt bij dat veel personeelsleden zich niet zullen realiseren dat zij niet verplicht zijn te antwoorden op vragen van de fiscus over de belastingplicht van hun werkgever. Het is daarom raadzaam dat de Belastingdienst het personeelslid, als er al vragen worden gesteld, ten minste erop wijst dat er geen verplichting tot antwoorden bestaat.²⁴

7. De formulering 'zonder een beroep te behoeven doen op een wettelijke bevoegdheid' zou de indruk kunnen wekken dat deze mogelijkheid ook bestaat in situaties waarin de inspecteur wel over een wettelijke bevoegdheid beschikt om de informatie te vragen. Op

²¹ M.W.C. Feteris, *Formeel belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 274.

²² BNB 2003/13.

²³ Voetnoot in origineel: "Zie L.J.J. Rogier, Nalevingtoezicht, 's-Gravenhage 2002, blz. 48: 'Voor het stellen van puur informatieve vragen heeft de toezichthouder geen bevoegdheden nodig. Dat kan iedereen.'"

²⁴ Voetnoot in origineel: "Vergelijk ook L.J.A. Heijtel en R.N.J. Karmerling, Aangeslagen, Deventer 1992, blz. 31, naar aanleiding van vragen van een inspecteur aan particulieren over hun glazenwasser: 'In feite moet hij (de inspecteur, MF) ... duidelijk zeggen dat de belastingbetaler niet hoeft mede te werken, maar dat die medewerking wel degelijk op prijs wordt gesteld.'"

grond van art. 47, eerste lid, AWR is iedereen verplicht om 'desgevraagd' informatie aan de inspecteur te verstrekken die voor zijn eigen belastingplicht van belang kan zijn. Betekent de formulering van de Hoge Raad nu dat de inspecteur die informatie ook aan de belastingplichtige kan vragen zonder dat art. 47 AWR in beeld komt, zeg maar op informele wijze? Dat zou betekenen dat de verplichting tot informatieverstrekking en de daaraan gekoppelde sancties, zoals omkering van de bewijslast, pas in beeld komen als de inspecteur zich op deze wettelijke regeling beroept. Die gevolgtrekking lijkt mij niet juist. De belastingplichtige moet de informatie 'desgevraagd' verstrekken. De vraag van de inspecteur is dus al voldoende om de verplichting tot medewerking in het leven te roepen, ook wanneer de inspecteur niet duidelijk maakt dat hij de vraag op grond van een wettelijke bevoegdheid stelt

C Informatievergaring door de Belastingdienst en het recht op privacy van artikel 10 Gw en 8 EVRM

3.13 De (buiten)wettelijke mogelijkheden tot informatievergaring en verdere verwerking van persoonsgegevens door overheidsinstanties als de Belastingdienst worden, naast de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, begrensd door de artikelen 10 Gw en artikel 8 EVRM (het recht op privacy).²⁵ Laatstgenoemde bepaling heeft, als van rechtstreekse werking, op grond van artikel 94 Gw voorrang in onze nationale rechtsorde.

3.14 Artikel 8 EVRM luidt:

1. Een ieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.
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.

3.15 Het toetsingskader van artikel 8 EVRM bestaat uit verschillende onderdelen. Eerst moet worden getoetst of de betreffende handeling van het overheidsorgaan een inmenging is op het recht van privacy.

3.16 Of een handeling een inbreuk vormt op de persoonlijke levenssfeer, hangt af van de vraag of de betrokkene mocht verwachten onbevangen zichzelf te kunnen zijn. Oftewel; van de vraag wat de 'person's reasonable expectations as to privacy' zijn.²⁶

²⁵ Het recht op bescherming van privacy wordt tevens beschermd door het EU-Handvest. Artikel 7 van het Handvest bepaalt: "Eenieder heeft recht op eerbiediging van zijn privé-leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn communicatie." Artikel 8 bepaalt: "1. Eenieder heeft recht op bescherming van zijn persoonsgegevens. 2. Deze gegevens moeten eerlijk worden verwerkt, voor bepaalde doeleinden en met toestemming van de betrokkene of op basis van een andere gerechtvaardigde grondslag waarin de wet voorziet. Eenieder heeft recht van inzage in de over hem verzamelde gegevens en op rectificatie daarvan. 3. Een onafhankelijke autoriteit ziet erop toe dat deze regels worden nageleefd."

²⁶ Zie bijv. EHRM 25 september 2001, no. 44787/98, § 56, ECHR 2001-IX, *J.H. v. the United Kingdom*.

- 3.17 Is sprake van een inbreuk, dan vereist artikel 8 EVRM dat deze (i) bij de wet is voorzien en (ii) noodzakelijk is in een democratische samenleving. De inbreuk moet bovendien in het belang zijn van (a) de nationale veiligheid, (b) de openbare veiligheid of (c) het economisch welzijn van het land, (d) het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, (e) de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of (f) voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Legaliteitsvereiste ('lawfulness')

- 3.18 Het legaliteitsvereiste omvat twee voorwaarden. De eerste is dat de inbreuk op het recht gebaseerd moet zijn op de wet. Onder de term 'wet' worden overigens niet alleen wetten in formele zin, maar ook regelgeving in materiële zin begrepen.²⁷ De tweede is dat de belastingplichtige moet beschikken over een rechtsmiddel om zich tegen de inbreuk op het beschermde recht te verzetten.²⁸

- 3.19 In verschillende arresten heeft het EHRM invulling gegeven aan de eis dat de inbreuk bij wet moet zijn voorzien ('prescribed by law').²⁹ Het EHRM oordeelde in het arrest *Sunday Times* in 1979:³⁰

Firstly, the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. Secondly, a norm cannot be regarded as a 'law' unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able – if need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice.

- 3.20 De wetgeving moet dus voldoende toegankelijk (*accessible*), voorzienbaar (*foreseeable*) en precies (*sufficient precision*) zijn.

- 3.21 Ter zake van de toegankelijkheidseis wijs ik onder meer op het arrest *Kahn*, waarin het EHRM oordeelde dat afuisterpraktijken door de Britse overheid niet geschieden

²⁷ Zie bijv. EHRM 8 juli 1999, no. 23536/94 en 24408/94, EHRM 17 november 2005, no. 56720/00 en EHRM 10 oktober 2006, no. 40403/02. Zie ook HR 25 juni 1963, NJ 1964, 239.

²⁸ Zie EHRM 24 november 2005, no. 49429/99 (*Capital Bank AD*).

²⁹ Zie bijvoorbeeld EHRM 26 april 1979, no. 6538/74, ECLI:NL:XX:1979:AC6568 (*Sunday Times*), EHRM 9 november 1999, no. 26449/95 (*Spacek*), EHRM 12 mei 2000, nr. 35394/00 (*Kahn*), EHRM 22 november 1994, no. 13616/88 (*Hentrich*) en EHRM 14 oktober 2010, no. 23759/03 en 37943/06 (*Shchokin*).

³⁰ EHRM 26 april 1979, no. 6538/74, ECLI:NL:XX:1979:AC6568.

in 'accordance with the law', omdat de regels dienaangaande waren opgenomen in richtlijnen ('Home Office Guidelines') die 'neither legally binding nor directly publicly accessible' waren.³¹

- 3.22 De voorzienbaarheidseis brengt onder meer mee dat de (wettelijke) gevolgen van bepaalde handelingen van betrokkenen in een bepaalde mate voorzienbaar moeten zijn. Het EHRM omschrijft dit als volgt:³²

(...) the law must be sufficiently clear in its terms to give individuals an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which public authorities are entitled to resort to such covert measures.

- 3.23 Uit dit arrest volgt tevens dat de eis dat de inbreuk voldoende precies in de wet moet zijn omschreven, een waarborg inhoudt tegen willekeurige inbreuken van de overheid op de door het EVRM beschermde rechten.

- 3.24 Gerards schrijft over het vereiste van een basis in het nationale recht:³³

Een eerste, fundamenteel onderdeel van het legaliteitsvereiste zoals het Hof dat heeft ontwikkeld, is de eis dat de beperking enige basis heeft in het nationale recht. Afhankelijk van de relevante uitzonderingsclausule wordt dit geformuleerd als een vereiste dat sprake is van een 'basis in domestic law', of van 'lawfulness' van de inbreuk. Dit vereiste staat dan nog los van de kwaliteit van die wettelijke basis, die wordt beoordeeld aan de hand van de vereisten van toegankelijkheid en voorzienbaarheid (...). Het gaat er bij het vereiste van een wettelijke basis vooral om dat de staat kan aantonen dat *enige* wettelijke basis voorhanden is. Wel is vereist dat deze wettelijke basis daadwerkelijk is gericht op de beperking van het recht in kwestie. Het Hof heeft in dit verband vaak moeite met het gebruik van heel algemeen geformuleerde bevoegdheidsgrondslagen, zoals blijkt uit *P.G. & J.H. t. VK* (2001).³⁴ Daarin werd het plaatsen van af luisterapparatuur gebaseerd op de algemene bevoegdheid van politie om bewijs te verzamelen, omdat een specifiekere grondslag op het relevante moment nog ontbrak.

- 3.25 Gerards e.a. schrijven over het vereiste dat de inmenging bij wet moet zijn voorzien:³⁵

Dit betekent dat de nationale wetgeving een grondslag voor de inmenging dient te bieden waarbij wordt voldaan aan de rechtstatelijke vereisten. De grondslag hoeft geen wet in formele zin te zijn. In bepaalde gevallen kan zelfs standaardjurisprudentie als een afdoende grondslag worden aangemerkt. (...)

Van belang is dat de wettelijke grondslag voor de betrokkene toegankelijk is en dat hij kan voorzien wat de consequenties van de wettelijke bepaling in zijn specifieke geval zullen zijn, zodat hij zijn gedrag erop af kan stemmen.³⁶ Deze eisen van toegankelijkheid en voorzienbaarheid kunnen onder stringente voorwaarden worden verzacht in het geval van heimelijk toezicht, waarbij het in beginsel juist niet wenselijk is dat de persoon zijn gedrag aanpast omdat het doel van een dergelijke maatregel vaak het aantonen van dat gedrag

³¹ EHRM 12 mei 2000, no. 35394/97 (*Kahn*).

³² EHRM 2 augustus 1984, no. 8691/79 (*Malone*).

³³ J. Gerards, *EVRM – algemene beginselen*, Den Haag: Sdu 2011, p. 115.

³⁴ Voetnoot in origineel: "P.G. & J.H. t. VK (EHRM 25 september 2001, nr. 44787/98, *Reports* 2001-IX, EHRC 2001/76 m.nt. T. Spronken, NJ 2003, 670 m.nt. E.J. Dommering."

³⁵ Gerards e.a., *Grondrechten. De nationale, Europese en internationale dimensie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013, p. 165.

³⁶ Voetnoot in origineel: "Zie onder meer: EHRM 27 april 1979, nr. 6538/74 (*Sunday Times/Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 4 mei 2000, nr. 28451/96 (*Rotaru/Roemenië*), § 2."

behelst.³⁷ De beperking van de voorzienbaarheid brengt echter een risico van willekeur met zich. Daarom heeft het Hof een aantal minimumvoorwaarden vastgelegd waaraan de toepassing van heimelijke maatregelen moet voldoen. Zo dient een betrokkene te weten wanneer heimelijk toezicht kan worden ingezet en welke procedurele waarborgen in acht worden genomen.³⁸ De eisen die het Hof daarbij stelt zijn strikt waar het gaat om alle elementen van gegevensverwerking: verzameling, opslag, opslagduur, gebruik en toegang voor derden. Dat geldt zeker waar het gevoelige gegevens betreft, zoals gegevens over iemands strafblad, en de feiten waarvoor deze gegevens verzameld zijn verder in het verleden liggen. (...).

3.26 Meussen en Dijkstra schrijven over het legaliteitsvereiste in verhouding tot de administratieverplichtingen uit de AWR:³⁹

In de praktijk is het [legaliteitsvereiste] zelden in geschil tussen partijen als het op het al dan niet voldoen aan deze voorwaarden aankomt. In de SMSParking zaak voorziet bijvoorbeeld art. 53 AWR in de wettelijke grondslag. Maar zoals dit vereiste aangeeft, hoeft het niet om een wettelijke regeling te gaan; ook ongeschreven recht en lagere wet- en regelgeving kan volstaan voor dit vereiste. Een eenvoudige toetsing zal volstaan, hoewel in de loop der tijd het EHRM wel enige subvereisten aan de eis van de wettelijke grondslag heeft toegevoegd.⁴⁰ Hierbij valt te denken aan te mate waarin de regeling inzichtelijk is voor de belanghebbende(n) (*openbaarheid*) en of deze mag verwachten dat de regeling in een inbreuk op zijn recht op privacy voorziet (*voorzienbaarheid*). Het conglomeraat van deze deelveisen op het vereiste van een wettelijke grondslag, vormt feitelijk een weergave van het belang dat het EHRM stelt in de rule of law. Doordat het EHRM een aanzienlijke discretionaire bevoegdheid toekent aan de staat, is tussen partijen het al dan niet voldoen aan het eerste deelveiste voor de inbreuk op het recht op privacy, meestal niet in geschil.

3.27 De Haas betwijfelt of de artikelen 53 en 55 AWR een toereikende wettelijke grondslag zijn voor het stellen van serievragen⁴¹ door de Belastingdienst:⁴²

Het is maar zeer de vraag of art. 53 en 55 AWR een dergelijke deugdelijke basis vormen voor een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. Deze artikelen bieden immers geen mogelijkheid om in rechte tegen de informatievergaring op te komen, nu een rechtsingang ontbreekt. Er vindt pas een rechterlijke toets plaats als de derde weigert de gegevens te verstrekken en de Belastingdienst vervolgens een civiel kort geding start. In EHRM 14 maart 2013, no. 24117/08 (Bernh Lahrsen) is bepaald dat een voorafgaand rechterlijk bevel weliswaar niet is vereist, maar daarbij is wel de voorwaarde gesteld dat het toepassingsbereik van een regeling beperkt is en dat een rechter in ieder geval achteraf de zaak kan beoordelen. Gelet op deze uitspraak lijkt het mij sterk dat onze wetgeving aan art. 8 EVRM voldoet. Dit overigens nog los van de vraag of de brede verzoeken wel proportioneel zijn en een redelijk klein afgebakend doel kennen.

3.28 Volgens Gerards gaat het EHRM er in het algemeen van uit dat regels die op behoorlijke wijze zijn gepubliceerd, aan het vereiste van toegankelijkheid voldoen, en

³⁷ Voetnoot in origineel: "Zie onder meer: EHRM 26 augustus 1987, nr. 9248/81 (*Leander/Zweden*), § 51."

³⁸ Voetnoot in origineel: "EHRM 29 juni 2006 (onv.), nr. 54934/00 (*Weber en Saravial/Duitsland*)."

³⁹ G.T.K. Meussen en C.M. Dijkstra, 'The law ought to limit every Power it gives: art. 53 AWR versus 8 EVRM (recht op privacy)', *WFR* 2016/37.

⁴⁰ Voetnoot in origineel: "EHRM 15 maart 1996, nr. 23224/94 (*Kopp*)."

⁴¹ Dijkstra omschrijft serievragen als vragen 'over een in omvang niet beperkt aantal of geïndividualiseerde belastingplichtigen en over (mogelijk) meerdere (boek)jaren'. Zie C.M. Dijkstra, *Privacybescherming bij derdenonderzoek ex art. 53 AWR* (scriptie Radboud Universiteit Nijmegen), 2015.

⁴² P. de Haas, 'Gegevensvergaring door de fiscus versus het recht op privacy', *V-N* 2014/14.0.

mag ervan worden uitgegaan dat voor zover regels zich richten op een meer algemeen publiek, ze meer algemeen en gemakkelijker toegankelijk moeten zijn.⁴³

Noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit

3.29 De noodzakelijkheidseis wordt mede ingevuld aan de hand van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. In deze beginselen ligt besloten de eis dat de regeling omkleed moet zijn met juridische waarborgen om misbruik van de regeling door de staat te voorkomen.⁴⁴

3.30 Gerards e.a. schrijven over het proportionaliteitsvereiste:⁴⁵

Daarbij dient de maatregel proportioneel te zijn: de inbreuk op de privacy van de betrokkene mag niet onevenredig zijn in verhouding met het doel dat met de verwerking wordt verwezenlijkt. Het proportionaliteitsbeginsel vergt ook dat er steeds een belangenafweging plaatsvindt, waarbij gekeken moet worden naar de omstandigheden van het geval, het algemeen belang en de op het spel staande belangen van het individu.⁴⁶ Op dit punt komt aan de verdragsstaten volgens vaste rechtspraak van het Hof een *margin of appreciation* toe.

(...) Bij de invulling van het proportionaliteitsvereiste kunnen verder diverse elementen een rol spelen. Hierbij is van belang dat het noodzakelijkheidsbegrip soms ook met zich brengt dat er actief maatregelen dienen te worden genomen om misbruik van gegevens te voorkomen.⁴⁷

Een ander element dat in de belangenafweging een rol kan spelen is de aan- of afwezigheid van de mogelijkheid voor de betrokkene om een inzage-, correctie- of verwijderingsrecht ten aanzien van zijn persoonsgegevens uit te oefenen. In de zaak *Leander* erkende het Hof dat in het licht van artikel 8 EVRM een inzage- en correctierecht moest worden geboden.⁴⁸ Zonder inzage zou een betrokkene immers zijn claim dat zijn gegevens in strijd met artikel 8 EVRM worden verwerkt, niet hard kunnen maken.

3.31 Een voorbeeld van een arrest van het EHRM waarin een bevoegdheidsuitoefening van de overheid niet aan het proportionaliteitsvereiste voldeed, is *Funke*. Uit dit arrest blijkt dat voor de vraag of een inbreuk proportioneel is, van belang is of de inbreuk met voldoende juridische waarborgen is omkleed.⁴⁹

57. (...) At the material time — and the Court does not have to express an opinion on the legislative reforms of 1986 and 1989, which were designed to afford better protection for individuals (see para. 29 above) — the customs authorities had very wide powers; in particular, they had exclusive competence to assess the expediency, number, length and scale of inspections. Above all, in the absence of any requirement of a judicial warrant the

⁴³ J. Gerards, *EVRM – algemene beginselen*, Den Haag: Sdu 2011, p. 119 en 120.

⁴⁴ Zie hiervoor de arresten *Funke* (EHRM 25 februari 1993, nr. 10828) en *Stés Colas Est* (EHRM 16 april 2003, nr. 37971/97).

⁴⁵ Gerards e.a., *Grondrechten. De nationale, Europese en internationale dimensie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013, p. 166.

⁴⁶ Voetnoot in origineel: "EHRM 19 juni 2006, nr. 35014/97 (*Hutten-Czapska/Polen*)."

⁴⁷ Voetnoot in origineel: "EHRM 2 december 2008, nr. 2872/02 (*K.U./Finland*)."

⁴⁸ Voetnoot in origineel: "EHRM 26 maart 1987, nr. 9248/81 (*Leander/Sweden*); zie ook EHRM 4 mei 2000, nr. 28341/95 (*Rotaru/Roemenië*) en EHRM 14 februari 2005, nr. 5786/00 (*Turek/Slowakije*).

⁴⁹ Zie EHRM 25 februari 1992, nr. SERIESAVOL256-A, ECLI:NL:XX:1993:AD1839, NJ 1993, 485 met noot Knigge. EZie ook *Stés Colas Est* 16 april 2002, nr. 37971/97, NJ 2003, 452.

restrictions and conditions provided for in law, which were emphasised by the Government (see para. 54 above), appear too lax and full of loopholes for the interferences with the applicant's rights to have been strictly proportionate to the legitimate aim pursued.

- 3.32 In verschillende arresten heeft de Hoge Raad ter zake van de in de AWR opgenomen administratieverplichtingen geoordeeld dat, zo het gebruik door de inspecteur van de bevoegdheden genoemd onder artikel 53 AWR⁵⁰ en artikel 47 AWR⁵¹ al een inbreuk is op de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene, deze inbreuk noodzakelijk is in de democratische rechtsorde in het belang van het economisch welzijn van het land.
- 3.33 In de zaak van hof 's-Hertogenbosch van 10 augustus 2014 kwam SMSParking, een bedrijf dat in Nederland diensten aanbiedt voor betaald parkeren, op tegen een verzoek van de Belastingdienst om klantgegevens te overhandigen. Tot deze gegevens behoorden onder meer kentekeninformatie, het tijdstip waarop en de tijdsduur gedurende welke een voertuig met een bepaald kenteken op een bepaalde plaats aanwezig was.⁵² Volgens het parkeerbedrijf was het verzoek in strijd met artikel 8 EVRM, met name met de hieraan ten grondslag liggende beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. Het hof stelde voorop dat:
- (...) uit de thans bekende jurisprudentie van de Hoge Raad niet lijkt te volgen dat het bevragen van een administratieplichtige op grond van artikel 47 AWR ook in de ruime zin een strijd oplevert met artikel 8 EVRM, nu een dergelijke inbreuk is gerechtvaardigd door de noodzaak in een democratische samenleving vanwege het belang van het economisch welzijn van het land. Verwezen kan onder meer worden naar HR 10 december 1974, BNB 1975/52 (Stad Rotterdam), en meer recent ook naar HR 28 januari 1998, BNB 1998/147 en HR 13 mei 2005, NJ 2005, 423.
- 3.34 Het hof oordeelde vervolgens dat, omdat het verzoek van de Belastingdienst van belang was voor een grote hoeveelheid voertuigen en alleen gegevens die fiscaal relevant kunnen zijn (i.e. van zakelijk gebruikte auto's) zijn opgevraagd, de uitoefening van de controlebevoegdheid door de Belastingdienst voldoet aan beginsel van proportionaliteit.⁵³ Omdat daarnaast andere methoden, zoals het door

⁵⁰ De Hoge Raad oordeelde in zijn arrest van 10 december 1974, nr. 67574 (Stad Rotterdam), ECLI:NL:HR:1974:AB4412, na conclusie A-G Remmelink, BNB 1975/2 met noot Van Duyn over het artikel 53 AWR: "O. dat toch, voor zover artikel 49, lid 1, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen al geacht kan worden de uitoefening van het in artikel 8, lid 1, van het verdrag gewaarborgde recht op "respect for his private and family life... and his correspondence" te beperken, zulks ingevolge het bepaalde in het tweede lid van dat verdragsartikel wordt toegestaan, nu zodanige beperking kan worden aangemerkt als "necessary in a democratic society in the interest of the economic well-being of the country"; dat derhalve ook dit middel geen doel treft; (...)".

⁵¹ Zie het arrest van 28 mei 1986, nr. 23 784, ECLI:NL:HR:1986:AW8017, BNB 1986/238 met noot Scheltens, waarin de Hoge Raad oordeelde dat "zo artikel 47 van voormelde Wet al geacht moet worden de uitoefening van het door artikel 8, lid 1, van eerstgenoemd Verdrag gewaarborgde recht te beperken, die beperking kan worden aangemerkt als "necessary in a democratic society in the interest of the economic well-being of the country" in de zin van lid 2 van dat artikel."

⁵² Hof 's-Hertogenbosch 19 augustus 2014, nr. HD 200.139.173_01, ECLI:NL:GHSHE:2014:2803, V-N 2014/43.6 met aantekening van de Redactie, NTFR 2014/2163 met commentaar Thomas.

⁵³ Zie r.o. 3.5.3.

de Belastingdienst zelf laten fotograferen, minstens zo belastend en bovendien arbeidsintensiever zouden zijn dan het onderhavige verzoek, was het inzetten van het controlemiddel volgens het hof bovendien niet in strijd met het beginsel van subsidiariteit. Het parkeerbedrijf had volgens het hof daarom geen gerechtvaardigd belang het informatieverzoek te weigeren.

D De Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp)

- 3.35 De Wbp geeft uitvoering aan de artikelen 8 EVRM en 10, lid 3, van de Grondwet.⁵⁴ Deze wet is van toepassing op 'de geheel of gedeeltelijk geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, alsmede de niet geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens die in een bestand zijn opgenomen of die bestemd zijn om daarin te worden opgenomen'.⁵⁵ Ook de verwerking van persoonsgegevens door de Belastingdienst zal moeten voldoen aan de voorwaarden die hieraan in de Wbp worden gesteld.⁵⁶
- 3.36 De Wbp is van toepassing op de verwerking van persoonsgegevens, ongeacht of de handeling een inbreuk vormt op de persoonlijke levenssfeer.⁵⁷
- Het wetsvoorstel geeft (...) de betrokkene aanspraken met betrekking tot de verwerking van hem betreffende gegevens, ongeacht de vraag of er sprake is van een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer.
- 3.37 De Wbp verstaat onder gegevensverwerking 'het verzamelen, vastleggen, ordenen, bewaren, bijwerken, wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiding of enige andere vorm van terbeschikkingstelling, samenbrengen, met elkaar in verband brengen, alsmede het afschermen, uitwissen of vernietigen van gegevens'.⁵⁸
- 3.38 De Wbp bepaalt dat persoonsgegevens in overeenstemming met de wet en op behoorlijke en zorgvuldige wijze moeten worden verwerkt (artikel 6). Zij mogen alleen

⁵⁴ Deze bepaling luidt: "De wet stelt regels inzake de aanspraken van personen op kennisneming van over hen vastgelegde gegevens en van het gebruik dat daarvan wordt gemaakt, alsmede op verbetering van zodanige gegevens."

⁵⁵ Zie artikel 2, lid 1, Wbp.

⁵⁶ Hierbij merk ik reeds op dat in het belastingrecht alleen bezwaar en beroep bij de belastingrechter kan worden ingesteld indien er sprake is van een 'voor bezwaar vatbare beschikking' (het gesloten stelsel van rechtsmiddelen). De vraag of de Belastingdienst persoonsgegevens in overeenstemming met de Wbp heeft verwerkt, kan – nu zodanige beschikkingen in de onderhavige gevallen niet voorliggen – dan ook hoogstens marginaal worden getoetst. De uitkomst van deze toets kan wel van belang zijn voor de vraag of de inspecteur de verkregen gegevens mag gebruiken bij het opleggen van de aanslag.

⁵⁷ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 7 (MvT).

⁵⁸ Artikel 1, onder b, Wbp.

worden verzameld voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden (artikel 7)⁵⁹ en mogen niet verder worden verwerkt op een wijze die onverenigbaar is met de doeleinden waarvoor ze zijn verkregen (artikel 9). Zij mogen voorts alleen worden verwerkt voor zover zij, gelet op deze doeleinden, toereikend, ter zake dienend en niet bovenmatig zijn (artikel 11).

3.39 Artikel 8 Wbp bevat een limitatieve opsomming van gronden die gegevensverwerking in een bepaald geval rechtvaardigen. Deze bepaling luidt, voor zover van belang:

Persoonsgegevens mogen slechts worden verwerkt indien:

(...) c. de gegevensverwerking noodzakelijk is om een wettelijke verplichting na te komen waaraan de verantwoordelijke onderworpen is;

(...) e. de gegevensverwerking noodzakelijk is voor de goede vervulling van een publiekrechtelijke taak door het desbetreffende bestuursorgaan dan wel het bestuursorgaan waaraan de gegevens worden verstrekt (...).⁶⁰

3.40 Onderdeel c is door de bewindsman als volgt toegelicht:⁶¹

De wettelijke verplichting waarop onderdeel c ziet, zal in de praktijk doorgaans betrekking hebben op het vastleggen of bewaren van gegevens of het verstrekken daarvan aan derden. Als voorbeeld kan worden gewezen op de verplichting ingevolge artikel 47 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen⁶² de inspecteur te voorzien van alle gegevens die van belang kunnen zijn voor de belastingheffing te zijnen aanzien.

3.41 Verzamelde persoonsgegevens mogen niet langer worden bewaard in een vorm die het mogelijk maakt de betrokkene te identificeren, dan noodzakelijk is voor de verwerking van de doeleinden waarvoor zij zijn verzameld of vervolgens worden verwerkt (artikel 10, lid 1).

⁵⁹ In de parlementaire toelichting wordt hierover opgemerkt: "(...) er moet sprake zijn van een welbepaald doel dat echter tevens gerechtvaardigd dient te zijn (waartoe het belang van de verantwoordelijke redelijkerwijs aanleiding geeft en dat niet in strijd is met de wet, openbare orde of de goede zeden)" (*Kamerstukken II* 1997/98, 25 892 (Wet bescherming persoonsgegevens), nr. 3, p. 78 (MvT)).

⁶⁰ Dit onderdeel is in de parlementaire toelichting toegelicht als volgt: "Een taak is publiekrechtelijk indien deze is gebaseerd op een speciaal voor het openbaar bestuur bij of krachtens de wet geschapen grondslag. In de regel gaat een uitoefening van een overheidstaak gepaard met op een publiekrechtelijke grondslag gebaseerde bevoegdheden. (...) Daarnaast gaat het in onderdeel e om een gegevensverwerking in het belang van een publiekrechtelijke taak die wordt uitgeoefend door het desbetreffende bestuursorgaan of het bestuursorgaan waaraan de gegevens worden verstrekt." *Kamerstukken II* 1997/98, 25 892 (Wet bescherming persoonsgegevens), nr. 3, p. 84 (MvT). De toelichting vermeldt voorts: "Het verschil tussen onderdelen c en e blijkt onder meer uit de omstandigheid dat de betrokkene enkel recht heeft zich tegen een verwerking te verzetten in geval de verwerking noodzakelijk is ter vervulling van een publiekrechtelijke taak."

⁶¹ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 892 (Wet bescherming persoonsgegevens), nr. 3, p. 83 (MvT).

⁶² Deze bepaling luidt: "1. Ieder is gehouden desgevraagd aan de inspecteur: a. de gegevens en inlichtingen te verstrekken welke voor de belastingheffing te zijnen aanzien van belang kunnen zijn; b. de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers of de inhoud daarvan - zulks ter keuze van de inspecteur - waarvan de raadpleging van belang kan zijn voor de vaststelling van de feiten welke invloed kunnen uitoefenen op de belastingheffing te zijnen aanzien, voor dit doel beschikbaar te stellen. 2. Ingeval de belastingwet aangelegenheden van een derde aanmerkt als aangelegenheden van degene die vermoedelijk belastingplichtig is, gelden, voor zover het deze aangelegenheden betreft, gelijke verplichtingen voor de derde. (...)."

- 3.42 De verwerking van persoonsgegevens door een bestuursorgaan moet vooraf worden gemeld aan het College bescherming persoonsgegevens (hierna: CBP).⁶³ Deze instantie houdt toezicht op naleving van de Wbp.
- 3.43 De Belastingdienst heeft op zijn website een brochure gepubliceerd waarin melding wordt gemaakt van de wijze waarop en voorwaarden waaronder door de Belastingdienst persoonsgegevens worden verwerkt.⁶⁴ Doel van de gegevensverwerking door de Belastingdienst is volgens de brochure 'te beschikken over gegevens die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van aan de Belastingdienst bij wet opgedragen taken en opgelegde verplichtingen, zoals de heffing van rijksbelastingen'.⁶⁵
- 3.44 De brochure maakt voorts melding van categorieën informatie (identificatiegegevens, persoonlijke gegevens, adresseringsgegevens, overige gegevens en fiscale heffingsgegevens) en specifieke gegevens (e.g. rittenadministraties) die door de Belastingdienst voor het hiervoor genoemde doel worden verwerkt.
- 3.45 Behalve tot het CBP, kunnen betrokkenen bij vermeende schending van de regels uit de Wbp zich wenden tot de burgerlijke of de bestuursrechter. Met betrekking tot de toegang tot de bestuursrechter is opgemerkt dat beslissingen van bestuursorganen die zij nemen in hun hoedanigheid van verantwoordelijke, naar aanleiding van een op de Wbp gebaseerd verzoek van de betrokkene, aangemerkt worden als besluiten in de zin van de Awb.⁶⁶

(...) Zowel de bestuursrechter als de burgerlijke rechter hebben een taak. Concreet betekent dit dat beslissingen van bestuursorganen in hun hoedanigheid van verantwoordelijke naar aanleiding van een op de wet gebaseerd verzoek van de betrokkene – bijvoorbeeld een weigering van een verzoek om inzage of correctie – in bestuursrechtelijke zin als besluit zullen gelden. Op grond van de Awb staat daartegen bezwaar en beroep open. Met deze benadering wordt ook een betere aansluiting

⁶³ Artikel 27 Wbp. Vanaf 1 januari 2016 is het toezichthoudende orgaan de 'Autoriteit Persoonsgegevens'. In deze conclusie zal worden uitgegaan van de wettekst die gold tot 1 januari 2016.

⁶⁴ Brochure van de Belastingdienst inzake 'Verwerking van persoonsgegevens door de Belastingdienst en de FIOD, geactualiseerd op 30 augustus 2013. Bron: http://download.belastingdienst.nl/belastingdienst/docs/meldingen_belastingdienst_2008_al5303z4fd.pdf. De brochure vermeldt: "Op grond van artikel 27 Wet bescherming persoonsgegevens (hierna: Wbp) moeten verwerkingen van persoonsgegevens worden gemeld bij het College bescherming persoonsgegevens of bij de functionaris voor de gegevensbescherming (hierna: Fg). (...) Met dit formulier worden deze verwerkingen van persoonsgegevens gemeld bij de Fg van het ministerie van Financiën (...)."

⁶⁵ Het vermelden van het doel van de informatieverwerking is vereist ingevolge 7 Wpb (zie onderdeel 3.8), waarover in de parlementaire toelichting is opgemerkt: 'Uitdrukkelijk omschreven houdt in dat de verantwoordelijke het doel waarvoor hij verwerkt, moet hebben omschreven bij de melding die hij op grond van artikel 27 verplicht is te doen'. Zie *Kamerstukken II 1997/98*, 25 892 (Wet bescherming persoonsgegevens), nr. 3, p. 79 (MvT).

⁶⁶ *Kamerstukken II 1997/98*, nr. 25 892, nr. 3, p. 25-26 (MvT).

bewerkstelligd bij de Wet openbaarheid van bestuur, in het kader waarvan immers tegen vergelijkbare besluiten eveneens bezwaar en beroep openstaat.

Overigens verdient hier vermelding dat aanduiding van bedoelde beslissingen als een besluit in de zin van de Awb buiten de rechterlijke toetsing ook nog andere gevolgen heeft. Daarbij gaat het onder meer over de wijze waarop beslissingen moeten worden voorbereid. Zo volgt bijvoorbeeld uit de Awb dat voorafgaand aan de beslissing omtrent een verzoek om inzage in beginsel zowel de betrokkene zelf als eventuele derden-belanghebbenden moeten worden gehoord. De verplichting moet afhankelijk van de omstandigheden worden afgeleid uit artikel 4:8 of artikel 3:2 Awb.

Voor de private sector is er wat de rechtsbescherming betreft geen verandering, met dien verstande dat de thans geldende verzoekschriftprocedure bij de civiele rechter niet alleen openstaat voor de betrokkene maar voor alle belanghebbenden. Verwezen zij naar artikel 46 van het wetsvoorstel. Overigens kunnen ook hier vergelijkbare eisen aan de procedure worden gesteld die aan de rechterlijke toetsing voorafgaat. De maatschappelijke zorgvuldigheid kan met zich brengen dat de verantwoordelijke alvorens een beslissing te nemen omtrent bijvoorbeeld een verzoek om inzage de betrokkene en eventuele derden-belanghebbenden hoort. Het verlenen van inzage zonder dat derden die daarvan nadeel kunnen ondervinden in de gelegenheid zijn gesteld daarover hun opvatting kenbaar te maken, kan onder omstandigheden een onrechtmatige daad opleveren.

4 Het gebruik van onbevoegd verkregen informatie bij het opleggen van de aanslag

- 4.1 Informatie die onbevoegd door de inspecteur is verkregen, kan niet ter onderbouwing van de aanslag worden gebruikt. Dit blijkt, bijvoorbeeld, uit het arrest van de Hoge Raad van 10 februari 1988.⁶⁷ De inspecteur in deze zaak had boeken en bescheiden gevorderd van de belastingplichtige, overeenkomstig het bepaalde in de AWR, maar deed dit pas nadat door de belastingplichtige beroep bij de rechter was ingesteld. Onder verwijzing naar de beginselen van behoorlijk procesrecht, die onder meer meebrengen dat partijen in een rechtszaak als gelijken tegenover elkaar staan, oordeelde de Hoge Raad dat in deze fase van het proces de inspecteur niet (langer) bevoegd was de bevoegdheden uit de AWR te gebruiken, zodat deze gegevens onbevoegd waren verkregen en niet ter onderbouwing van de aanslag mochten worden gebruikt.
- 4.2 Een ander geval waarin informatie op onbevoegde wijze was verkregen en niet kon worden gebruikt bij het opleggen van de aanslag, deed zich voor in het arrest van de Hoge Raad van 4 november 1992.⁶⁸ In deze zaak had de inspecteur een op straat geparkeerde auto van een belastingplichtige aan een onderzoek onderworpen (i.e. de niet-afgesloten kofferbak van de auto geopend) zonder dat de belastingplichtige hierover in kennis was gesteld. Bij dit onderzoek werd in de kofferbak een gastank

⁶⁷ HR 10 februari 1988, nr. 23 925, ECLI:NL:HR:1988:ZC3761, *BNB* 1988/160 met noot Hofstra, *FED* 1988/273 met aantekening Wattel, *V-N* 1988/703, 4 met aantekening van de redactie.

⁶⁸ HR 4 november 1992, nr. 28 115, ECLI:NL:HR:1992:ZC515, *BNB* 1993/90 met noot Simons, *V-N* 1993/981.18 met noot van de Redactie, *FED* 1992/893 met noot Smit.

aangetroffen, terwijl de auto in het kentekenregister stond geregistreerd als bestemd om te worden voortbewogen op benzine. De inspecteur legde vervolgens een naheffingsaanslag op. Op de vraag of de inspecteur het betreffende bewijs op rechtmatige wijze had verkregen, oordeelde de Hoge Raad:

3.4 (...) Uit de omstandigheid dat de wet geen informatie- of toestemmingsverplichting kent, kan echter niet worden afgeleid dat in een geval als het onderhavige de houder van het motorrijtuig omtrent het voornemen van de belastingadministratie zijn motorrijtuig aan een onderzoek te onderwerpen, niet in kennis behoeft te worden gesteld. De onderzoeksbevoegdheid van artikel 15, lid 2, van de Wet⁶⁹ vindt immers haar begrenzing in algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en het zorgvuldigheidsbeginsel brengt mee dat de belastingadministratie, als zij een dergelijke bevoegdheid wenst uit te oefenen, zo enigszins mogelijk de houder van het motorrijtuig in kennis zal moeten stellen van haar voornemen zijn motorrijtuig aan een onderzoek te onderwerpen.

In casu staat evenwel vast dat de betrokken ambtenaar, toen hij het onderzoek wilde verrichten, belanghebbende niet heeft kunnen bereiken. Aangezien vaststaat dat belanghebbendes motorrijtuig toen was voorzien van een gasvuldop maar tegelijkertijd geregistreerd stond als bestemd om te worden voortbewogen op benzine, kan niet worden gezegd dat die ambtenaar enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur heeft geschonden door, zonder belanghebbende daarin te betrekken, de niet afgesloten kofferruimte van diens motorrijtuig te openen en het onderzoek onmiddellijk te verrichten om zo snel mogelijk nadere gegevens te verzamelen teneinde te verifiëren of zijn vermoeden dat het motorrijtuig bestemd was om te worden voortbewogen door een andere brandstof dan benzine, juist was. In een geval als het onderhavige, waarin aanwijzingen bestonden dat mogelijk niet de verschuldigde belasting was betaald, kan niet worden gezegd dat de ambtenaar, door dat onderzoek onmiddellijk te verrichten, een onaanvaardbare inbreuk op de privé-sfeer van belanghebbende heeft gemaakt.

- 4.3 Tot slot noem ik het arrest HR BNB 2003/13.⁷⁰ In deze zaak had de inspecteur tijdens een boekenonderzoek vragen gesteld aan een medewerker van een belastingplichtige, ten aanzien van wie het onderzoek plaats had, zonder dat hiervoor een wettelijke grondslag bestond. Het hof liet de op deze wijze verkregen informatie daarom buiten beschouwing. Het hof nam hierbij in aanmerking dat (i) het bezoek onaangekondigd plaatsvond, (ii) de inspecteur ter zitting geen opheldering kon verschaffen over de reden of de aanleiding van het bedrijfsbezoek, (iii) van het bezoek geen verslag was opgemaakt, (iv) de belastingplichtige niet bij het bedrijfsbezoek aanwezig was en (v) de betreffende werknemer geen contact met de belastingplichtige mocht opnemen. De Hoge Raad oordeelde dat de inspecteur de mogelijkheid om beschikking te verkrijgen over informatie, zonder een beroep te doen op een wettelijke bevoegdheid, te buiten was gegaan, en liet het oordeel van het hof in stand.

⁶⁹ In het tweede lid van artikel 15 van de Wet MB 1966 (tekst 1987) is bepaald dat de in wet bedoelde ambtenaren bevoegd zijn een motorrijtuig aan een onderzoek te onderwerpen en het voertuig daartoe naar een nabij gelegen plaats te voeren of te doen voeren (A-G).

⁷⁰ HR 27 september 2002, nr. 36 676, ECLI:NL:PHR:2002:AD8780, na conclusie A-G Van Kalmthout, BNB 2003/13 met noot Feteris.

- 4.4 In de voorgaande onderdelen ben ik ingegaan op gevallen waarin de inspecteur de informatie op onbevoegde wijze heeft verkregen. Een andere situatie is die waarin de inspecteur rechtmatig informatie heeft opgevraagd bij en verkregen van derden, maar deze derde de informatie onbevoegd heeft verkregen. Deze situatie heeft niet zonder meer tot gevolg dat de informatie niet door de inspecteur mag worden gebruikt bij het opleggen van de aanslag. Dit is alleen het geval als de inspecteur, door gebruik te maken van dat bewijs, in strijd handelt met enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, en meer in het bijzonder met het zorgvuldigheidsbeginsel (zie HR BNB 1992/306). Hiervan is in ieder geval sprake wanneer het bewijs is verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht (het 'zo zeer'-criterium).⁷¹
- 4.5 Een geval waarin het 'zo zeer'-criterium werd toegepast, is het arrest van de Hoge Raad van 21 maart 2008. In deze KB-Lux-zaak was aan de orde de vraag of de Belastingdienst van de Belgische overheid verkregen gegevens over zwartsparenders mocht gebruiken bij het opleggen van de aanslag. De Hoge Raad oordeelde:⁷²
- 3.4.1. Het Hof heeft geoordeeld dat indien al kan worden aangenomen dat de microfiches op strafrechtelijk onrechtmatige wijze verkregen zijn, de gegevens door de Nederlandse fiscus niet zijn verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht dat het gebruik van die gegevens ontoelaatbaar moet worden geacht. Het Hof heeft daartoe overwogen dat er geen enkele aanwijzing is dat de Belgische overheid zelf de hand heeft gehad in de ontvreemding van de microfiches en dat ook anderszins voor de Nederlandse belastingautoriteiten geen redenen bestonden om aan te nemen dat bij de verkrijging van de gegevens een zo fundamenteel recht van de daarin vermelde personen was geschonden dat het instellen van een nader onderzoek naar de fiscale relevantie van die gegevens ontoelaatbaar moest worden geoordeeld.
- 3.4.2. Het tegen dit oordeel gerichte onderdeel b van het tweede middel faalt. Mede gezien het arrest van de Hoge Raad (tweede kamer) van 14 november 2006, *NJ* 2007, 179, geeft 's Hofs oordeel geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Evenmin is het onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.
- 4.6 Dat het 'zo zeer'-criterium nog steeds opgeld doet, blijkt uit het arrest HR BNB 2015/173. De Hoge Raad oordeelde hierin geen aanleiding te zien terug te komen van het 'zo zeer'-criterium en van de rechtspraak die aan de hand daarvan tot ontwikkeling is gekomen.⁷³

⁷¹ HR 1 juli 1992, nr. 26 331, ECLI:NL:HR:1992:ZC5028, *BNB* 1992/306 met noot Den Boer.

⁷² HR 21 maart 2008, nr. 43 050, ECLI:NL:HR:2008:BA8179, *BNB* 2008/159 met noot Albert, *V-N* 2008/16.5 met noot van de Redactie, *NJB* 2008/769, *FutD* 2008/0608 met noot van de Redactie.

⁷³ HR 20 maart 2015, nr. 13/03959, ECLI:NL:HR:2015:643, na conclusie A-G Wattel, *BNB* 2015/173 met noot De Bont, *V-N* 2014/34.3 met aantekening van de redactie, *JB* 2015/66, *AB* 2015/187 met noot Stijnen, *JOR* 2015/169 met noot Affourtit en Mattheijer.

- 4.7 Naast het zorgvuldigheidsbeginsel, waar het 'zo zeer'-criterium een uitwerking van is, kan ook de toepassing van de beginselen van behoorlijk procesrecht in de weg staan aan het gebruik van het bewijs dat van derden is verkregen. Ik wijs op HR BNB 1992/387, waarin de Hoge Raad oordeelde dat strafrechtelijk verkregen bewijs, dat door een opsporingsinstantie was verkregen via een onderzoek dat niet was gericht op opsporing van een strafbaar feit, niet voor het opleggen van de aanslag mocht worden gebruikt. In dat geval is sprake van strijd met de beginselen van behoorlijk procesrecht. De Hoge Raad oordeelde.⁷⁴

3.3. Uit het in 3.2 overwogene volgt dat het niet in strijd is met de algemene beginselen van procesrecht dat de inspecteur van anderen dan de belastingplichtige zelf afkomstige gegevens en inlichtingen in het geding brengt die zijn verkregen in het kader van een tegen de belastingplichtige geopend strafrechtelijk opsporingsonderzoek ook niet als het initiatief voor dat onderzoek is uitgegaan van de inspecteur.

3.4. Van zodanige strijd is ook geen sprake als het gaat om gegevens en inlichtingen die in het kader van een tegen de belastingplichtige gericht strafrechtelijk opsporingsonderzoek van de belastingplichtige zelf zijn verkregen. Wel geldt hierbij de beperking dat indien de opsporingsinstantie van haar bevoegdheden gebruik zou hebben gemaakt om voor de belastingheffing van belang zijnde gegevens te verkrijgen, zonder dat het onderzoek was gericht op opsporing van een strafbaar feit, de aldus verkregen gegevens niet zouden mogen worden gebezigd. (...).

- 4.8 Den Boer schreef in zijn noot over de laatste volzin van r.o. 3.4:⁷⁵

Aangezien deze beperking geplaatst is in de context van een lopend strafrechtelijk opsporingsonderzoek, zou het dus alleen kunnen gaan om gegevens of inlichtingen die aantoonbaar buiten de verdenkingsfeer van het strafbare feit of de strafbare feiten zouden vallen. Voor zover deze gegevens of inlichtingen echter worden gebezigd voor een andere aanslag dan waarover een procedure loopt (denk aan een nog op te leggen aanslag over een volgend jaar), zal er geen sprake kunnen zijn van strijd met "algemene beginselen van procesrecht". Het moet dus gaan om die elementen van een in rechte bestreden aanslag waarvoor geen verdenking van een strafbare handeling bestaat (of kan bestaan). Dit zal nog wel eens tot een wat moeizame feitelijke afweging kunnen leiden.

In de noot op dit arrest in V-N 1992, blz. 3137, wordt nog een vraagteken geplaatst bij het feit dat de genoemde beperking niet is aangelegd aan het gebruik van in het kader van een oneigenlijk opsporingsonderzoek van anderen dan de belastingplichtige afkomstige gegevens. De plaatsing van de beperking in onderdeel 3.4, dat gaat over de belastingplichtige zelf, kan tot die vraag aanleiding geven. Of de getrokken conclusie echter geheel juist is, zal moeten worden afgewacht. Het zal dan moeten gaan om gegevens of inlichtingen die in het kader van een strafrechtelijk opsporingsonderzoek van derden zijn verkregen, zonder dat dit deel van het onderzoek was gericht op de opsporing van een strafbaar feit. Het lijkt moeilijk denkbaar dat die situatie zich vaak zal kunnen voordoen.

- 4.9 In ditzelfde arrest overwoog de Hoge Raad dat van strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het algemeen niet kan worden gesproken indien de inspecteur gebruikmaakt van bewijsmiddelen waarvan hij zonder wettelijke

⁷⁴ HR 23 september 1992, nr. 28 388, ECLI:NL:HR:1992:BH855, BNB 1992/387 met noot Den Boer, V-N 1992/3133.1 met noot van de Redactie, FED 1992/894 met noot Koopman.

⁷⁵ BNB 1992/287.

belemmering zelf kennis had kunnen nemen, ook indien de onrechtmatige handelingen van de betrokken derde niet hadden plaatsgevonden.⁷⁶

5 Informatieverzameling en -verstrekking door de Politie

- 5.1 De Politie is bij het verzamelen en verwerken van persoonsgegevens gebonden aan de Wet politiegegevens (de Wpg).⁷⁷ Evenals de Wbp geeft de Wpg uitvoering aan het in artikel 8 EVRM opgenomen recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven.⁷⁸ Dat voor het verwerken van politiegegevens een afzonderlijke wet is gecreëerd, is door de wetgever als volgt toegelicht:⁷⁹

Met het oog op deze bijzondere aspecten van de politietaak, wordt het wenselijk geacht voor de verwerking van politiegegevens een aparte regeling te treffen, die enerzijds meer ruimte biedt voor het gegevensverkeer binnen de politie en een meer geclausuleerd recht op kennisneming en correctie inhoudt dan mogelijk zou zijn onder het regime van de Wet bescherming persoonsgegevens en die anderzijds rekening houdt met de gevoeligheid van de gegevens.

- 5.2 Artikel 3 Wpg bepaalt, voor zover van belang:

1. Politiegegevens worden slechts verwerkt voor zover dit noodzakelijk is voor de bij of krachtens deze wet geformuleerde doeleinden.
2. Politiegegevens worden slechts verwerkt voor zover zij rechtmatig zijn verkregen en, gelet op de doeleinden waarvoor zij worden verwerkt, toereikend, terzake dienend en niet bovenmatig zijn.
3. Politiegegevens worden uitsluitend voor een ander doel verwerkt dan waarvoor zij zijn verkregen voor zover deze wet daar uitdrukkelijk in voorziet, deze verwerking niet onverenigbaar is met het doel waarvoor deze gegevens zijn verkregen en de verwerking voor dat andere doel overigens noodzakelijk is en in verhouding staat tot dat doel. De verdere verwerking is alleen mogelijk door personen en instanties die bij of krachtens de wet met het oog op een zwaarwegend algemeen belang zijn aangewezen. (...)

- 5.3 Ingevolge het eerste lid van voornoemd artikel mogen gegevens worden verwerkt voor zover dit noodzakelijk is voor de bij of krachtens deze wet geformuleerde doeleinden.⁸⁰ De toelichting vermeldt hierover:⁸¹

Het wetsvoorstel beoogt limitatief in de doeleinden te voorzien ten behoeve waarvan politiegegevens kunnen worden verwerkt. Zoals reeds uiteen is gezet in paragraaf 6 van deze memorie van toelichting, hebben deze doeleinden betrekking op de uitvoering van de politietaak. De woorden «voor zover noodzakelijk voor» verwijzen tevens naar de beginselen van noodzakelijkheid en evenredigheid, zoals neergelegd in artikel 8 van het EVRM en in het Verdrag van de Raad van Europa ter bescherming van personen met het oog op de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens (1981). Door de

⁷⁶ Zie r.o. 3.5.2.

⁷⁷ Wet van 21 juli 2007, houdende regels inzake de verwerking van politiegegevens (Wet politiegegevens), *Stb.* 2007, 549. Deze wet is in werking getreden op 1 januari 2008. Tot 1 januari 2008 was de Wet politieregisters van kracht.

⁷⁸ Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2012/13, 33 542, nr. 3, p. 16 (MvT).

⁷⁹ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 327, nr. 3, p. 3 (MvT).

⁸⁰ Zie artikel 3, lid 1, Wpg.

⁸¹ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 327, nr. 3, p. 31 (MvT).

noodzakelijkheidseis in de algemene bepalingen tot uitdrukking te brengen, wordt tevens gevolg gegeven aan hetgeen het CBP hierover adviseert.

5.4 Deze doeleinden zijn, voor zover van belang, het uitvoeren van de dagelijkse politietaak (artikel 8 Wpg) en het doen van onderzoek in verband met de handhaving van de rechtsorde in een bepaald geval (gerichte gegevensverwerking; artikel 9 Wpg). Artikel 8 Wpg correspondeert met artikel 3 Politiewet 2012⁸² (handhaving van de openbare rechtsorde) en staat gegevensverwerking toe ten behoeve van bijvoorbeeld surveillance, afhandeling van verkeersproblematiek, eenvoudig recherchewerk en verlenen van hulp en handhaven van wetten en regels.⁸³ Gegevensverwerking op deze grond kan in beginsel plaatsvinden gedurende een periode van één jaar na de datum van de eerste verwerking.⁸⁴ Zodra deze gegevens niet langer noodzakelijk zijn voor de uitoefening van de dagelijkse politietaak, moeten zij worden verwijderd.⁸⁵

5.5 Artikel 9 Wpg staat verwerking toe van 'grote hoeveelheden gestructureerde gegevens met betrekking tot bepaalde personen'.⁸⁶ Over gerichte verwerking van gegevens als bedoeld in dit artikel, is in de parlementaire toelichting het volgende opgemerkt:⁸⁷

Het gaat (...) om kentekengegevens die worden vergaard in het kader van een opsporingsonderzoek. Indien, bijvoorbeeld ter opsporing van herhaalde woninginbraken op bepaalde locaties, kentekens worden vastgelegd om na te gaan of bepaalde kentekens in verband gebracht kunnen worden met de gepleegde misdrijven, kunnen deze gegevens voor de duur van het onderzoek worden verwerkt op grond van artikel 9 Wpg. Het betreft gerichte gegevensverwerking voor een onderzoek in verband met de handhaving van de rechtsorde in een bepaald geval (...).

5.6 Gerichte gegevensverwerking is slechts gerechtvaardigd wanneer het doel daarvan tevoren is beschreven, de gegevensverwerking beperkt blijft tot dat doel en plaatsvindt door daartoe door de verantwoordelijke korpsbeheerder gemachtigde opsporingsambtenaren.⁸⁸ Het vierde lid bepaalt over de bewaartermijn van deze gegevens:

De politiegegevens die zijn verwerkt op grond van het eerste lid en niet langer noodzakelijk zijn voor het doel van het onderzoek, worden verwijderd, of gedurende een periode van maximaal een half jaar verwerkt teneinde te bezien of zij aanleiding geven tot een nieuw

⁸² Deze bepaling luidt: "De politie heeft tot taak in ondergeschiktheid aan het bevoegde gezag en in overeenstemming met de geldende rechtsregels te zorgen voor de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde en het verlenen van hulp aan hen die deze behoeven." Tot 1 januari 2012 was deze bepaling opgenomen in artikel 2 Politiewet 1993.

⁸³ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 327, nr. 3, p. 38 (MvT).

⁸⁴ Artikel 8, lid 1, Wpg. Dit vormt een invulling van het bepaalde in artikel 4, lid 2, Wpg.

⁸⁵ Artikel 8, lid 6, Wpg.

⁸⁶ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 327, nr. 3, p. 43 (MvT).

⁸⁷ *Kamerstukken II* 2012/13, 33 542, nr. 3, p. 5 (MvT).

⁸⁸ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 327, nr. 3, p. 4 (MvT).

onderzoek als bedoeld in het eerste lid of een nieuwe verwerking als bedoeld in artikel 10, en na verloop van deze termijn verwijderd.

- 5.7 Ingevolge het tweede lid van artikel 3 is de Wpg van toepassing op politiegegevens die rechtmatig zijn verkregen.⁸⁹ De Wpg creëert geen bevoegdheden om politiegegevens vast te leggen, en kan dus niet als grondslag worden gebruikt om informatie te verzamelen. Laatstbedoelde bevoegdheden zijn neergelegd in onder meer het Wetboek van Strafvordering, de Politiewet 1993 en de op deze wetten gebaseerde regelgeving of uit bijzondere wetten.⁹⁰
- 5.8 De Politie is bij het verstrekken van gegevens aan derden, zoals de Belastingdienst, gebonden aan de artikelen 18 e.v. van de Wpg. Deze bepalingen normeren onder meer:
- het structureel verstrekken van politiegegevens aan daartoe (bij of krachtens AMvB) aangewezen personen en instanties met een publiekrechtelijke taak⁹¹ ter uitvoering van een (in die AMvB) aan te geven taak, indien sprake is van een zwaarwegend algemeen belang (artikel 18 Wpg);
 - het voor bepaalde doeleinden⁹² incidenteel verstrekken van politiegegevens aan bepaalde personen of instanties, indien sprake is van een zwaarwegend algemeen belang (artikel 19 Wpg);
 - het voor bepaalde doeleinden⁹³ structureel verstrekken van politiegegevens aan een samenwerkingsverband met de politie, indien sprake is van een zwaarwegend algemeen belang (artikel 20 Wpg).⁹⁴
- 5.9 In de laatste situatie moet tevens worden vastgelegd ten behoeve van welk zwaarwegend algemeen belang de verstrekking noodzakelijk is, ten behoeve van

⁸⁹ In de parlementaire toelichting is deze bepaling als volgt toegelicht: "Bij onrechtmatige verkrijging kan bijvoorbeeld worden gedacht aan gegevens die zijn verkregen waarbij bepaalde strafvorderlijke voorschriften zijn geschonden maar ook aan de verkrijging van gegevens in strijd met de bepalingen die gelden op grond van dit wetsvoorstel, op grond van de Wet bescherming persoonsgegevens of op grond van meer specifieke regelgeving omtrent de verwerking van persoonsgegevens (*Kamerstukken II* 2005/06, 30 327, nr. 3, p. 31 (MvT)).

⁹⁰ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 327, nr. 3, p. 3 (MvT).

⁹¹ Artikel 23, lid 2, Wpg bepaalt: "Verstrekking van politiegegevens als bedoeld in artikel 18 vindt alleen rechtstreeks plaats aan bij algemene maatregel van bestuur aangewezen personen of instanties met een publiekrechtelijke taak door middel van geautomatiseerde vergelijking van persoonsgegevens met bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen categorieën van politiegegevens." Deze derden zijn aangewezen in artikel 4:1 en 4:2 van het Besluit politiegegevens (Besluit van 14 december 2007, houdende bepalingen ter uitvoering van de Wet politiegegevens (Besluit politiegegevens), *Stb.* 2007, 500.

⁹² Deze doeleinden zijn: a. het voorkomen en opsporen van strafbare feiten; b. het handhaven van de openbare orde; c. het verlenen van hulp aan hen die deze behoeven; d. het uitoefenen van toezicht op het naleven van regelgeving (artikel 19, onder a, b, c en d, Wpg).

⁹³ Dit zijn dezelfde doeleinden als genoemd in de vorige voetnoot.

⁹⁴ Voorbeelden waarbij een zwaarwegend algemeen belang bij verstrekking ten behoeve van een samenwerkingsverband aan de orde kan zijn, zijn de bestrijding van jeugdcriminaliteit, de bestrijding van huiselijk geweld of de aanpak van winkelcriminaliteit (*Kamerstukken II* 2005/06, 30 327, nr. 3, p. 77 (MvT)).

welk samenwerkingsverband de politiegegevens worden verstrekt, alsmede het doel waartoe dit is opgericht, welke gegevens worden verstrekt, de voorwaarden waaronder en de personen of instanties waaraan de gegevens worden verstrekt.⁹⁵

- 5.10 Uit de memorie van toelichting blijkt dat verstrekking van informatie aan derden niet alleen geschiedt ter uitvoering van de (eigen) politietaak,⁹⁶ maar ook kan plaatsvinden ten behoeve van een goede taakuitvoering van andere overheidsdiensten, zoals de Belastingdienst.⁹⁷

De instanties waarmee de politie samenwerkt zijn bijvoorbeeld de (...) Belastingdienst. De goede uitvoering van de politietaak maakt deze samenwerking met derden wenselijk en noodzakelijk. In dat kader kan het nodig zijn dat de politie gegevens verstrekt aan deze derden. Ook de goede taakuitvoering van andere overheidsdiensten kan een reden zijn voor het door de politie verstrekken van gegevens.

- 5.11 In de parlementaire toelichting bij de AWR is opgemerkt dat het verstrekken van politiegegevens aan de Belastingdienst in overeenstemming is met de Wet politieregisters (vanaf 1 januari 2008: de Wpg).⁹⁸

Gevraagd werd of de inlichtingenplicht van de politie aan de belastinginspecteur niet in strijd was met de Wet politieregisters. Dit is niet het geval. Inlichtingenverstrekking uit een politieregister is aan strenge eisen onderworpen. De algemene regels daarvoor zijn te vinden in de Wet politieregisters. Op deze algemene regels bestaat een aantal uitzonderingen op grond van bijzondere wettelijke verplichtingen. Een politiefunctionaris kan op grond van een bijzondere wet verplicht zijn informatie te verstrekken. Zo bestaat voor de politie de plicht aan de belastinginspecteur de gegevens en inlichtingen te verstrekken die ter uitvoering van de belastingwet worden gevraagd, op grond van zo'n bijzondere wet, te weten artikel 55 van de AWR. De AWR verhoudt zich in dat opzicht tot de Wet politieregisters als *lex specialis*. In dit opzicht kan men ook denken aan bijzondere informatieverplichtingen van de politie aan de rechter en aan de Nationale ombudsman.

- 5.12 Ter zake van de laatste zinsnede, te weten dat de AWR zich tot de Wet politieregisters verhoudt als *lex specialis*, wil ik erop wijzen dat deze opmerking naar het mij voorkomt alleen kan gelden ten aanzien van de *verstrekking* van gegevens (hetgeen pas aan de orde komt nadat dat gegevens zijn verzameld en – in overeenstemming met de regels van het Wpb en de Politiewet – zijn bewaard). De AWR kan mijns inziens niet de regels van de Wpg opzijzetten voor zover zij betrekking hebben op de voorwaarden waaronder politiegegevens mogen worden verzameld en opgeslagen.

⁹⁵ Artikel 20, lid 2, Wpg.

⁹⁶ Onder politietaak wordt ingevolge artikel 1, onder b, Wet politiegegevens verstaan: de taken, bedoeld in de artikelen 2 en 6, eerste lid, van de Politiewet 1993 (tekst 2011 en 2012). Artikel 2 Politiewet 1993 luidt: De politie heeft tot taak in ondergeschiktheid aan het bevoegde gezag en in overeenstemming met de geldende rechtsregels te zorgen voor de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde en het verlenen van hulp aan hen die deze behoeven.

⁹⁷ Kamerstukken II 2005/06, 30 327, nr. 3, p. 15 (MvT).

⁹⁸ Kamerstukken II 1995/95, 23 470, nr. 11, p. 2 (Nota naar aanleiding van het eindverslag).

6 Rechtmatigheid gebruik ANPR-gegevens van de Politie bij het opleggen van de aanslag

6.1 In de voorgaande hoofdstukken is het algemene wettelijke kader geschetst waarbinnen de Belastingdienst en de Politie persoonsgegevens kunnen verzamelen die zij nodig hebben ter uitoefening van de aan hen toegekende wettelijke taken.

6.2 In dit hoofdstuk zal ik toetsen in hoeverre dit kader de Belastingdienst bevoegdheden geeft ANPR-gegevens op te vragen bij de Politie en deze te gebruiken bij het opleggen van de aanslag. Deze uitvoeringspraktijk was, indien kan worden afgegaan op de data waarop de convenanten tussen Belastingdienst en de Politie tot stand zijn gekomen, gebruikelijk tot (oktober) 2014.⁹⁹ Als onderdeel van dit onderzoek wordt tevens (marginaal) getoetst onder welke omstandigheden het de Politie is toegestaan ANPR-gegevens te verzamelen en (verder) te verwerken.

A Verzameling en verwerking van ANPR-gegevens door de Politie: in overeenstemming met de Politiewet en de Wpg?

6.3 De Politie gebruikt, ter uitvoering van de politietaak, ANPR-camera's om kentekens van voertuigen in het verkeer vast te leggen. Deze gegevens worden vergeleken met kentekens van voertuigen die op naam staan van personen die bekend zijn bij de Politie. Via deze automatische kentekenherkenning kan de Politie snel en efficiënt voertuigen waarnemen die zij zoekt ter uitvoering van de politietaak.¹⁰⁰

6.4 De werkwijze van de Politie is als volgt:¹⁰¹

Waar handmatig per uur hoogstens tientallen kentekens kunnen worden vergeleken, kunnen met toepassing van automatische kentekenherkenning per uur vele duizenden gegevens worden vergeleken. Dit gebeurt door op bepaalde locaties kentekens te vergelijken met een referentiebestand, waarin kentekens zijn opgenomen van voertuigen waarvan het kenteken op naam is gesteld van personen tegen wie bijvoorbeeld een bevel tot vrijheidsbeneming is gegeven in verband met een onbetaalde geldboete, of aan wie een ontzegging van de rijbevoegdheid is opgelegd. Wanneer de camera een kenteken vastlegt dat is opgenomen in het referentiebestand, is er een hit en wordt het voertuig stilgehouden om daaraan opvolging te geven, dan wel worden de gegevens verwerkt en wordt daaraan later opvolging gegeven.

6.5 In het arrest *Zwolsman* heeft de (Strafkamer van de) Hoge Raad geoordeeld dat, zou het vastleggen van de ANPR-gegevens al een inbreuk vormen op de persoonlijke

⁹⁹ Zie de onderdelen 6.24 t/m 6.28 voor het convenant van 26 januari 2011 en de onderdelen 7.1 t/m 7.6 voor het (herziene) convenant van 28 oktober 2014.

¹⁰⁰ Ontleend aan *Kamerstukken II 2012/13*, 33 542, nr. 3, p. 1 (MvT).

¹⁰¹ Ontleend aan *Kamerstukken II 2012/13*, 33 542, nr. 3, p. 1-2 (MvT).

levenssfeer van de betrokkene in de zin van artikel 8 EVRM, de globale taakomschrijving van artikel 3 van de Politiewet (handhaving van de openbare orde) een toereikende wettelijke grondslag biedt voor deze inbreuk. De Hoge Raad overwoog:¹⁰²

6.4.5. (...) de politie [is] ingevolge art. 2 Politiewet 1993 bevoegd (...) in de [fase voorafgaand aan die van de opsporing] handelingen te verrichten welke de in die bepaling aan haar opgedragen taak meebrengt, zoals het ter handhaving van de openbare orde geven van een bevel zich te verwijderen of onder zich nemen van voorwerpen (vgl. HR 24 oktober 1961, NJ 1962, 86; HR 22 februari 1977, NJ 1977, 288), observatie en schaduwen (vgl. HR 14 oktober 1986, NJ 1987, 564 en HR 14 oktober 1986, NJ 1988, 511) of het in het openbaar fotograferen van personen (vgl. HR 13 oktober 1992, NJ 1993, 223), en dat ook indien door zulke verrichtingen een beperkte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer zou worden gemaakt, de globale taakomschrijving van art. 2 Politiewet 1993 daarvoor een toereikende wettelijke grondslag biedt.

6.6 De (mede)wetgever is eenzelfde mening toegedaan.¹⁰³

Zolang deze camera's worden gebruikt om uitsluitend kentekens vast te leggen van voertuigen die relevant zijn voor de politietaak, bijvoorbeeld omdat het voertuig toebehoort aan een verdachte of een veroordeelde die zijn straf moet ondergaan, past dit binnen de uitvoering van artikel 3 van de Politiewet 2012. Ook het vergaren van kentekens in het kader van een lopend opsporingsonderzoek kan gebaseerd worden op artikel 3 van de Politiewet 2012. Voorbeelden hiervan zijn een opsporingsonderzoek naar woninginbraken in een woonwijk of een opsporingsonderzoek naar ladingdiefstallen op parkeerplaatsen langs de snelweg. Het kan bijdragen aan de opsporing van de woninginbraken om gedurende een bepaalde periode vast te leggen welke voertuigen de wijk inkomen. Er bestaat dan aanleiding om gegevens van de passerende voertuigen vast te leggen, teneinde te bezien of er bepaalde verbanden tussen de kentekens kunnen worden gelegd, ook als deze gegevens op het moment van de vastlegging geen hit opleveren met de gegevens van een referentielijst. Het feit dat de kentekens op een bepaalde plaats en op een bepaald tijdstip passeren, is redengevend voor de vastlegging daarvan. Artikel 3 van de Politiewet 2012 biedt dus een basis voor het vastleggen en vergelijken van kentekens van personen die ingevolge de uitvoering van de politietaak aandacht behoeven.

6.7 Verwerking van ANPR-gegevens is dus toegestaan als dit in overeenstemming geschiedt met de doelen genoemd in artikel 8 en 9 Wpg (uitvoering van de dagelijkse politietaak resp. gegevensverwerking ten behoeve van een lopend onderzoek). Het is in ieder geval in overeenstemming met artikel 8 Wpg om ANPR-gegevens te bewaren die een hit opleveren met een door de Politie opgesteld referentiebestand. In dat geval heeft te gelden dat gegevens die niet matchen met dit bestand, niet 'noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de politietaak' als bedoeld in artikel 8 Wpg, zodat zij moeten worden vernietigd.

6.8 In 2014 was voor de (Strafkamer van de) Hoge Raad aan de orde de vraag of de verwerking van ANPR-gegevens door het politiekorps van de regio IJsselland in

¹⁰² HR 19 december 1995, nr. 101 269, ECLI:NL:HR:1995:ZD0328 (Zwolsman), na conclusie A-G Van Dorst, NJ 1996, 249 met noot Schalken.

¹⁰³ Kamerstukken II 2012/13, 33 542, nr. 3, p. 4-5 (MvT).

overeenstemming had plaatsgevonden met (de doelen genoemd in) artikel 8 en 9 Wpg.¹⁰⁴ Het politiekorps had, in het kader van het zogenoemde projectplan ANPR, ANPR-gegevens verzameld en vastgelegd voor een periode van zeven dagen. Het korps heeft, binnen deze periode, de verzamelde gegevens handmatig vergeleken met de kentekengegevens van twee auto's. Deze vergelijking, die verschillende hits opleverde en tot de aanhouding van een verdachte had geleid, vond plaats in verband met een onderzoek naar autodiefstallen.

- 6.9 Het hof oordeelde dat, zou het vastleggen en het bewaren van de ANPR-gegevens al een inbreuk zijn op de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene, deze inbreuk beperkt is, zodat de artikelen 1, 3 en 8 Wpg een toereikende wettelijke grondslag boden voor de handelingen van de opsporingsambtenaren.¹⁰⁵ De Hoge Raad oordeelde:

2.7. Het middel steunt op de opvatting dat de door het Hof genoemde bepalingen van de Wet politiegegevens geen grondslag bieden voor dit verwerken van uit ANPR verkregen gegevens. Die opvatting is onjuist, zodat het middel faalt.

- 6.10 *Borgers* annoteerde bij deze uitspraak:¹⁰⁶

(...) Waarom die opvatting onjuist is, laat de Hoge Raad in het midden. De reeds genoemde conclusie van Machielse als ook de conclusie van A-G Knigge voor het hierboven afgedrukte arrest bevatten evenwel grondige en gedetailleerde beschouwingen omtrent de onjuistheid van deze opvatting. Die beschouwingen komen erop neer dat de Wpg weliswaar de nodige voorschriften bevat ter zake van de termijnen waarbinnen en de doelen waarvoor kentekengegevens mogen worden verwerkt, maar dat – anders overigens dan door het College bescherming persoonsgegevens als standpunt is ingenomen – die voorschriften niet zodanig stringent zijn dat uitsluitend het werken met een *hit/no hit*-systeem toelaatbaar zou zijn. (...)

De precedentwerking die van de hierboven afgedrukte uitspraak uitgaat, is tamelijk gering. De Hoge Raad heeft er niet voor gekozen om een min of meer algemeen kader te formuleren waarbinnen ANPR kan worden ingezet ten behoeve van de opsporing. Duidelijk is wel dat, ook onder het huidige recht, de inzet van ANPR verder mag gaan dan het werken met het *hit/no hit*-systeem. Maar hoe ver, dat geeft de Hoge Raad niet concreet aan. De reden daarvoor zal er ongetwijfeld mede in zijn gelegen dat thans een wetsvoorstel aanhangig is waarin ANPR nader wordt genormeerd (...). Maar ook daarbuiten zou het voor de Hoge Raad lastig zijn geweest om dat min of meer algemene kader te formuleren, juist omdat het bij de toelaatbaarheid van ANPR in het licht van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer aankomt op het samenspel tussen de mate waarin kentekengegevens worden verzameld, de duur van de opslag van de gegevens en – de drempels ter zake van – de raadpleegbaarheid van de gegevens. Het werken met zo veel variabelen vraagt om een regeling die de rechter, wil hij zijn rechtsvormende taak niet te buiten gaan, niet kan ontwikkelen. Het wetsvoorstel verschaft wel een samenhangend stelsel van voorschriften, waarin veel ruimte wordt geboden om kentekengegevens (en daarmee verband houdende informatie) te verzamelen – ook zonder dat op het moment van verzamelen een concrete aanleiding daarvoor bestaat –

¹⁰⁴ HR 11 november 2014, nr. 13/04769, ECLI:NL:HR:2014:3142, na conclusie A-G Knigge, *NJB* 2014/2122, *JIN* 2014/228 met noot De Bruijn, *NJ* 2015/296 met noot Borgers.

¹⁰⁵ Het oordeel van de Hoge Raad ziet uitsluitend op de (verdere) verwerking van de gegevens (i.e. de opslag en handmatige vergelijking). De vastlegging van de gegevens geschiedt op grond van artikel 3 van de Politiewet.

¹⁰⁶ *NJ* 2015/296.

maar tegelijk wordt voorzien in specifieke voorschriften omtrent de duur van opslag en de toegang tot de gegevens.

6.11 In 2009 heeft het College Bescherming Persoonsgegevens (hierna: CBP) een richtsnoer gepubliceerd, waarin de rechtmatigheid is onderzocht van (i) de verwerking van ANPR-gegevens door de Politie en (ii) de verstrekking van deze gegevens aan de Belastingdienst (hierna: Richtsnoer CBP).¹⁰⁷

6.12 Het CBP overweegt dat het bewaren van alle gescande kentekens, i.e. inclusief kentekens die *niet* matchen met het referentiebestand en/of gegevens die niet relevant zijn in verband met een lopend onderzoek, in strijd is met de wet.¹⁰⁸

Het bewaren van alle gescande kentekens ten behoeve van een nog niet bestaand onderzoek is in strijd met de wet. Dit betreft in ieder geval de gescande kentekens die na vergelijking met het vergelijkingsbestand niet hebben geleid tot een hit: de kentekens zijn voor het doel waarvoor ze verwerkt worden niet langer noodzakelijk. Het bewaren van de gegevens die na kentekenvergelijking tot verrijking van informatie hebben geleid, is onrechtmatig als dit alleen ten behoeve van nog niet bestaande onderzoeken plaatsvindt.

6.13 Het CBP geeft vervolgens aan binnen welke kaders het mogelijk is voor overheidsinstanties om samen te werken bij een ANPR-scanactie.¹⁰⁹

Voor de betrokkenheid van de politie bij een ANPR actie met behulp van politievoertuigen en -apparatuur zal in ieder geval sprake moeten zijn van de uitoefening van de politietaak. De te verwerken gegevens zijn politiegegevens, waarop de Wpg van toepassing is. De door de andere overheidsorganisatie geïnitieerde controle dient noodzakelijk te zijn voor de goede vervulling van haar publiekrechtelijke taak. De in dat kader te verwerken gegevens zijn persoonsgegevens, waarop de Wbp van toepassing is.

De politie zal voor de betreffende toepassing van ANPR een selectie maken van gegevens die gecontroleerd gaan worden en deze in het vergelijkingsbestand zetten. De gegevens die een andere overheidsorganisatie ter controle wil vergelijken met de gegevens van passerende voertuigen moeten separaat worden gehouden van de politiegegevens. Feitelijk is dan sprake van minimaal twee gescheiden vergelijkingsbestanden, waarmee de gescande kentekens worden vergeleken. Voor beide verwerkingen geldt dat de kwaliteit van de gegevens goed moet zijn: actueel, juist en niet bovenmatig.

Ten aanzien van het scannen en vergelijken doen zich twee scenario's voor. Het eerste is dat de andere overheidsorganisatie zelf een grondslag heeft voor het scannen van kentekens. Vanaf het scannen tot aan het resultaat is dan sprake van een aparte Wbp route waarvoor deze organisatie verantwoordelijk is. Het tweede scenario houdt in dat de kentekens gescand worden met het oog op de uitvoering van de dagelijkse politietaak maar dat deze verstrekt worden aan de andere overheidsorganisatie indien daar een grondslag voor is op basis van de Wpg. In de wet is voorzien in strikte criteria die een dergelijke verstrekking met waarborgen omkleden. De verstrekking van gescande kentekens zal in ieder geval noodzakelijk moeten zijn met het oog op een zwaarwegend algemeen belang als de grondslag voor verstrekking wordt gevonden in artikel 19 Wpg of artikel 20 Wpg. Dit scenario houdt ook in dat afspraken gemaakt moeten worden met de andere overheidsorganisatie. Uit zowel de Wpg als de Wbp volgt dat gescande kentekens

¹⁰⁷ Richtsnoer College Bescherming Persoonsgegevens inzake de toepassing van automatische kentekenherkenning door de politie (richtsnoer van juli 2009), Den Haag: CBP 2009. Online te raadplegen op http://wetten.overheid.nl/BWBR0033241/geldigheidsdatum_19-06-2015 en op www.autoriteitpersoonsgegevens.nl.

¹⁰⁸ Zie hoofdstuk IV, onderdeel 4, Richtsnoer CBP (p. 29).

¹⁰⁹ Zie hoofdstuk V, onderdeel 1, Richtsnoer CBP (p. 31).

die niet tot een hit leiden direct vernietigd moeten worden wegens het ontbreken van de noodzaak deze langer te verwerken.

Het positieve resultaat van een vergelijking, of dat een hit is met een politiegegeven of een hit met een persoonsgegeven in de daarvan gescheiden verwerking, zal toegevoegd worden aan het oorspronkelijke kenteken. Dat betekent dat het kenteken dat is opgenomen in het desbetreffende vergelijkingsbestand in beide gevallen aangevuld wordt met informatie ten aanzien van tijd en plaats.

Na afloop van de ANPR toepassing zullen de twee onderscheiden verwerkingen ook fysiek van elkaar gescheiden worden ten behoeve van verdere verwerking binnen de betreffende organisatie. (...)

B Het wetsvoorstel ANPR: versoepeling bevoegdheden Politie verwerking ANPR-gegevens

- 6.14 Op 11 februari 2013 is een wetsvoorstel ingediend dat ertoe strekt de voorwaarden waaronder kentekengegevens door de Politie kunnen worden bewaard, te versoepelen (hierna: wetsvoorstel ANPR). In de toelichting op het wetsvoorstel is over de noodzaak tot het creëren van een wettelijke grondslag voor het bewaren van de gegevens opgemerkt:¹¹⁰

(...) De uitvoering van die [algemene politie]taak kan in beginsel niet strekken tot het vastleggen van kentekengegevens van burgers indien daartoe op dat moment geen aanleiding bestaat. Daarom is dit zonder expliciete wettelijke regeling niet mogelijk. Evenmin biedt de Wpg thans mogelijkheden om deze gegevens te verwerken. De Wpg staat, zoals in de vorige paragraaf is beschreven, slechts verwerking van gegevens toe indien deze op het moment van de eerste verwerking noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de politietaak. Gaat het om gegevens die op dat moment niet van belang zijn voor de uitvoering van de politietaak, maar die mogelijk op een later tijdstip wel relevant kunnen zijn, dan is verwerking op grond van de Wpg niet mogelijk. Om de bewaring van deze gegevens mogelijk te maken, teneinde deze achteraf ten behoeve van de opsporing van strafbare feiten te kunnen raadplegen, is dan ook expliciete wettelijke basis vereist. Voorgesteld wordt deze neer te leggen in een nieuw in te voegen artikel 126jj Sv.

- 6.15 Aanleiding van het wetsvoorstel ANPR zijn door het CBP in 2010 gepubliceerde richtlijnen waarin de rechtmatigheid van het bewaren van ANPR-gegevens door de regionale politiekorpsen IJsselland en Rotterdam Rijnmond is onderzocht.¹¹¹ Het CBP concludeerde dat het korps IJsselland, door ANPR-gegevens waarvoor geen *hit* optrad met het referentiebestand gedurende tien dagen te bewaren, in strijd handelde met de Wpg. Eenzelfde oordeel werd gegeven ten aanzien van het politiekorps Rotterdam Rijnmond, dat passagegegevens 120 dagen bewaarde. Uit het systeem van de Wpg en de Wbp volgt volgens het CBP dat de kentekengegevens die geen *hit* opleverden, onmiddellijk vernietigd hadden moeten worden.

¹¹⁰ Kamerstukken II 2012/13, 33 542, nr. 3, p. 4 (MvT).

¹¹¹ Bron: https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/downloads/pb/pb_20100128_definitieve_bevindingen_rotterdamrijnmond.pdf en https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/downloads/pb/pb_20100128_definitieve_bevindingen_ijsselland.pdf.

- 6.16 De regering heeft in de toelichting bij het wetsvoorstel ANPR over deze werkwijze van de politiekorpsen het volgende opgemerkt:¹¹²

In een aantal politieregio's werden tot begin 2010 alle kentekens die een camera passeerden vastgelegd en bewaard, ongeacht of deze op het moment van vastlegging noodzakelijk waren voor de uitvoering van de politietaak. De gehanteerde bewaartermijnen verschilden, variërend van tien dagen tot vier maanden. Gedurende deze periode werden de opgeslagen gegevens geraadpleegd voor opsporingsdoeleinden. Deze toepassing is beëindigd omdat de huidige wetgeving niet voorziet in een algemene regeling voor het bewaren van alle door de politie vastgelegde kentekens, indien deze op het moment van vastlegging niet noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de politietaak. Zonder wettelijke basis is dit niet toegestaan. Het College bescherming persoonsgegevens (CBP) heeft dit vastgesteld in de bevindingen over de toepassing van automatische kentekenherkenning door de Regionale politiekorpsen IJsselland en Rotterdam Rijnmond van 11 januari 2010. Het wetsvoorstel voorziet in een wettelijke basis.

- 6.17 In het wetsvoorstel worden tot de te verzamelen passagegegevens gerekend: de kentekengegevens, de locatie, het tijdstip van de vastlegging en de foto-opname.¹¹³ Deze passagegegevens kunnen worden bewaard voor een periode van vier weken, en mogen binnen deze periode voor twee doeleinden worden geraadpleegd: (i) bij verdenking van misdrijven waarvoor voorlopige hechtenis mogelijk is en (ii) ter aanhouding van voortvluchtigen. Deze raadpleging, die alleen door daartoe geautoriseerde opsporingsambtenaren mag plaatsvinden,¹¹⁴ geschiedt door de passagegegevens op automatische wijze te vergelijken met gegevens die ter zake van één van deze doelen zijn verwerkt. Er kan dus alleen op basis van een *hit*-systeem in de gegevens worden gezocht.¹¹⁵
- 6.18 Om te bepalen of de ANPR-gegevens aan derden, zoals de Belastingdienst, mogen worden verstrekt, moet een onderscheid worden gemaakt tussen (i) verzamelde gegevens die nog niet zijn geraadpleegd met het oog op de doelen die zijn neergelegd in de voorgestelde regeling, en (ii) verzamelde gegevens die zijn geraadpleegd en relevant zijn gebleken voor een opsporingsonderzoek, en voor dat onderzoek verder zijn verwerkt.
- 6.19 Voor de eerste categorie gegevens is in het wetsvoorstel voorgesteld om, voor zover het betreft de verstrekking ervan aan derden, bijzondere voorwaarden op te nemen in het WvSv, zodat de artikelen 18 e.v. van de Wpg op deze gegevensverstrekking niet van toepassing zijn.¹¹⁶

¹¹² *Kamerstukken II 2012/13, 33 542, nr. 3, p. 4 (MvT).*

¹¹³ *Zie het voorgestelde artikel 126jj, lid 2, WvSv.*

¹¹⁴ *Kamerstukken II 2012/13, 33 542, nr. 3, p. 18-19 (MvT).*

¹¹⁵ *Kamerstukken II 2005/06, 30 327, nr. 3, p. 16 (MvT).*

¹¹⁶ *Kamerstukken II 2013/14, 33 542, nr. 6, p. 23 (NV).*

- 6.20 De tweede categorie gegevens, i.e. bewaarde passagegegevens die na raadpleging een hit hebben opgeleverd, worden 'gewone' politiegegevens waarop de Wpg van toepassing is. Deze gegevens mogen aan derden worden verstrekt indien en voor zover dit in overeenstemming is met het bepaalde in artikel 18 e.v. van de Wpg.¹¹⁷
- 6.21 De voorgestelde regeling voldoet volgens de wetgever aan de door artikel 8 EVRM gestelde vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit. Ter zake van de noodzakelijkheidseis merkt de wetgever op:¹¹⁸
- (...) het {draagt} bij aan de opsporing van strafbare feiten indien alle kentekengegevens die door de politie met behulp van camera's worden vastgelegd voor een periode van vier weken kunnen worden bewaard, teneinde deze achteraf te kunnen raadplegen. Misdrijven kunnen mede met behulp van bewaarde kentekengegevens worden opgelost. Ook kunnen deze gegevens specifieke opsporingsinformatie opleveren en richting geven aan opsporingsonderzoeken. Deze opbrengsten van het bewaren van passagegegevens wegen zwaar in een samenleving waarin veel waarde wordt gehecht aan het verhogen van de veiligheid en de aanpak van ondermijnende en georganiseerde criminaliteit.
- 6.22 Dat de voorgestelde wetgeving proportioneel is, motiveert de indiener door erop te wijzen dat (i) slechts een beperkte set van gegevens wordt bewaard (zo wordt de naam van de persoon op wiens naam het kenteken staat niet vastgelegd), (ii) de toegang tot de bewaarde gegevens bij wet wordt beperkt tot de opsporing van een bepaald misdrijf of de aanhouding van een voortvluchtige verdachte, (iii) alleen op basis van een *hit*-systeem (dus na een concrete aanleiding) in de verzamelde gegevens kan worden gezocht en (iv) de bewaartermijn is beperkt tot vier weken.¹¹⁹
- 6.23 Met betrekking tot het subsidiariteitsvereiste merkt de wetgever op dat er 'geen andere maatregel waarmee op zo'n betrekkelijk eenvoudige wijze in zwaarwegende gevallen achteraf de aanwezigheid van een voertuig op een bepaald tijdstip op een bepaalde plaats kan worden vastgesteld' en dat 'de grenzen die zijn gesteld aan het gebruik van de bewaarde gegevens garanderen dat de gegevens alleen in zwaarwegende gevallen worden gebruikt'.

C Het convenant van 26 januari 2011 (medegebruik camerabeelden/ANPR-gegevens)

- 6.24 Op 26 januari 2011 hebben de Politie en de Belastingdienst een convenant gesloten met regels over het medegebruik van ANPR-gegevens van de Politie door de

¹¹⁷ *Kamerstukken II 2013/14, 33 542, nr. 6, p. 23 (NV).*

¹¹⁸ *Kamerstukken II 2012/13, 33 542, nr. 3, p. 17 (MvT).*

¹¹⁹ *Kamerstukken II 2012/13, 33 542, nr. 3, p. 17 (MvT).*

Belastingdienst.¹²⁰ Het convenant is, na een hiertoe strekkend WOB-verzoek, gepubliceerd op 12 augustus 2013.¹²¹ Het convenant strekt ertoe de Belastingdienst ten behoeve van de uitvoering van zijn taken te laten beschikken over de gegevens die de Politie vergaart met behulp van ANPR-technologie.¹²²

6.25 Uit het convenant blijkt dat de Belastingdienst de van de Politie verkregen ANPR-gegevens gebruikt voor toezicht op de naleving van wetgeving op het terrein van (o.a.) loon- en inkomstenbelasting (privégebruik auto).¹²³ De verwerking van de gegevens door de Belastingdienst vindt, aldus het convenant, uitsluitend plaats op een wijze die in overeenstemming is met de Wbp.¹²⁴

6.26 Artikel 4 van het convenant schetst de werkwijze van de gegevensuitwisseling tussen de Politie en de Belastingdienst:

Lid 1. De met behulp van de bij het KLPD in gebruik zijnde ANPR-camera's op de hoofdverkeersassen opgenomen beelden/gegevens worden in een afgeschermd omgeving opgeslagen, uitsluitend met het oog op het mogelijk maken van verder transport van de gegevens.

Lid 2. Onverlet het bepaalde in het vierde lid, is het KLPD-medewerkers niet toegestaan op enigerlei wijze de beelden/gegevens in de in het eerste lid bedoelde afgeschermd omgeving inhoudelijk te raadplegen of anderszins te verwerken, anders dan noodzakelijk is voor enerzijds de doorgeleiding aan de Belastingdienst en anderzijds de doorgeleiding aan het KLPD.

Lid 3. Vanuit de afgeschermd omgeving als bedoeld in het eerste lid, zullen de beelden/gegevens naar de Belastingdienst ongecontroleerd en onbewerkt worden doorgeleid, wanneer deze daarom verzoekt. Het KLPD kan de kwaliteit van de gegevens niet garanderen. Verificatie van de data is de verantwoordelijkheid van de Belastingdienst.

Lid 4. Het is KLPD-medewerkers toegestaan de benodigde technische beheershandelingen uit te voeren om de doorgeleiding van de beelden/gegevens naar de Belastingdienst of het KLPD te bewerkstelligen.

Lid 5. De nadere werkwijze wordt vastgelegd in een tussen partijen te maken werkafspraken welke geacht wordt deel uit te maken van deze overeenkomst. Deze werkafspraken omvat onder meer een nauwkeurige beschrijving van de aard van de door te geleiden gegevens, de precieze wijze van doorgeleiding, de frequentie van doorgeleiding en de bij de uitvoering van deze overeenkomst betrokken contactpersonen.

6.27 Ten behoeve van een duidelijke en efficiënte doorlevering van de gegevens naar de Belastingdienst, is bij het convenant een afsprakendocument opgesteld. In dit document is bepaald dat de doorlevering van de gegevens plaatsvindt door het uitwisselen van externe harddisks die ANPR-gegevens bevatten van één week. De

¹²⁰ Artikel 1, Convenant.

¹²¹ Convenant gesloten tussen het KLPD en de Belastingdienst inzake de verstrekking van ANPR-gegevens, ondertekend op 25 januari 2011. De overeenkomst is, ingevolge artikel 7, in werking getreden op de dag volgende op de datum waarop deze overeenkomst door beide partijen is ondertekend. Bron: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/wob-verzoeken/2013/08/12/bijlage-bij-besluit-wob-verzoek-inzake-convenant-van-klpd-met-de-belastingdienst-over-automatic-numberplate-recognition>.

¹²² Zie de inleiding van het convenant.

¹²³ Artikel 3, lid 1, Convenant.

¹²⁴ Artikel 3, lid 2, Convenant.

harddisks worden door een gecertificeerd koeriersbedrijf vervoerd.¹²⁵ Na ontvangst worden de harddisks uitgewonnen door de Belastingdienst, en worden zij geformatteerd teruggestuurd naar de Politie.

- 6.28 Naast het hiervoor genoemde afsprakendocument is tevens een memo vastgesteld, met de titel 'Fiscale relevantie externe camerabeelden'.¹²⁶ Dit document is door de Staatssecretaris van Financiën als volgt toegelicht:

De Belastingdienst bewaart alleen fiscaal relevante waarnemingen. Om onderscheid te maken tussen fiscaal relevante¹²⁷ en niet-relevante gegevens maakt de Belastingdienst gebruik van een filter. Het memo 'Fiscale relevante externe camerabeelden' van 14 januari 2011 beschrijft de fiscale relevantie voor de verschillende doelgroepen.

D Conclusie

- 6.29 Voor de verkrijging door de Belastingdienst van data uit handen van de Politie biedt artikel 55 AWR een juridische basis.¹²⁸ De Belastingdienst kan immers ten behoeve van de uitvoering van de belastingwetgeving gegevens opvragen die bij andere overheidsorganen berusten.
- 6.30 Alhoewel de parlementaire geschiedenis van (de voorlopers van) deze bepaling weinig informatie verschaft, kan worden aangenomen dat de wetgever ervan uitging dat de gegevens waarover overheidsorganen eenmaal beschikken, door deze rechtmatig zijn verkregen. Daarom kan artikel 55 AWR zelf volstaan met de (marginale) eis dat de opgevraagde gegevens dienen ter uitvoering van de belastingwetgeving.¹²⁹
- 6.31 Uit die eis vloeit voort dat het opvragen van gegevens gerechtvaardigd is voor zover het auto's betreft die omwille van de toepassing van fiscale regels controle behoeven

¹²⁵ Zie onderdeel 1 van het afsprakendocument. Het document is te raadplegen op: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/wob-verzoeken/2013/09/16/bijlagen-bij-wob-verzoek-inzake-kentekencontroles-waarbij-de-landelijke-eenheid-van-de-nationale-politie-is-ingeschakeld>.

¹²⁶ Het memo is op 12 september 2013 gedeeltelijk openbaar gemaakt naar aanleiding van een WOB-verzoek d.d. 3 augustus 2013. Het memo is tot stand gekomen op 14 januari 2011 en is te raadplegen op <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/wob-verzoeken/2013/09/16/bijlagen-bij-wob-verzoek-inzake-kentekencontroles-waarbij-de-landelijke-eenheid-van-de-nationale-politie-is-ingeschakeld>.

¹²⁷ In het memo worden zakelijke auto's als fiscaal relevant aangemerkt: "Fiscale relevantie per doelgroep. *Zakelijke auto's*: Dit zijn alle personenauto's en bestelauto's die als zakelijke auto aangemerkt worden. Het zakelijk zijn van een auto is hierbij gedefinieerd als 'op naam staan van een (rechts)persoon waarbij een actieve economische activiteit aanwezig is'. Om te kunnen bepalen of bij een persoon een actieve economische activiteit aanwezig is, moet BAR geraadpleegd worden."

¹²⁸ Zie de onderdelen 3.7 t/m 3.9 van deze conclusie.

¹²⁹ Dit in afwijking van bijvoorbeeld artikel 47 AWR, waar het moet gaan om 'gegevens die voor de belastingheffing te zijnen aanzien [de belastingplichtige; A-G] van belang kunnen zijn' (zie onderdeel 3.4 e.v. van deze conclusie).

– zoals auto's van de zaak waardoor een verklaring privégebruik is afgegeven¹³⁰ – maar ten aanzien van andere auto's niet. Alleen van zodanige gegevens kan immers worden aangenomen dat deze dienen ter uitvoering van de belastingwetgeving. Door de ANPR-gegevens op te vragen van *alle* auto's die door een bepaalde camera zijn vastgelegd, worden de grenzen van deze wettelijke eis mogelijk overschreden.

- 6.32 Daarnaast staat de handelwijze van de Politie (i.e. het ongelimiteerd bewaren en verstrekken van alle verzamelde ANPR-gegevens) op gespannen voet met wettelijke voorschriften uit de Wet Politiegegevens en de Politiewet, die immers voorschrijven dat de Politie uitsluitend kentekens mag vastleggen en mag bewaren indien zij relevant zijn voor de politietaak of voor een lopend onderzoek. Dat het de Politie niet is toegestaan om ongelimiteerd ANPR-gegevens te bewaren, blijkt voorts uit het aanhangige Wetsvoorstel ANPR, waarin wordt voorgesteld de mogelijkheden die de Politie heeft om ANPR-gegevens te bewaren, te versoepelen.¹³¹ De huidige wettelijke mogelijkheden om de gegevens te bewaren, zijn klaarblijkelijk niet toereikend.
- 6.33 Uit het voorgaande volgt dat, zou er al van uitgegaan kunnen worden dat het opvragen van de gegevens door de Belastingdienst plaats kon vinden binnen de kaders van artikel 55 AWR, het aannemelijk is dat sprake is van een situatie waarin de betreffende derde (in dit geval de Politie) de informatie onbevoegd heeft verkregen (i.e. de gegevens in strijd met de wet heeft bewaard). De vervolgvraag is dan of de ANPR-data door de Belastingdienst zijn verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht.¹³²
- 6.34 Tegenover de overschrijdingen genoemd in onderdeel 6.31 en 6.32, staat dat de feitelijke bewaartermijn door de Politie zeer gering is (uit het convenant van en de bijbehorende bijlagen blijkt dat de ANPR-gegevens – zonder inhoudelijke raadpleging door werknemers van de Politie – iedere week door de Politie werden overgedragen aan de Belastingdienst), en dat de Belastingdienst de gegevens na ontvangst scant

¹³⁰ Verder kan bijvoorbeeld worden gedacht aan alle personenauto's en bestelauto's die als zakelijke auto worden aangemerkt, auto's met groene kentekenborden die worden uitgereikt aan erkende handelaren en herstelbedrijven, taxi's, geschorste voertuigen, auto's die in de bedrijfsvoorraad van een erkend bedrijf zijn opgenomen, autobussen, vrachtwagens, auto's met buitenlandse kentekens met een waarschuwing BPM, auto's met kentekens van voertuigen van vergunninghouders en auto's ter zake waarvan de BPM niet is betaald.

¹³¹ Zie het Wetsvoorstel ANPR in de onderdelen 6.14 t/m 6.23 van deze conclusie.

¹³² Zie onderdeel 4.4 e.v. van deze conclusie.

op fiscale relevantie met behulp van een referentiebestand, waarna de niet-fiscaal relevante waarnemingen werden verwijderd.

- 6.35 Het komt mij voor dat, ervan uitgaande dat de onderhavige informatieverwerking door de Belastingdienst ook feitelijk heeft plaatsgevonden overeenkomstig de voorwaarden van het convenant en bijbehorende documenten, onder deze omstandigheden de in onderdeel 6.33 gestelde vraag, of de verkrijging van de ANPR-data door de Belastingdienst ex artikel 55 AWR onder toepassing van het 'oude' convenant ontoelaatbaar moet worden geacht, ontkennend moet worden beantwoord.

7 Rechtmatigheid zelfstandige vergaring ANPR-gegevens door de Belastingdienst

A Het convenant van 28 oktober 2014 (medegebruik ANPR-camera's)

- 7.1 Op 28 oktober 2014 is tussen de Belastingdienst en de Politie een nieuw convenant gesloten waarin de samenwerking tussen beide partijen is genormeerd.¹³³ Bij het herziene convenant is tevens een protocol opgesteld waarin is geregeld hoe de Belastingdienst concreet omgaat met voertuigpassagegegevens.¹³⁴

- 7.2 In het herziene convenant wordt niet langer gesproken over medegebruik van ANPR-gegevens, maar over medegebruik van de op de openbare weg geplaatste camera's die met de ANPR-apparatuur zijn uitgerust. Dat betekent dat onder het herziene convenant niet langer sprake is van verstrekking van de beelden door de Politie aan de Belastingdienst op grond van artikel 55 AWR. Artikel 4 van het convenant bepaalt dienaangaande:

4.1 De Belastingdienst en de Politie realiseren in gezamenlijkheid een technische oplossing in de vorm van een koppelvlak waarbij de gegevens van de in artikel 1 genoemde ANPR camera's rechtstreeks (in real-time) en zonder opslag in een politieomgeving naar de BD omgeving worden geleid voor verdere verwerking.

4.2 De technische uitwerking wordt vastgelegd in een tussen partijen te maken werkafspraken welke geacht wordt deel uit te maken van deze overeenkomst. Deze werkafspraken omvat onder meer een nauwkeurige beschrijving van de aard van de door te geleiden gegevens, de precieze wijze van doorgeleiding en de bij de uitvoering van deze overeenkomst betrokken contactpersonen.

¹³³ Convenant Belastingdienst-Politie inzake medegebruik door de Belastingdienst van de ANPR-camera's van de Politie van 27 oktober 2014, *Stcrt.* 2014, 30314.

¹³⁴ Het protocol, gedateerd 7 januari 2015, is te raadplegen op http://download.belastingdienst.nl/belastingdienst/docs/protocol_convenant_belastingdienst_politie_anpr_al11431z2ed.pdf.

7.3 Artikel 11 AWR is volgens partijen de wettelijke grondslag voor het (mede)gebruik van de politiecamera's door de Belastingdienst:

3.1 Het verzamelen, vastleggen en bewaren van de camerabeelden door de Belastingdienst vindt plaats in het kader van de heffing en invordering van rijksbelastingen. De bevoegdheid van de Belastingdienst om camerabeelden te gebruiken, is gebaseerd op art. 11 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen, dat wil zeggen de autonomie van de inspecteur om op basis van de hem ter beschikking staande feiten/waarnemingen een aanslag op te leggen.

3.2 De van de ANPR-camera's ontvangen beelden/gegevens worden door de Belastingdienst gebruikt voor het toezicht op de naleving van fiscale wet- en regelgeving inzake onder meer:

- Wet op de loonbelasting 1964 (privé gebruik auto);
- Wet Inkomstenbelasting 2001 (o.a. privé gebruik auto); (...).

7.4 Artikel 3 van het convenant bepaalt dat de verzamelde gegevens direct worden gefilterd op relevantie, zodat de verwerking in overeenstemming is met de Wpg:

3.3 Niet alle door de ANPR-camera's vastgelegde gegevens zijn voor de Belastingdienst relevant. Om te voldoen aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit worden de ANPR-gegevens bij de verwerking door de Belastingdienst direct gefilterd op fiscale relevantie. De fiscaal niet relevante gegevens worden direct vernietigd. De wijze waarop de selectie op fiscale relevantie wordt uitgevoerd wordt door de Belastingdienst vastgelegd in een protocol dat periodiek wordt bijgewerkt.

3.4 De verwerking van de beelden/gegevens door de Belastingdienst zal uitsluitend plaatsvinden op een wijze die in overeenstemming is met de Wet bescherming persoonsgegevens.

7.5 In het protocol worden de volgende gegevens aangemerkt als fiscaal relevant:¹³⁵

- Voertuigpassagegegevens die betrekking hebben op motorrijtuigen die gelieerd zijn aan een ondernemer in de zin van de Wet op de Omzetbelasting 1968, de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 of de Wet op de Vennootschapsbelasting, dan wel een inhoudingsplichtige in de zin van de Wet op de Loonbelasting 1964. Deze gegevens zijn naar hun aard altijd fiscaal relevant.
- Voertuigpassagegegevens die betrekking hebben op zware vrachtwagens waarop de Wet belasting zware motorrijtuigen van toepassing is zijn naar hun aard ook altijd fiscaal relevant.
- Voertuigpassagegegevens die betrekking hebben op motorrijtuigen op naam van particulieren, niet-ondernemers, worden alleen verwerkt als daar een concrete aanleiding voor is. Zij zijn fiscaal relevant als ten aanzien van die motorrijtuigen sprake is van een aanwijzing dat een daarop betrekking hebbende verplichting op basis van de Wet op de motorrijtuigenbelasting 1994 of de Wet op de belasting van personenauto's en motorrijwielen 1992 niet is of wordt nageleefd.

7.6 De redactie van de *FutD* heeft het herziene convenant als volgt becommentarieerd:¹³⁶

(...) Die wettelijke grondslag probeert de minister van Veiligheid en Justitie te maken maar dat komt niet goed van de grond. In een begin 2013 ingediend wetsvoorstel zijn maatregelen opgenomen voor het vastleggen en het maximaal vier weken lang bewaren van "passagegegevens" (...). Dit zijn gegevens over kentekens van passerende voertuigen, waarbij het ook gaat om kentekengegevens van voertuigen die op dat moment niet noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de politietaken. Kentekens en de daarmee verbonden gegevens van tijd en locatie kunnen dan worden vastgelegd en gedurende een periode van vier weken worden bewaard. In de memorie van toelichting wordt opgemerkt

¹³⁵ Zie onderdeel 2.2 van het protocol.

¹³⁶ *FutD* 2014/2465.

dat een bevoegdheid tot het bewaren van passagegegevens moet voldoen aan de eisen van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit, die voortvloeien uit het EVRM. De plenaire behandeling van dit wetsvoorstel door de Tweede Kamer is vooralsnog aangehouden in afwachting van het kabinetsstandpunt over het arrest van het EU-Hof van Justitie van 8 april 2014 in de gevoegde zaken *Digital Rights Ireland* en *Seitlinger* over de EU-Richtlijn dataretentie (...) en de gevolgen van dit arrest voor de Nederlandse wetgeving. Dat arrest gooit roet in het eten van de wetgever. In dat arrest besliste het EU-Hof namelijk in niet mis te verstane bewoordingen dat de Dataretentierichtlijn (nr. 2006/24/EG), die aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken verplicht om telecommunicatiegegevens maximaal twee jaar te bewaren, in strijd is met het recht op privacy en met het recht op bescherming van persoonsgegevens in de zin van het Handvest voor de grondrechten van de EU. Een inbreuk op deze rechten is volgens het EU-Hof geoorloofd in verband met de doelstellingen van algemeen belang, zoals het gebruik voor onderzoek en vervolging van zware criminaliteit, maar de Richtlijn bevat geen enkele beperking. Verder ontbreken daarin volgens het EU-Hof ook minimumwaarborgen om de opgeslagen data te beschermen tegen misbruik, zijn er geen objectieve criteria opgenomen die de toegang tot en het gebruik van de gegevens beperken en is niet voorzien in een criterium, op basis waarvan de bewaartermijn van de data wordt beperkt tot een strikt noodzakelijke termijn.

Het (openbaar gemaakte gedeelte van het) herziene convenant bevat geen enkel voorbehoud noch een van de in het arrest of zelfs in het wetsvoorstel genoemde beperkingen. Uit de openbaar geworden stukken van het herziene convenant blijkt dat de Belastingdienst voortaan beschikt over de real time-kentekengegevens. In het herziene convenant ontbreekt de opslag- en bewaartermijn van vijf jaar die in het vorige convenant wel was opgenomen. Naar onze mening is de Belastingdienst naar de huidige stand van wetgeving en rechtspraak niet bevoegd om kentekengegevens te gebruiken noch deze voor controles beschikbaar te hebben en houden. Waar opslag en bewaren van telecommunicatiegegevens voor onderzoek en vervolging van zware criminaliteit al moeten voldoen aan zeer strenge eisen en waarborgen, geldt dat naar onze mening zeker voor kentekengegevens van vooralsnog onschuldige gebruikers van de openbare weg.

B Kamervragen herziening convenant

- 7.7 Kamerleden *Schouw* en *Oosenbrug* hebben op 30 oktober 2014 Kamervragen gesteld over het herziene convenant. De vragen hebben betrekking op de mogelijkheden die de Belastingdienst heeft om zelfstandig informatie te vergaren. De Staatssecretaris heeft de herziene (huidige) werkwijze als volgt toegelicht:¹³⁷

Het medegebruik door de Belastingdienst van vaste ANPR-camera's van de politie op een beperkt aantal locaties op doorgaande wegen houdt in dat de Belastingdienst er uit praktische overwegingen voor heeft gekozen om niet zelf camera's te plaatsen naast die van de politie, maar de politiecamera's te gebruiken om foto's te maken. De door de Belastingdienst gemaakte beelden met de ANPR-camera's worden rechtstreeks (in real-time) en zonder opslag in een politieuomgeving naar de Belastingdienst gezonden. Overigens slaat de Belastingdienst vervolgens niet onbeperkt alle kentekengegevens op. Pas als het fiscaal relevant is, bijvoorbeeld voor het bepalen of er terecht geen bijtelling met betrekking tot de auto van de zaak plaatsvindt, worden de kentekengegevens opgeslagen. Alle niet fiscaal relevante kentekengegevens worden dus niet bewaard in de database van de Belastingdienst.

¹³⁷ Tweede Kamer 2014/15. Vragen gesteld door de leden van de Kamer, kenmerk 2014Z19545. Deze vragen dienen ter aanvulling op eerdere vragen ter zake van het lid *Gesthuizen* (SP), ingezonden 30 oktober 2014 (vraagnummer 2014Z19221).

- 7.8 De Staatssecretaris benadrukt dat onder het herziene convenant niet sprake is van het ter beschikking stellen van gegevens aan de Belastingdienst, maar van zelfstandige vergaring van gegevens op grond van artikel 11 AWR:

Antwoord vraag 3

Nadrukkelijk zij vermeld dat er geen sprake is van "ter beschikking stellen van gegevens". Door middel van het medegebruik van de camera's, verzamelt de Belastingdienst zelf gegevens ten behoeve van voor het doel waarvoor ze zijn verzameld, namelijk het uitvoeren van de belastingwetgeving en andere wetgeving waarvan de handhaving is opgedragen aan de Belastingdienst. Zoals in het antwoord op vraag 2 aangegeven bewaart de Belastingdienst daarbij geen gegevens die niet bijdragen aan die taken. De gegevensverzameling van de Belastingdienst wordt dus niet gebruikt voor een ander doel en er is derhalve ook geen sprake van function creep. Van een nieuwe toepassing van de gegevens is geen sprake.

Antwoord vraag 16

Zoals in het antwoord op vraag 2 is uiteengezet, is er sprake van gedeeld cameragebruik, waarbij zowel de Belastingdienst als de politie op basis van een eigen wettelijke grondslag en met een eigen doel gegevens verzamelen die zij rechtstreeks aan de bron (namelijk de gedeelde camera) onttrekken. Feitelijk en juridisch zijn dit twee van elkaar gescheiden gegevensstromen, elk voor het eigen doel en vervolgens gedekt door het geëigende privacyregime, de Wpg voor de politie en de Wbp voor de Belastingdienst. De Belastingdienst krijgt dus geen toegang tot ANPR-gegevens van de politie, maar verzamelt en bewaart zelf gegevens op basis van de AWR. De Belastingdienst verwerkt deze gegevens met als doel de uitvoering van de belastingwetgeving. Volledigheidshalve, maar wellicht ten overvloede benadruk ik dat er in deze opzet dus geen sprake is van gegevensverstrekking door de politie aan de Belastingdienst, en ook niet van gegevensverstrekking door Belastingdienst aan de politie. (...)

- 7.9 Het herziene convenant is volgens de Staatssecretaris niet de wettelijke grondslag voor de uitwisseling van ANPR-gegevens:¹³⁸

(...) Wat betreft het convenant inzake gedeeld cameragebruik tussen Belastingdienst en politie geldt dat dit convenant geen bepalingen bevat inzake onderlinge gegevensuitwisseling van ANPR-gegevens. Waar dat wel het geval is, is de rechtsgrondslag elders gelegen, zoals hiervoor is aangegeven.

- 7.10 Op de vraag hoe het herziene convenant zich verhoudt tot de richtlijn van het CBP, waarin is geconcludeerd dat automatische kentekenregistratie van alle passanten op de Nederlandse wegen inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer van een groot aantal burgers en geen sprake is van aangetoonde noodzakelijkheid, subsidiariteit of proportionaliteit, antwoordt de Staatssecretaris als volgt:¹³⁹

Als wordt bedoeld op het convenant dat het gedeeld cameragebruik regelt, dan is het van belang op te merken dat de Belastingdienst alleen de passagegegevens vastlegt van voertuigen die fiscaal relevant zijn. Dit is pas te bepalen nadat de gegevens zijn verzameld. Niet relevante gegevens worden direct verwijderd. Daarmee neemt de Belastingdienst de uitgangspunten van noodzakelijkheid, subsidiariteit en proportionaliteit in acht. Dit convenant bevat geen bepalingen inzake gegevensuitwisseling tussen Belastingdienst en politie/OM omtrent ANPR-gegevens.

¹³⁸ Zie vraag 11.

¹³⁹ Zie vraag 5.

- 7.11 Op de vraag hoe het vastleggen en bewaren van (fiscaal relevante) gegevens zich verhoudt tot de privacywetgeving, nu de Belastingdienst de gegevens zeven jaar mag bewaren en in die periode kan verstrekken aan derden (waaronder de politie, die de gegevens zelf niet mag bewaren), antwoordt de Staatssecretaris:

De bevoegdheden van de Belastingdienst om kentekengegevens te verzamelen, op te vragen en te bewaren zolang dat nodig kan zijn voor de uitvoering van de belastingwetgeving hebben alle een wettelijke basis, meestal de AWR. (...)

Zoals blijkt uit mijn antwoord op vraag 2 slaat de Belastingdienst niet alle kentekengegevens afkomstig van de ANPR-camera's op. Pas als zij fiscaal relevant zijn, worden de kentekengegevens opgeslagen. Alle fiscaal niet-relevante kentekengegevens worden niet bewaard in de database van de Belastingdienst en kunnen dus ook in een later stadium niet meer op een vordering van de officier van justitie worden verstrekt.

- 7.12 De leden stellen tot slot de vraag hoe het herziene convenant zich verhoudt tot het wetsvoorstel ANPR, waarvan de behandeling tijdelijk is stilgelegd wegens een uitspraak van het Hof van Justitie waarin de Dataretentierichtlijn onverbindend is verklaard. In dit arrest heeft het Hof van Justitie onderzocht of de Dataretentierichtlijn verenigbaar is met de Gegevensbeschermingsrichtlijn en de artikelen 7 en 8 van het Handvest EU.¹⁴⁰
- 7.13 Het Hof overwoog in het arrest dat de verplichting tot het bewaren van de metadata over alle communicatie die plaatsvindt via telefonie of internet, een directe impact is op artikel 7 en 8 Hv, zodat moet worden onderzocht of hiervoor een rechtvaardiging bestaat. Het overweegt hierbij wel dat artikelen 7 en 8 niet in de kern worden geraakt, nu de inhoud van de gegevens niet wordt bewaard en er beperkingen zijn gesteld op de bewaring en opslag van de gegevens.
- 7.14 Het Hof stelt verder vast dat de Dataretentierichtlijn een geschikt middel is om het doel van de richtlijn, het beschermen tegen de criminaliteit en bescherming van de veiligheid, te verwezenlijken.
- 7.15 Vervolgens toetst het HvJ of de Dataretentierichtlijn ook een noodzakelijk middel is om dit doel te realiseren. Gelet op het belang van de bescherming van data, moet deze toets volgens het HvJ strikt worden uitgevoerd. Dit brengt mee dat er duidelijke en nauwomschreven regels moeten worden vastgesteld met betrekking tot het bereik en de toepassing van de maatregelen in kwestie, en dat er minimale waarborgen moeten worden ingebouwd die ervoor zorgen dat effectieve bescherming kan worden geboden tegen misbruik en onrechtmatige toegang tot de gegevens.

¹⁴⁰ In artikel 7 is het recht op bescherming van privéleven en communicatie opgenomen; artikel 8 bevat het recht op bescherming van persoonsgegevens.

7.16 Het HvJ concludeert dat de Dataretentierichtlijn de door art. 7, 8 en 52 Hv gestelde grenzen te buiten gaat en dat de richtlijn onverbindend is. Het HvJ neemt hierbij onder meer de volgende omstandigheden in aanmerking:

- de maatregel in kwestie raakt de gehele Europese bevolking, zelfs personen waarvan op geen enkele manier bekend is dat zij een link hebben met ernstige criminaliteit en personen waarvan de communicatie wordt afgedekt door een beroepsgeheim;
- er zijn geen beperkingen gesteld aan het bewaren van gegevens van bepaalde geografische zones, perioden in de tijd of kringen van personen;
- er is niet nader gespecificeerd welke nationale autoriteiten toegang moeten kunnen hebben tot de gegevens en onder welke voorwaarden dat mag, waardoor niet is gegarandeerd dat zulke toegang is beperkt tot die gevallen waarin dit strikt noodzakelijk is;
- de vastgelegde bewaartermijn tussen 6 en 24 maanden is niet door objectieve gronden gemotiveerd, en is daardoor evenmin beperkt tot wat strikt noodzakelijk is met het oog op het bereiken van de gestelde doelen.

7.17 Over de relevantie van deze uitspraak voor het wetsvoorstel ANPR en de verzameling van passagegegevens door de Belastingdienst, heeft de staatssecretaris van Financiën het volgende opgemerkt:¹⁴¹

(...) De uitspraak van het Europese Hof van Justitie over dataretentie is gebaseerd op het centrale kenmerk dat gegevensverwerking plaatsvindt met als doel de opsporing en vervolging van strafbare feiten. Dat is naar zijn aard een ander doel dan belastingheffing waarvoor andere voorwaarden en overwegingen gelden. Aangezien het wetsvoorstel ANPR ook als doel heeft de opsporing en vervolging van strafbare feiten te dienen is de uitspraak van het Hof relevant voor dat wetsvoorstel, en is het daarom aangehouden. Dat geldt echter niet zonder meer voor de uitvoering van andere overheidstaken, zoals belastingheffing, waarbij sprake is van een ander doel. Anders dan bij hetgeen waar het wetsvoorstel over ANPR op ziet, is dus geen wetswijziging nodig om de wijze van gegevensverwerking in het kader van de belastingheffing mogelijk te maken. De duur van de bewaartermijn van passagegegevens in het wetsvoorstel ANPR is vier weken. Bij de keuze van deze duur is een parallel gemaakt met de bewaartermijn van gemeentelijk cameratoezicht, die ook vier weken is.

7.18 Nu de Dataretentierichtlijn betrekking heeft op gegevensbewaring ten behoeve van de bestrijding van criminaliteit, terwijl de gegevensvergaring door de Belastingdienst

¹⁴¹ Zie vraag 16 van de Kamervragen.

betrekking heeft op de uitvoering van de belastingwet, lijkt het arrest in eerste oogopslag niet van belang te zijn voor de onderhavige problematiek.¹⁴²

- 7.19 Deze constatering doet er echter niet aan af dat ook de aan de orde zijnde verzameling van persoonsgegevens door de Belastingdienst in overeenstemming moet geschieden met het bepaalde in artikel 7 en 8 Hv EU, en dat de Dataretentie-uitspraak van het HvJ aanknopingspunten geeft voor de vraag binnen welke grenzen deze gegevensvergaring en -bewaring binnen het EU-recht kan plaatsvinden.

C Vastleggen ANPR-gegevens door de Belastingdienst en het recht op privacy van artikel 8 EVRM

- 7.20 Of het fotograferen van kentekens op de openbare weg een inbreuk vormt op de persoonlijke levenssfeer, hangt af van de vraag of de betrokkene mocht verwachten onbevangen zichzelf te kunnen zijn. Oftewel; van de vraag wat de 'person's reasonable expectations as to privacy' zijn.¹⁴³

- 7.21 In het arrest *Herbecq*¹⁴⁴ oordeelde het EHRM dat geen sprake is van een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer wanneer in de openbare ruimte camerabeelden van een betrokkene worden gemaakt, maar deze niet worden opgenomen. Het EHRM neemt hierbij in aanmerking dat 'the data available to a person looking at monitors is identical to that which he or she could have obtained by being on the spot in person' en dat sprake is van 'openbare gedragingen'.

- 7.22 Uit het arrest *P.G. and J.H.* blijkt dat ook het opnemen van situaties die zich afspelen in de openbare ruimte niet snel een aantasting zal opleveren van de privésfeer van de betrokkene. De betrokkene zal onder die omstandigheden immers de redelijke verwachting hebben dat hij zichtbaar is voor andere leden van de maatschappij. Op het moment dat het vastleggen van de gegevens echter op systematische of permanente wijze geschiedt, kan dit anders zijn, aldus het EHRM:¹⁴⁵

There are a number of elements relevant to a consideration of whether a person's private life is concerned in measures effected outside a person's home or private premises. Since there are occasions when people knowingly or intentionally involve themselves in activities which are or may be recorded or reported in a public manner, a person's reasonable

¹⁴² Het arrest is voor het wetsvoorstel ANPR relevant, omdat dit wetsvoorstel, evenals de Dataretentierichtlijn, is opgesteld ten behoeve van de opsporing van strafbare feiten (i.e. het versoepelen van de voorwaarden waaronder de Politie gegevens kan bewaren).

¹⁴³ Zie bijvoorbeeld EHRM 25 september 2001, no. 44787/98, § 56, ECHR 2001-IX, *J.H. v. the United Kingdom*.

¹⁴⁴ EHRM 4 januari 1998, no. 32200/96 en 32201/96, *Herbecq v. Belgium*.

¹⁴⁵ EHRM 25 september 2001, no. 44787/98, § 56, ECHR 2001-IX, *J.H. v. the United Kingdom*.

expectations as to privacy may be a significant, although not necessarily conclusive, factor. A person who walks down the street will, inevitably, be visible to any member of the public who is also present. Monitoring by technological means of the same public scene (for example, a security guard viewing through closed-circuit television) is of a similar character. Private life considerations may arise, however, once any systematic or permanent record comes into existence of such material from the public domain.

- 7.23 Het arrest *Peck*, dat twee jaar later door het EHRM werd gewezen, betrof een geval waarin de Britse overheid via camera's op straat een zelfmoordpoging van een persoon had waargenomen, en vervolgens, zonder bescherming van de identiteit van de betrokkene, delen van deze beelden had verspreid. De betrokkene in deze zaak kwam niet zozeer op tegen de opname van de beelden, maar wel tegen het onvoorziene gebruik ervan. Het EHRM overweegt eerst in algemene zin:¹⁴⁶

57. Private life is a broad term not susceptible to exhaustive definition. The Court has already held that elements such as gender identification, name, sexual orientation and sexual life are important elements of the personal sphere protected by Article 8. The Article also protects a right to identity and personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world and it may include activities of a professional or business nature. There is, therefore, a zone of interaction of a person with others, even in a public context, which may fall within the scope of "private life" (*P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, no. 44787/98, § 56, ECHR 2001-IX, with further references). (...)

59. The monitoring of the actions of an individual in a public place by the use of photographic equipment which does not record the visual data does not, as such, give rise to an interference with the individual's private life (...). On the other hand, the recording of the data and the systematic or permanent nature of the record may give rise to such considerations. Accordingly, in both the *Rotaru* and *Amann* judgments (to which the *P.G. and J.H.* judgment referred) the compilation of data by security services on particular individuals even without the use of covert surveillance methods constituted an interference with the applicants' private lives (*Rotaru v. Romania* [GC], no. 28341/95, §§ 43-44, ECHR 2000-V, and *Amann v. Switzerland* [GC], no. 27798/95, §§ 65-67, ECHR 2000-II). While the permanent recording of the voices of *P.G. and J.H.* was made while they answered questions in police cell as police officers listened to them, the recording of their voices for further analysis was regarded as the processing of personal data about them amounting to an interference with their right to respect for their private lives (the above-cited *P.G. and J.H.* judgment, at §§ 59-60).

- 7.24 Het EHRM wijst vervolgens op rechtspraak waarin is geoordeeld dat het voor de vraag of sprake is van een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, relevant is of de beelden in een private dan wel openbare omgeving zijn vastgelegd, en welke verwachtingen men redelijkerwijs kon hebben ter zake van het gebruik van deze beelden: was het voorzienbaar dat deze beelden openbaar zouden worden gemaakt? Ook de omstandigheden waaronder de verdere verwerking van de beelden plaatsvindt, spelen een rol bij de beantwoording van deze vraag. Het EHRM overweegt op dit punt:

(...) In this context, the Commission attached weight to the fact that the photographs taken remained anonymous in that no names were noted down, the personal data recorded and

¹⁴⁶ EHRM 28 januari 2003, no. 44647/98, *Peck v. the United Kingdom*.

photographs taken were not entered into a data processing system and no action had been taken to identify the persons photographed on that occasion by means of data processing (see *Friedl v. Austria*, the above cited Commission report, §§ 50-51). Similarly, in the *Lupker* case, the Commission specifically noted that the police used the photographs to identify offenders in criminal proceedings only and that there was no suggestion that the photographs had been made available to the general public or would be used for any other purpose.

7.25 Het EHRM beschouwde de verspreiding van de fragmenten in de betreffende zaak als een schending van het recht op privacy, omdat deze wijze van verwerking van de beelden veel verder ging dan het louter voor veiligheidsredenen waarnemen van een situatie, dan wel het vastleggen van 'public behaviour'. Dit gebruik van de beelden was voor de betrokkene onvoorzienbaar.

7.26 In 2004 boog de (Strafkamer van de) Hoge Raad zich over de vraag of het via camera's waarnemen door de Politie van (strafbare) gedragingen van een verdachte in het openbaar een inbreuk vormde op artikel 8 EVRM. De camera's waren geïnstalleerd met het oog op de handhaving van de openbare orde. De Hoge Raad oordeelde dat het oordeel van het hof, dat 'die waarneming geen betrekking had op een situatie waarin de verdachte mocht verwachten onbevangen zichzelf te kunnen zijn', op een juiste rechtsopvatting berust en niet onbegrijpelijk is. De Hoge Raad overwoog vervolgens:¹⁴⁷

Onjuist is de kennelijk mede aan het verweer en het middel ten grondslag liggende opvatting dat de enkele omstandigheid dat hier sprake zou zijn van een op een ontoereikende wettelijke basis steunend (permanent) cameratoezicht reeds zou meebrengen dat genoemde waarneming een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte oplevert.

7.27 De wetgever heeft, bij de behandeling van een wetsvoorstel tot wijziging van de Wbp, het volgende opgemerkt met betrekking tot de vastlegging van ANPR-gegevens door de Politie in verband met het recht op privacy:¹⁴⁸

In de rechtspraak wordt aangenomen dat bij kortstondige waarnemingen op de openbare weg de persoonlijke levenssfeer niet in het geding is, althans niet in die mate dat dit gebaseerd moet zijn op een speciale bevoegdheid (EHRM, *Peck v. Verenigd Koninkrijk*, 44647/98, 28 januari 2003; HR 20 april 2004, LJN AL8449). Hierbij is relevant dat bestuurders van voertuigen kunnen weten en verwachten dat hun voertuig op de openbare weg aan de hand van het kenteken door de politie kan worden waargenomen. Het is van algemene bekendheid dat het kenteken op de kentekenplaat ertoe dient dat bestuurders van auto's op de weg kunnen worden herkend ten behoeve van de handhaving van wet- en regelgeving. Bestuurders van voertuigen kunnen redelijkerwijs geen verwachting hebben dat zij voor de politie onopgemerkt blijven. Zoals tot uitdrukking komt in de rechtspraak van het EHRM, is voor de vraag of sprake is van inmenging in de persoonlijke levenssfeer de «reasonable expectation of privacy» van betrokkene van belang.

¹⁴⁷ HR 20 april 2004, nr. 02632/02, ECLI:NL:HR:2004:AL8449, na conclusie A-G Jörg, NJ 2004, 525.

¹⁴⁸ *Kamerstukken II* 2012/13, 33 542, nr. 3, p. 16-17 (MvT). Het wetsvoorstel is thans in behandeling bij de Tweede Kamer. Zie voor de huidige stand van zaken van het wetsvoorstel: https://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/33542_vastleggen_en_bewaren.

- 7.28 Op 3 oktober 2014 heeft de Staatssecretaris een brief gepubliceerd waarin hij ingaat op de bevoegdheid van de Belastingdienst om ANPR-gegevens te verzamelen. In dit Kamerstuk benadrukt de Staatssecretaris nogmaals dat de wettelijke grondslag voor het vastleggen van de ANPR-gegevens wordt geboden door artikel 11 AWR;¹⁴⁹

Voor een juiste en volledige belastingheffing is het noodzakelijk dat de Belastingdienst over informatie beschikt. Het betreft altijd gegevens die voor de belastingheffing (en overige wettelijke taken) van belang zijn en daarom door de Belastingdienst op basis van wet- en regelgeving (meestal de AWR) mogen worden binnengehaald en bewaard. Dit houdt ook in dat er gegevens bijzitten die in beginsel niet door andere instanties mogen worden verzameld.

(...) De Belastingdienst heeft dus de bevoegdheid data op te vragen met het oog op de uitvoering van zijn taken, ook als het daarbij om grote hoeveelheden gaat. Dit geldt ook voor ANPR-gegevens. Dit gebeurt door het inzetten van camera's in Belastingdienstvoertuigen en door middel van het medegebruik van de bij de politie in gebruik zijnde ANPR-camera's. Deze gegevens worden rechtstreeks en zonder opslag in een politieomgeving naar de Belastingdienst geleid. 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.

(...) Van onrechtmatige spionageactiviteiten door de Belastingdienst zoals genoemd in het artikel is geen sprake. De Belastingdienst heeft geen opsporingsbevoegdheden – behalve de FIOD – en oefent deze dus ook niet uit. Het convenant met de politie waaraan gerefereerd wordt in het artikel is inmiddels herzien en betreft het convenant met de politie over het medegebruik door de Belastingdienst van de ANPR-camera's. Zoals hierboven al opgemerkt worden de gegevens rechtstreeks en zonder opslag in een politieomgeving naar de Belastingdienst geleid. In dit convenant is geen gegevensverstrekking van de Belastingdienst richting politie geregeld en die vindt in dit kader dus ook niet plaats. (...)

D Conclusie

- 7.29 De Belastingdienst legt onder het convenant van 2014 met behulp van op de openbare weg geplaatste ANPR-camera's zelfstandig passagegegevens vast. In dit onderdeel wordt onderzocht of deze bevoegdheidsuitoefening door de Belastingdienst rechtmatig plaatsvindt.
- 7.30 Eerst is aan de orde of het zelfstandig verzamelen van ANPR-gegevens door de Belastingdienst in overeenstemming is met artikel 8 EVRM. De eerste vraag is daarbij of de vastlegging van de gegevens een inmenging is in de persoonlijke levenssfeer van de betrokkenen.
- 7.31 Via een monitor gedragingen waarnemen in de openbare ruimte leidt niet tot een inbreuk op de privacy van de betrokkenen, wanneer de waarnemingen identiek zijn

¹⁴⁹ *Kamerstukken II 2014/15, 32 761, nr. 71, p. 2-3* (Brief van de minister van Veiligheid en Justitie en staatssecretaris van Financiën).

aan die welke door de waarnemer zouden zijn verkregen 'by being on the spot in person'.¹⁵⁰ Een zodanige inbreuk doet zich wel voor indien deze waarnemingen systematisch en permanent worden vastgelegd (zie het arrest *P.G. & H.J.*).¹⁵¹

- 7.32 De wijze waarop de Belastingdienst de betreffende passagegegevens verzamelt – het vastleggen van passagegegevens van alle weggebruikers die de op de openbare wegen geplaatste camera's passeren – kwalificeert mijns inziens als een zodanige systematische wijze van gegevensverwerking.
- 7.33 Het voorgaande heeft mijns inziens tot gevolg dat het vastleggen en verwerken van de camerabeelden een inmenging is in de privacy van de betrokkenen.
- 7.34 Een zodanige inbreuk is alleen toegestaan indien deze bij de wet is voorzien. Uit het arrest *Sunday Times*¹⁵² volgt dat de eis van een wettelijke grondslag meebrengt dat de wet toegankelijk c.q. openbaar moet zijn, en dat de gevolgen van de wet voor de betrokkene in een bepaalde mate voorzienbaar moeten zijn.¹⁵³
- 7.35 In het convenant van 2014 wordt de bevoegdheid tot het vastleggen van de gegevens door de Belastingdienst gebaseerd op artikel 11 AWR. Deze bepaling behelst volgens partijen 'de autonomie van de inspecteur om op basis van de hem ter beschikking staande feiten/waarnemingen een aanslag op te leggen'. Deze opvatting impliceert dat de ANPR-gegevens de inspecteur ter beschikking staan en hij deze als zodanig mag gebruiken bij het opleggen van de aanslag.
- 7.36 Van gegevens die de inspecteur ter beschikking staan, is mijns inziens bijvoorbeeld sprake bij openbaar toegankelijke informatie dan wel (niet-systematische c.q. niet-gestructureerde) waarnemingen in openbare gelegenheden. Van dit laatste is, blijkens de vaststelling dat de handeling een inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer van de betrokkenen, geen sprake. De ANPR-gegevens kunnen dus niet worden aangemerkt als gegevens die de Inspecteur *ter beschikking staan* als bedoeld in artikel 11 AWR.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Zie onderdeel 7.12.

¹⁵¹ Zie onderdeel 7.13.

¹⁵² Zie onderdeel 3.17.

¹⁵³ Zie het vereiste van 'lawfulness' in de onderdelen 3.17 t/m 3.25 van deze conclusie.

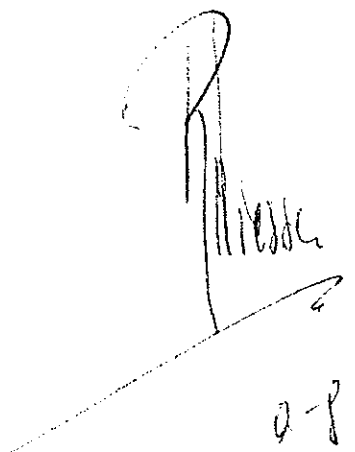
¹⁵⁴ Volgens Feteris kan hierbij gedacht worden aan kennisneming van openbaar toegankelijke bronnen en aan waarnemingen op openbaar toegankelijke plaatsen (zie onderdeel 3.11 van deze conclusie).

- 7.37 De enige taak die artikel 11 AWR aan de inspecteur toekent, is het opleggen van de aanslag met de gegevens die hem ter beschikking staan. Uit niets blijkt dat de Inspecteur aan deze bepaling (systematische) controlebevoegdheden kan ontleen.
- 7.38 In verband met het toezicht op de naleving van de Awb kent die wet in titel 5.2 een reeks bevoegdheden toe aan het bestuur. Deze titel is echter voor de toepassing van de belastingwetten uitgesloten in artikel 1, lid 3, AWR. Dit laatste geldt eveneens voor de bevoegdheden van de Douane, die uitvoerig zijn geregeld in artikel 1:20 t/m 1:37 van de Algemene douanewet.
- 7.39 In het systeem van de AWR vloeien de onderzoeksbevoegdheden van de inspecteur, voor zover zij verder gaan dan waarnemingen in de openbare ruimte, voort uit de bepalingen van artikel 47 e.v. van de AWR.¹⁵⁵
- 7.40 Noch uit deze bepalingen noch uit artikel 11 AWR kan mijns inziens worden afgeleid dat de inspecteur bevoegd zou zijn om een actief onderzoek als het onderhavige in te stellen naar het doen en laten van de belastingplichtige, anders dan in de wet uitdrukkelijk geregeld.
- 7.41 In het systeem van de AWR zijn de onderzoeksbevoegdheden van de inspecteur integendeel in hoofdzaak gericht op de administratie van de belastingplichtige, alsmede die van administratieplichten en de lichamen genoemd in artikel 55 der wet. Daarnaast kent de wet in artikel 50 nog de bijzondere regel voor de toegangverlening.
- 7.42 Het komt mij derhalve voor dat de Belastingdienst te dezen handelt zonder dat daartoe in de Awb of de AWR een bevoegdheid is geregeld (i.e. niet op een wettelijke grondslag berust). Nu de inbreuk niet bij wet is voorzien, moet worden geconcludeerd dat het vastleggen van de ANPR-gegevens door de Belastingdienst op de openbare weg in strijd is met het door artikel 8 EVRM gewaarborgde recht op bescherming van het privéleven.
- 7.43 Zo al zou worden geoordeeld dat een bevoegdheid zoals het verkrijgen van ANPR-gegevens toch uit de wet, bijvoorbeeld artikel 11 AWR, kan worden afgeleid, dan is deze daarin toch zo onhelder en zonder waarborgen voor de bescherming van de

¹⁵⁵ Zie T.C. Borman in: *Algemene wet bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 425.

privacy geregeld dat ook in dat geval niet kan worden gesproken van een wettelijke basis die voldoet aan de eisen die het EHRM daaraan stelt in verband met artikel 8 EVRM.

- 7.44 Zowel het vastleggen als het gebruik van de gegevens (i.e. het controleren van door de belastingplichtigen overgelegde rittenadministratie ten behoeve van de heffing van loonbelasting) is immers niet redelijkerwijs voorzienbaar voor de betrokkenen.

A handwritten signature, possibly 'R. M. de Vries', is written above a long diagonal line. Below the line, the initials 'a-p.' are written.