

DE DRAAGWIJDTE VAN HET RECHT OP PRIVÉLEVEN BIJ DE INFORMATIE-INZAMELING DOOR DE FISCALE ADMINISTRATIE

Sylvie De Raedt

Proefschrift ingediend met het oog op het behalen van de graad van
doctor in de rechten

Promotor: **Prof. Dr. S. Van Crombrugge**

Academiejaar 2016-2017

Hoofdstuk 1 Relevantie van het onderzoeksonderwerp, formulering van de centrale onderzoeksvraag en afbakening van het onderzoeksonderwerp

Afdeling 1 Relevantie van het onderzoeksonderwerp en eerste formulering van de centrale onderzoeksvraag1

Onderafdeling 1 De toegenomen informatie-inwinning en het logische verband met het recht op privéleven.....1

Onderafdeling 2 Finaliteit en relevantie van het gevoerde onderzoek3

§ 1 Finaliteit van het onderzoek.....3

§ 2 Relevantie van het onderzoek voor de rechtsbescherming van de betrokken.....4

§ 3 Relevantie van het onderzoek voor een effectievere inning van de belasting.....4

I. Bijdrage tot een privacyconform rechtskader.....4

II. Bijdrage tot een privacyconform heffingsgedrag.....6

Afdeling 2 Afbakening van het onderwerp.....7

Hoofdstuk 2 Onderzoek naar de draagwijdte van het recht op privéleven en het recht op de bescherming van de persoonsgegevens

Afdeling 1 Toelichting bij de onderzoeksmethodologie en afbakening van het onderzoek.14

Onderafdeling 1 Inleiding.....14

Onderafdeling 2 Rechtshistorisch onderzoek naar het recht op privéleven14

§ 1 Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens14

§ 2 De “informatie privacy”18

§ 3 De rol van internationale organisaties in het vraagstuk naar de impact van nieuwe technologieën op het recht op privéleven.....21

I. De OESO.....21

II. De Raad van Europa.....23

III. De Verenigde Naties.....27

§ 4 De grondrechtenbescherming binnen de EU via de rechtspraak van het Hof van Justitie.....27

§ 5 De richtlijn over de bescherming van de persoonsgegevens.....30

§ 6 De invoering van het recht op privéleven in de Belgische Grondwet.....32

§ 7 Het Europees Handvest van de grondrechten.....33

§ 8 Modernisering van de regels betreffende bescherming van de persoonsgegevens.....35

Onderafdeling 3 Motivering voor de keuze van de onderzochte rechtsbronnen en voor de methodologie bij de studie van deze rechtsbronnen39

§ 1 Onderzoek naar de draagwijdte van het recht op privéleven als grondrecht.....39

I. Motivering voor de keuze van de onderzochte rechtsbron.....39

II. Interpretatie van de gekozen rechtsbron45

III.	Verticale werking en onrechtstreekse horizontale werking van artikel 8 EVRM ..	46
§ 2	Onderzoek naar de draagwijdte van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens.....	50
I.	Motivering voor de keuze van de onderzochte rechtsbron.....	50
II.	Interpretatie van de rechtsbron.....	54

Afdeling 2 Onderzoek naar de draagwijdte van het recht op privéleven en het recht op de bescherming van de persoonsgegevens.....56

<u>Onderafdeling 1</u>	Het recht op privéleven	56
§ 1	Inleiding.....	56
§ 2	Is er sprake van een inmenging in het privéleven?.....	57
I.	De beschermde rechten	57
A.	Inleiding.....	57
B.	Privéleven als generiek begrip.....	58
C.	Begrip woning	64
D.	Begrip correspondentie	70
E.	Bescherming van informatie	73
1.	Informatie over een natuurlijk persoon.....	74
a.	Van “information relating to a person’s private life” tot “personal data”	74
b.	Poging tot synthese.....	78
c.	Criteria voor een voorbehoudsloze rechtsbescherming.....	79
d.	Criteria voor een contextgebonden rechtsbescherming.....	81
2.	Informatie over een rechtspersoon.....	82
II.	Wanneer is er sprake van een inmenging in het recht op privéleven, het recht op woning of het recht op correspondentie?.....	87
§ 3	Is de inmenging in het privéleven toegelaten?.....	91
I.	Legaliteitseis	91
A.	Wettelijke basis.....	91
B.	Kwaliteitsvereisten.....	93
1.	Algemeen.....	93
2.	Toegankelijkheid.....	94
3.	Voorzienbaarheid.....	94
a.	Kwantitatief element van de voorzienbaarheid.....	96
b.	Kwalitatief element van de voorzienbaarheid.....	100
c.	Supplementair of alternatief: procedurele waarborgen tegen misbruik	103
II.	Legitimititeitseis	104
III.	Noodzakelijkheidseis.....	105
A.	Inhoudelijke criteria.....	105
B.	Supplementair of alternatief: de procedurele waarborgen tegen misbruik.....	111
C.	De noodzakelijkheidsvereiste wordt vermoed te zijn voldaan (BOSPHORUS- doctrine).....	117
§ 4	De positieve verplichting van de overheid om het recht op privéleven te waarborgen.....	118
§ 5	Conclusie over de draagwijdte van het recht op privéleven	121

<u>Onderafdeling 2</u> Het recht op bescherming van de persoonsgegevens	123
§ 1 Inleiding.....	123
§ 2 Toepassingsgebied.....	124
I. Materieel toepassingsgebied	124
A. Algemeen.....	124
B. Begrip persoonsgegeven.....	125
C. Begrip verwerking.....	131
1. Aard van de verwerking.....	131
2. Doeleinden van de verwerking.....	134
II. Personeel en territoriaal toepassingsgebied	135
§ 3 Toelaatbaarheid van de persoonsgegevensverwerking.....	139
I. Algemeen	139
II. De wettelijke verplichting als eerste relevante algemene toelaatbaarheidsgrond.....	144
III. Het openbaar belang als tweede relevante algemene toelaatbaarheidsgrond..	148
IV. Het principiële verbod op de verwerking van bepaalde categorieën gegevens..	150
A. De gevoelige en medische gegevens.....	150
B. De gerechtelijke gegevens.....	155
V. Verbod op geautomatiseerde besluitvorming.....	157
§ 4 Kwaliteitsvereisten van een toegelaten verwerking van persoonsgegevens.....	165
I. Eerlijk (of transparant en behoorlijk) en rechtmatig	167
II. Finaliteitsvereiste.....	168
A. Algemeen: herkomst en belang van de finaliteitsvereiste.....	168
B. Eerste aspect van het finaliteitsbeginsel: de doeleinden moeten welbepaald en uitdrukkelijk omschreven zijn.....	169
C. Tweede aspect van het finaliteitsbeginsel: de doeleinden moeten gerechtvaardigd zijn.....	173
D. Derde aspect van het finaliteitsbeginsel: de verdere verwerking moet verenigbaar zijn met de oorspronkelijke doeleinden.....	173
1. Algemene regel.....	173
2. Begrip onverenigbaarheid.....	174
3. De verdere verwerking voor onderzoeksdoeleinden.....	178
III. Proportionaliteit en minimale gegevensverwerking.....	182
IV. Overige kwaliteitsvereisten	184
§ 5 Het transparantiebeginsel geconcretiseerd: de rechten van de betrokkene betreffende de verwerking van persoonsgegevens.....	185
I. Het recht op informatieverstrekking.....	187
A. Persoonsgegevens verkregen bij de betrokkene.....	188
1. Te verstrekken informatie	188
2. Ogenblik van het verstrekken van de informatie.....	198
3. Vorm van het verstrekken van de informatie	199
4. Uitzondering op de verplichting tot informatieverstrekking.....	201
B. Persoonsgegevens niet verkregen bij de betrokkene.....	201
1. Te verstrekken informatie	202
2. Ogenblik van het verstrekken van de informatie.....	203

3.	Uitzondering op de verplichting informatie te verstrekken	204
4.	Vorm van het verstrekken van de informatie	208
II.	Het recht op inzage.....	208
A.	Te verstrekken informatie.....	209
B.	Vorm	211
C.	Beperking van het recht op inzage.....	213
1.	De algemene uitzonderingsbepaling en het vangnet van de onrechtstreekse inzage	213
2.	De schorsing van het inzagerecht in fiscale zaken	213
3.	Conformiteit van de schorsing van het inzagerecht aan de algemene uitzonderingsbepaling van de Richtlijn 95/46 en de Verordening 2016/679, en aan artikel 8 lid 2 EVRM.....	215
a.	Vraagstelling.....	215
b.	Controle van de noodzakelijkheid van de beperking	215
c.	Controle van de voorzienbaarheid van de wettelijke bepaling.....	219
III.	Het recht op verbetering en vervolgediging.....	222
IV.	Het recht op weten.....	223
V.	Het recht op verzet.....	224
VI.	Het recht op de beperking van de verwerking.....	226
VII.	Het recht op overdraagbaarheid van de persoonsgegevens.....	227
§ 6	Het transparantiebeginsel geconcretiseerd door het openbaar register.....	227
§ 7	Conclusie.....	231

Afdeling 3 Rechtsbescherming235

<u>Onderafdeling 1</u>	Schending van het recht op privéleven als grondrecht	236
§ 1	Inleiding.....	236
§ 2	Rechtsbescherming ten aanzien van concreet overheidshandelen.....	240
I.	Het recht op een administratief of jurisdictioneel beroep tegen de inzameling van informatie.....	240
A.	Het recht op een administratief beroep.....	240
B.	Het recht op een jurisdictioneel beroep.....	243
II.	De beoordelingsbevoegdheid	249
A.	De beoordelingsbevoegdheid van de administratie.....	249
B.	De beoordelingsbevoegdheid van de rechter.....	253
III.	De gevolgen van de vastgestelde schending van het recht op privéleven.....	256
A.	Inleiding: de nietigheid van de onderzoeksdaad en de vraag naar het lot van de bekomen informatie.....	256
B.	Einde van de bewijsuitsluitingsregel in strafzaken: de Antigoon-doctrine.....	259
C.	Toepassing van de Antigoonleer in strafzaken op onderzoeksdaaden in strijd met het recht op privéleven.....	261
1.	Het eerste criterium: de uitdrukkelijk voorgeschreven nietigheidssanctie	261
2.	Het tweede en derde criterium en de invloed van de rechtspraak van het EHRM	262

3.	De invulling van het tweede en derde criterium van de Antigoonleer in strafzaken ten aanzien van een schending van het recht op privéleven..	265
D.	Einde van de bewijsuitsluitingsregel in fiscale zaken.....	269
E.	Invulling van de Antigooncriteria in fiscale zaken op bewijsverkrijging in strijd met het recht op privéleven.....	271
1.	Eerste criterium: de uitdrukkelijke nietigheidssanctie.....	271
2.	Derde criterium: het recht op eerlijk proces.....	271
3.	Tweede criterium: de beginselen van behoorlijk bestuur.....	273
a.	Algemeen.....	273
b.	Toepassing van het “zozeer indruist-criterium” in Nederland.....	274
c.	Conclusie voor de rechtsgevolgen van bewijsverkrijging met schending van het recht op privéleven voor België.....	278
F.	Wanneer is er dan sprake van een schending van het recht op privéleven?.	281
G.	Gevolg van de bewijsuitsluiting voor de aanslag.....	283
§ 3	Schending van het recht op privéleven als grondrecht door een wettelijke bepaling....	284
I.	Het recht op jurisdictioneel beroep.....	285
II.	De beoordelingsbevoegdheid van het Grondwettelijk Hof	285
III.	De gevolgen van de vastgestelde schending van het recht op privéleven.....	285

Onderafdeling 2 Schending van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens....286

§ 1	Inleiding.....	286
§ 2	Schending van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens door concreet overheidshandelen.....	293
I.	De rol van de toezichthoudende overheden.....	293
II.	Het administratief beroep.....	299
III.	Het jurisdictioneel beroep.....	300
A.	Het recht op jurisdictioneel beroep.....	300
B.	De beoordelingsbevoegdheid.....	303
C.	Rechtsgevolgen	304
1.	Inleiding.....	304
2.	Het lot van de onrechtmatig verkregen persoonsgegevens.....	305
a.	Artikel 14 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens.....	305
b.	De Antigoondoctrine toegepast op de onrechtmatig verwerkte persoonsgegevens.....	305
3.	De gevolgen voor de aanslag van de bekomen verwijdering, verbetering en het verbod van aanwending enerzijds en van de bekomen bewijsuitsluiting anderzijds.....	309
§ 3	Schending van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens door het bestaan van een wettelijk bepaling	311

Hoofdstuk 3 Toetsing van de algemene beginselen betreffende het recht op privéleven en het persoonsgegevensbeschermingsrecht bij de inzameling van informatie door de fiscale administratie

Afdeling 1 Toelichting bij de onderzoeksmethodiek en afbakening van het onderzoek ...312

Afdeling 2 Algemene procedurele waarborgen tegen misbruik.....313

Afdeling 3 Informatie bekomen bij de belastingplichtige316

Onderafdeling 1 Informatie bekomen op basis van de aangifte van de belastingplichtige...316

§ 1 Afbakening onderwerp.....317

§ 2 De aangifte als inmenging in het privéleven.....319

I. De aangifte voor natuurlijke personen319

II. De aangifte voor rechtspersonen323

III. De kadastraangifte.....327

IV. Besluit329

§ 3 De legaliteitsvereiste en de aangifte als inmenging in het privéleven.....329

I. De inmenging in het privéleven als gevolg van de naleving van de wettelijke aangifteverplichting330

A. Inleiding.....330

B. Voorzienbaarheid van de uitvoeringsmodaliteiten.....330

C. Voorzienbaarheid van het toepassingsgebied.....331

1. Wie moet de aangifte doen?.....331

2. Omschrijving van de verplicht te verstrekken inlichtingen.....332

D. Duidelijkheid over finaliteit en bewaartermijn.....336

II. De inmenging in het privéleven als gevolg van de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid van de administratie om de belastingplichtige tot aangifte uit te nodigen.....337

A. Inleiding.....337

B. De aangifte op grond van artikel 306 § 1 W.I.B. 1992.....337

C. De aangifte op grond van artikel 474 W.I.B. 1992.....338

§ 4 De noodzakelijkheidsvereiste en de aangifte als inmenging in het privéleven.....339

I. Inleiding.....339

II. De kadastraangifte.....339

III. De gewone aangifte.....340

A. Opvragen van informatie die niet nodig is voor de berekening van de belasting340

B. Opvragen van informatie als eerste stap in een controle.....341

1. Relevantie en pertinentie voor de belastingheffing.....342

2. Proportionaliteitsvereiste.....345

§ 5 De aangifte als verwerking van persoonsgegevens.....348

I. Inleiding en vraagstelling.....348

II. De aangifte voor natuurlijke personen348

III. De aangifte voor rechtspersonen349

§ 6 De toelaatbaarheid van de aangifte als gegevensverwerking.....350

§ 7 Kwaliteitsvolle verwerking van persoonsgegevens via de aangifte.....	354
I. Finaliteitsvereiste.....	354
II. Proportionaliteit en minimale gegevensverwerking.....	356
III. Transparantie van de gegevensverwerking via de aangifte	356
A. Informatieverstrekking.....	357
1. Kennisgeving aan de betrokkene bij wie de persoonsgegevens zijn bekomen.....	357
a. De aangifte in de personenbelasting en de belasting van niet-inwoners (natuurlijke personen).....	357
b. De kadastraangifte.....	360
2. Kennisgeving aan de betrokkene bij wie de persoonsgegevens niet zijn bekomen.....	361
B. Het recht op inzage	363
C. Het recht op verbetering en vervollediging en het recht op weten.....	363

<u>Onderafdeling 2</u> Informatie bekomen op basis van de uitoefening van de onderzoeksbevoegdheden ten aanzien van de belastingplichtige	365
§ 1 Afbakening van het onderwerp.....	365
§ 2 De uitoefening van de onderzoeksbevoegdheden ten aanzien van de belastingplichtige als inmenging in het privéleven.....	366
I. Het boekenonderzoek en het vraagrecht.....	367
A. De vraagstelling.....	367
B. Het ongewild karakter van de kennisname en het zwijgrecht.....	369
1. Het ongewild karakter van de kennisname.....	369
2. Het zwijgrecht.....	370
a. Inleiding.....	370
b. Het zwijgrecht: rechtsgrond en algemene draagwijdte.....	370
c. Het administratief onderzoek als strafvervolging in de zin van artikel 6 EVRM.....	372
d. Aanvang van de “strafvervolging”.....	374
e. De informatie die kan worden geweigerd op grond van het zwijgrecht.....	378
3. Conclusie betreffende de ongewilde kennisname van informatie als gevolg van het boekenonderzoek en het vraagrecht.....	381
C. De aard van de informatie die via het boekenonderzoek of het vraagrecht kan worden bekomen.....	383
1. De aard van de informatie die via het boekenonderzoek kan worden opgevraagd.....	383
2. De aard van de informatie die via het vraagrecht kan worden bekomen.....	390
3. Conclusie.....	391
II. Het visitatierecht.....	391
A. De vraagstelling.....	391
B. Het gedwongen karakter van het betreden en de aard van de gebouwen....	392
§ 3 De uitoefening van de onderzoeksbevoegdheden ten aanzien van de belastingplichtige en de legaliteitsvereiste	394

I.	De vraagstelling.....	394
II.	Het boekenonderzoek.....	395
	A. Voorzienbaarheid van de uitvoeringswijze.....	395
	B. Voorzienbaarheid van het toepassingsgebied.....	398
	C. Duidelijkheid over finaliteit en bewaartermijn.....	400
	D. Procedurele waarborgen tegen misbruik.....	402
III.	Het vraagrecht.....	405
	A. Voorzienbaarheid van de uitvoeringswijze.....	405
	B. Voorzienbaarheid van het toepassingsgebied.....	406
	C. Duidelijkheid over finaliteit en bewaartermijn.....	407
	D. Procedurele waarborgen tegen misbruik.....	407
IV.	Het visitatierecht.....	408
	A. Inleiding.....	408
	B. De voorzienbaarheid van de visitatie zelf	408
	1. Voorzienbaarheid van de uitvoeringswijze.....	408
	2. Voorzienbaarheid van het toepassingsgebied.....	411
	3. De procedurele waarborgen tegen misbruik.....	413
	a. Procedurele waarborgen inzake de visitatie van beroepslokalen.....	413
	b. Procedurele waarborgen inzake de visitatie van bewoonde lokalen	415
	4. Besluit betreffende de voorzienbaarheid van de fiscale visitatie.....	420
	C. (Onderzoeks)handelingen tijdens de visitatie.....	423
	1. Controle van de betrouwbaarheid van de informaticasystemen.....	423
	2. Vaststellingen en boekenonderzoek.....	424
	3. Vraagrecht en retentierecht.....	426
	4. Actief zoekrecht.....	427
	§ 4 Noodzakelijkheidsvereiste en de onderzoeksbevoegdheden van de fiscale administratie	433
	I. Vraagstelling.....	433
	II. Het boekenonderzoek en het vraagrecht.....	435
	III. Het visitatierecht.....	438
	§ 5 Het verwerken van persoonsgegevens bij het uitoefenen van de onderzoeksbevoegdheden.....	438
	§ 6 De toelaatbaarheid van de gegevensverwerking bij de uitoefening van de onderzoeksbevoegdheden.....	440
	§ 7 Kwaliteitsvolle verwerking van persoonsgegevens naar aanleiding van de uitoefening van de onderzoeksbevoegdheden.....	441
	I. Finaliteitsvereiste	441
	II. Proportionaliteit en minimale gegevensverwerking.....	442
	III. Transparantie van de gegevensverwerking via de uitoefening van de onderzoeksbevoegdheden	443
	A. Spontane informatieverstrekking.....	443
	1. De controle bij een natuurlijke persoon.....	444
	2. De controle bij een rechtspersoon.....	445
	B. Het recht op inzage.....	446
	C. Het recht op verbetering en vervollediging en het recht op wissen.....	446

Onderafdeling 3 Informatie bekomen buiten de uitoefening van de onderzoeksbevoegdheden en buiten de aangifte van de belastingplichtige 447

§ 1 Afbakening van het voorwerp.....447

§ 2 De inzameling van publieke informatie als inmenging in het privéleven.....449

 I. De vraagstelling.....449

 II. De observatie450

 III. Het raadplegen van publieke bronnen.....452

§ 3 De legaliteitsvereiste bij het verzamelen van publieke informatie die als een inmenging in het privéleven moet worden beschouwd.....453

§ 4 De noodzakelijkheidsvereiste van het verzamelen van publieke informatie die als een inmenging in het privéleven moet worden beschouwd.....456

§ 5 De inzameling van publieke informatie en de bescherming van de persoonsgegevens..457

Afdeling 4 Informatie bekomen bij derden459

Onderafdeling 1 Informatie bekomen bij derden op grond van verplichte medewerking...459

§ 1 Afbakening van het onderwerp.....459

§ 2 De verplichte informatieverstrekking van derden als inmenging in het privéleven, en het beroepsgeheim.....462

 I. De verplichte informatieverstrekking van derden als inmenging in het privéleven462

 II. Het beroepsgeheim kan verplichte informatieverstrekking vermijden.....463

 A. Inleiding.....463

 B. Juridische grondslag voor de primauteit van het beroepsgeheim.....464

 C. De evenredigheidscontrole.....466

 D. De tot het beroepsgeheim gehouden personen en de informatie die door het beroepsgeheim is gedekt.....468

§ 3 De verplichte informatieverstrekking door derden en de legaliteitsvereiste.....469

 I. De actieve informatieverstrekking door derden.....469

 II. Het derdenonderzoek470

 A. Inleiding.....470

 B. Voorzienbaarheid van de uitvoeringswijze.....471

 C. Voorzienbaarheid van het toepassingsgebied.....473

 1. Personeel toepassingsgebied.....473

 2. Afbakening van de omstandigheden waarin het derdenonderzoek mogelijk is.....476

 3. Afbakening van de inlichtingen die kunnen worden gevraagd.....477

 D. Finaliteit en bewaartermijn.....477

 E. Procedurele waarborgen tegen misbruik.....478

§ 4 De verplichte informatieverstrekking door derden en de noodzakelijkheidsvereiste483

 I. De noodzakelijkheidsvereiste bij de actieve verstrekking van informatie door derden.....483

 II. De noodzakelijkheidsvereiste bij het derdenonderzoek484

§ 5 De verplichte informatieverstrekking door derden als verwerking van persoonsgegevens	487
§ 6 De verplichte informatieverstrekking van derden als verwerking van persoonsgegevens en de vereiste van een kwaliteitsvolle verwerking.....	487
§ 7 De verplichte informatieverstrekking van derden en het transparantiebeginsel	490
<u>Onderafdeling 2</u> informatie bekomen bij financiële instellingen	492
§ 1 Afbakening van het onderwerp	492
§ 2 De informatieverstrekking van de financiële instelling als inmenging in het privéleven.....	494
§ 3 De legaliteitsvereiste van de informatieverstrekking van financiële instellingen	495
I. De informatieverstrekking door de financiële instelling.....	495
A. Algemeen en vraagstelling.....	495
B. Opvragen van inlichtingen bij een financiële instelling ingeval er sprake is van een mechanisme van belastingontduiking.....	496
C. Opvragen van informatie bij de financiële instelling naar aanleiding van een aanwijzing van belastingontduiking of het voornemen indiciair te taxeren..	501
II. De informatieverstrekking door het CAP.....	503
§ 4 De noodzakelijkheidsvereiste van de informatieverstrekking van financiële instellingen.....	506
§ 5 De informatieverstrekking van financiële instellingen als verwerking van persoonsgegevens.....	508
<u>Onderafdeling 3</u> Informatie bekomen bij derden op grond van vrijwillige medewerking.....	510
§ 1 Afbakening van het onderwerp.....	510
§ 2 Het vrijwillig verstrekken van informatie als inmenging in het privéleven	510
§ 3 Het vrijwillig verstrekken van informatie en het persoonsgegevensbeschermingsrecht.....	511
Afdeling 5 Inwinning van informatie bij binnenlandse overheden	512
<u>Onderafdeling 1</u> Informatie-inwinning binnen de FOD Financiën	512
§ 1 Afbakening van het onderzoek en overzicht van wijzigingen aan het fiscaal doelgebondenheidsbeginsel.....	512
I. Afbakening van het onderzoek.....	512
II. De teloorgang van het fiscaal doelgebondenheidsbeginsel.....	515
§ 2 De informatie-inwinning binnen de FOD Financiën als inmenging in het privéleven.....	523
§ 3 De legaliteitsvereiste en de inwinning van informatie binnen de FOD Financiën	524
I. Inleiding en vraagstelling.....	524
II. Algemeen en de voorzienbaarheid van de uitvoeringswijze	525
III. Voorzienbaarheid van het toepassingsgebied.....	526
A. De administraties die tot medewerking verplicht zijn.....	525
B. De administraties aan wie de informatie kan worden verstrekt.....	530
C. De inlichtingen die worden verstrekt.....	531

IV.	Finaliteit en bewaartermijn.....	534
V.	Procedurele waarborgen tegen misbruik.....	535
§ 4	De informatie-inzameling bij andere diensten van de FOD Financiën en de noodzakelijkheidsvereiste	538
§ 5	De inwinning van informatie bij andere diensten van de FOD Financiën en de bescherming van het persoonsgegevensbeschermingsrecht.....	540
§ 6	De kwalitatieve verwerking van persoonsgegevens bij de inwinning van informatie bij andere diensten van de FOD Financiën.....	540
§ 7	De inwinning van informatie bij andere diensten van de FOD Financiën en het transparantiebeginsel.....	541
I.	Transparantie te garanderen door de administratie die de informatie ontvangt.....	541
II.	Transparantie te garanderen door de administratie die de informatie verstrekt.....	543
 <u>Onderafdeling 2</u> Informatie-inwinning bij andere bestuurlijke overheidsdiensten		544
§ 1	Afbakening van het onderzoek en kaders van het onderwerp in de basisprincipes van het e-government.....	544
I.	Inleiding	544
II.	Basisprincipes van het e-government.....	545
A.	Opzet van e-government en de oprichting van de Kruispuntbank voor de Sociale Zekerheid	545
B.	De oprichting van de dienstenintegratoren in het algemeen en de federale dienstenintegrator in het bijzonder.....	547
C.	De deelnemende overheidsdiensten	549
D.	De only once-wet.....	550
E.	Het principe van de authentieke gegevensbronnen.....	551
III.	De bescherming van de persoonsgegevens bij de uitwisseling van informatie in het kader van het e-government.....	553
A.	Algemeen – de controle van de machtigingen en de transparantierechten ten aanzien van de federale dienstenintegrator	553
B.	De machtigingsvereiste van artikel 36bis van de Wet Verwerking Persoonsgegevens en de wet van 3 augustus 2012.....	554
1.	De machtigingsvereiste van artikel 36 bis van de Wet Verwerking Persoonsgegevens.....	554
2.	De machtigingsvereiste van de wet van 3 augustus 2012.....	555
C.	Conclusie.....	556
IV.	Afbakening van het onderzoek	557
A.	Algemeen.....	557
B.	Automatische uitwisseling van informatie.....	557
C.	Uitwisseling op verzoek.....	558
D.	Actieve meldplichten.....	559
E.	Medewerking van openbare besturen in het kader van het bijhouden van de kadastrale plannen.....	561

§ 2 De informatie-inwinning bij andere bestuurlijke overheidsdiensten als inmenging in het privéleven.....	561
I. Uitwisseling op grond van artikel 327 W.I.B. 1992 (op verzoek en automatisch).....	561
II. Toegang tot het Centraal Strafregister.....	563
III. De actieve meldplichten.....	564
§ 3 De legaliteitsvereiste en de inwinning van informatie bij andere bestuurlijke overheidsdiensten	565
I. Algemeen	565
II. Inwinning van informatie op basis van artikel 327 § 1 tot § 3 W.I.B. 1992.....	566
A. Inleiding.....	566
B. Voorzienbaarheid van de uitvoeringswijze.....	566
C. Voorzienbaarheid van het toepassingsgebied.....	568
1. Inleiding.....	568
2. De verstreckende overheidsinstantie.....	568
a. Het begrip bestuursdienst benaderd vanuit het criterium van de scheiding der machten.....	568
b. Alle verschijningsvormen van de bestuursdiensten.....	573
c. Onverenigbaar hergebruik.....	575
i. Algemeen.....	575
ii. Hergebruik met het oog op de berekening van de belasting..	575
iii. Hergebruik van informatie uit overheidsdatabanken opgericht met (onder meer) een fiscale finaliteit	576
iv. Hergebruik met het oog op controle.....	576
3. Te verstrekken inlichtingen.....	578
4. De ontvangende overheidsinstantie.....	579
D. Finaliteit en bewaartermijn.....	579
E. Procedurele waarborgen tegen misbruik.....	580
1. Algemeen.....	580
2. De tussenkomst van de toezichthoudende overheden van medische beroepen.....	580
3. Het systeem van de machtigingen van de sectorale comités.....	581
a. Algemeen.....	581
b. Wettelijke bepalingen die de machtigingen voorschrijven.....	581
c. Sterktes en zwaktes van het machtigingssysteem.....	583
i. Algemeen.....	583
ii. Sterktes.....	584
iii. Zwaktes.....	587
d. Jurisdictionele controle.....	588
F. Besluit.....	590
III. Meldplicht van de CFI en toegang tot het Centraal Strafregister	590
A. Toepassingsgebied.....	590
1. De betrokken instanties.....	590
2. Te verstrekken inlichtingen.....	591
B. De uitvoeringswijze.....	594
C. De finaliteit en de bewaartermijn.....	594

§ 4 De noodzakelijkheidsvereiste bij de inwinning van informatie bij andere bestuurlijke overheden overheden.....	595
I. De informatie-inwinning op grond van artikel 327 § 1 tot § 3 W.I.B. 1992.....	595
II. De meldplicht van de CFI en de inzage in het Centraal Strafregister.....	597
§ 5 Informatie-inwinning bij andere bestuurlijke overheidsdiensten en de bescherming van de persoonsgegevens.....	597
§ 6 De informatie-inwinning bij andere bestuurlijke overheidsdiensten en de vereiste van een kwaliteitsvolle verwerking.....	599
I. Informatie-inwinning op grond van artikel 327 § 1 tot § 3 W.I.B. 1992.....	599
II. Meldplicht van de CFI en de toegang tot het Centraal Strafregister.....	600
§ 7 Informatie-inwinning bij andere bestuurlijke overheidsdiensten en het transparantiebeginsel.....	601
<u>Onderafdeling 3: Informatie-inwinning bij gerechtelijke overheden</u>	<u>602</u>
§ 1 Afbakening van het onderzoek	602
I. Begrip gerechtelijke overheden.....	602
II. Informatieverstrekking op grond van artikel 327 § 1 W.I.B. 1992, daaronder begrepen de inzage in gerechtsdossiers	602
III. Meldplicht van het openbaar ministerie.....	603
IV. Overleg in het kader van het bestrijden van de fiscale fraude (“una via”-overleg).....	604
V. De inzagerechten van de fiscale administratie als burgerlijke partij.....	608
§ 2 De informatie-inwinning bij gerechtelijke overheden als inmenging in het privéleven..	610
§ 3 De legaliteitsvereiste en de inwinning van informatie bij gerechtelijke overheden.....	611
I. Algemeen	611
II. Informatieverstrekking op grond van artikel 327 § 1 W.I.B. 1992, met inbegrip van de inzage van gerechtsdossiers	612
A. Toepassingsgebied.....	612
1. De betrokken instanties	612
2. De te verstrekken inlichtingen.....	612
B. Uitvoeringswijze.....	615
C. Finaliteit en bewaartermijn.....	616
D. Procedurele waarborg tegen misbruik.....	617
1. Aanwendingsverbod van sommige door de gerechtelijke overheden vergaarde informatie.....	617
2. De toelating van het openbaar ministerie.....	617
3. Jurisdictionele controle, post factum.....	620
III. Meldplicht van het openbaar ministerie	621
A. Het toepassingsgebied.....	621
B. Uitvoeringswijze.....	623
C. Finaliteit en bewaartermijn.....	623
D. Procedurele waarborgen tegen misbruik.	623
IV. “Una via”-overleg.....	624
§ 4 De noodzakelijkheidsvereiste bij de inwinning van informatie bij gerechtelijke overheden.....	625

I.	Informatie-inwinning op basis van artikel 327 § 1 W.I.B. 1992.....	625
II.	Meldplicht van het openbaar ministerie	627
§ 5	Informatie-inwinning bij gerechtelijke overheden en de bescherming van de persoonsgegevens.....	627
§ 6	De informatie-inwinning bij gerechtelijke overheden en de vereiste van een kwaliteitsvolle verwerking.....	628
§ 7	Informatie-inwinning bij gerechtelijke overheden en het transparantiebeginsel.....	628

Hoofdstuk 4 Conclusies

.....	629
-------	-----

LIJST VAN GECITEERDE RECHTSPRAAK, RECHTSLEER EN DOCUMENTEN VAN INTERNATIONALE ORGANISATIES EN VAN DE COMMISSIE VOOR DE BESCHERMING VAN DE PERSOONLIJKE LEVENSSFEER EN DE SECTORALE COMITES.....	636
--	------------

hoofdstuk 1 Relevantie van het onderzoeksonderwerp, formulering van de centrale onderzoeksvraag en afbakening van het onderzoeksonderwerp

Afdeling 1 Relevantie van het onderzoeksonderwerp en eerste formulering van de centrale onderzoeksvraag

Onderafdeling 1 De toegenomen informatie-inwinning en het logische verband met het recht op privéleven

1. “De Belastingdienst is de grootste informatiefabriek van Nederland”. Met deze stelling wil M. MARTIJN, auteur bij DeCorrespondent.nl¹, de alarmbel luiden over de informatiehonger van de Nederlandse Belastingdienst. De Belastingdienst moet, om onder meer zijn taken op het gebied van belastingheffing te kunnen uitvoeren, over grote hoeveelheden gegevens beschikken. Soms gaat het over zeer private gegevens, wat onder meer het gevolg is van het feit dat vooral in de inkomstenbelasting nu eenmaal heel wat private aangelegenheden een fiscale relevantie hebben. De Belastingdienst heeft voor het vergaren van deze informatie een ruim scala aan bevoegdheden die vaak aan minder beperkingen zijn onderworpen dan bijvoorbeeld de bevoegdheden van de politie. De Belastingdienst wisselt daarbij intensief gegevens uit met andere partijen, vooral andere overheidsdiensten. De burger zelf weet daarbij amper welke informatie de Belastingdienst over hem heeft. Ondertussen wordt al deze persoonlijke informatie van burgers ingezet bij het uitvoeren van analyses om tot een risicoselectie van belastingplichtigen te komen en daarmee in wezen hun gedrag te voorspellen. Dit is de essentie van het artikel van voormelde auteur met als titel “Vergeet de politiestaat. Welkom de belastingstaat”². In 2013 werd aan de Nederlandse Belastingdienst overigens de Big Brother Award toegekend voor het opvragen van informatie over mensen die bij parkeerautomaten op kenteken parkeren. De Belastingdienst gebruikte de informatie onder meer om het opgegeven aantal privékilometers te controleren³.

Ook in België wordt de fiscale administratie in verband gebracht met “Big Brother” en met “de fiscale politiestaat”, naar aanleiding van maatregelen (of de aankondiging ervan) die toelaten dat de fiscale administratie meer informatie verkrijgt⁴, of maatregelen die de nood aan (private) informatie zouden doen toenemen (zoals de invoering van een vermogenswinstbelasting die de vorming van een vermogenskadaster zou vereisen) of naar aanleiding van maatregelen die de inzage in de informatie van de fiscale administratie, beperken⁵.

De verwijzing in fiscale context naar “Big Brother”, een begrip uit de roman van George ORWELL “1984”, maakt duidelijk dat er een zekere vrees en een zeker wantrouwen bestaat ten aanzien van de toegenomen mogelijkheden van de fiscale administratie om informatie in

¹ Een dagelijks advertentievrij online medium uit Nederland (www.decorrespondent.nl)

² M. MARTIJN, “Vergeet de politiestaat. Welkom de belastingstaat”; www.decorrespondent.nl, 2015

³ W. HECK, “Opstelten en Belastingdienst winnen Big Brother awards”, 29 augustus 2013, www.nrc.nl.

⁴ Zie bijvoorbeeld de reactie op de voorstellen om de fiscale administratie toegang te geven tot bankgegevens om de aangifte in te vullen: X. “Fiscus mag geen Big Brother worden”, *De Standaard*, 22 januari 2016, of eerder al naar aanleiding van de versoepeling van het bankgeheim: S. RENARD, “Fiscus krijgt stilaan Big Brother allures”, *de Tijd* 27 mei 2011

⁵ M. MAUS, “België glijdt stilaan af naar een fiscale politiestaat” *De Tijd*, 29 augustus 2012

te winnen. Een overheid met “Big Brother”-allures is immers een overheid die alles van haar burgers weet, waardoor zij totale controle kan houden op het gedrag van eenieder.

2. De vrees en het wantrouwen ten aanzien van de toename van de mogelijkheden van de overheid om informatie in te winnen is niet nieuw. Toen er in de jaren '70 van de 20^{ste} eeuw een toename was van het gebruik van zogenaamde “mainframes”⁶ door overheden, waardoor op een eenvoudige manier grote hoeveelheden informatie konden worden opgeslagen, was men ook meteen beducht voor een “Big Brother”-scenario, waarbij de overheid allerlei grote databanken met persoonsgegevens aan elkaar koppelt zodat zij in wezen alle beschikbare gegevens van een persoon verzamelt⁷. Bij het zoeken naar juridische oplossingen om de gevaren in te dijken, werd er meteen teruggегrepen naar het op dat moment bestaande rechtskader betreffende het recht op privéleven⁸. Omdat er werd vastgesteld dat het bestaande rechtskader ontoereikend was, werd een enigszins aangepast rechtskader gecreëerd, specifiek voor het verwerken van persoonlijke informatie (de voorloper van het huidige persoonsgegevensbeschermingsrecht).

Ook bij navolgende evoluties, waaronder technologische evoluties, die een impact hadden op het verzamelen en uitwisselen van persoonlijke informatie (of de mogelijkheden daartoe), zou opnieuw worden teruggегrepen naar het recht op privéleven. Bij het begin van de 21^{ste} eeuw was er een duidelijke toename van digitale informatie, wat uiteraard ook mogelijkheden biedt voor de overheid in haar zoektocht naar informatie om overheidsstaken te vervullen. Maar ook de komst van het internet en de ontwikkeling van intelligente systemen die profielen kunnen opstellen over iemands noden en wensen, deed opnieuw de vraag rijzen naar de draagwijdte van het (bestaande) recht op privéleven en naar de nood om het bestaande rechtssysteem bij te spijkeren om een antwoord te bieden op nieuwe gevaren die door deze evoluties waren ontstaan⁹. Ook de feitelijke toename van internationale uitwisseling van gegevens in zowel overheidssectoren als private sectoren, deed vragen rijzen bij de mogelijkheid om het recht op privéleven in het algemeen en het recht op de bescherming van de persoonsgegevens in het bijzonder, in een dergelijke internationaal kader te *handhaven*¹⁰. De toegenomen (vraag naar) uitwisseling van informatie ten behoeve van veiligheids – en informatiediensten en de onthullingen van Edward Snowden over de Amerikaanse NSA veroorzaakten ten slotte eveneens een angst voor het verlies van het recht op privéleven¹¹, al leek de angst voor het terrorisme, die de aanleiding vormde voor deze toename van informatie-uitwisseling na een reeks terroristische aanslagen¹² het in dat debat vaak te halen op de angst voor het verlies van de

⁶ Centrale computers, waaraan terminals werden aangesloten en later personal computers, zodat grote hoeveelheden gegevens konden worden opgeslagen en geraadpleegd vanop de aangesloten toestellen.

⁷ Zie hierover: P. BLUME, “The Public Sector and the Forthcoming EU Data Protection Regulation”, *EDPL* 2015, 32-38; A.KISS en G. LASZLO SZOKE, “Evolution or Revolution? Steps forward in a new generation of data protection regulation”, in S. GUTWIRTH, R. LEENES en P. DE HERT (ed), *Reforming European data protection law*, Heidelberg, Springer, 2015, 313

⁸ Zie hierover: P. BLOK, *Het recht op privacy. Een onderzoek naar de betekenis van het begrip “privacy” in het Nederlandse en Amerikaanse recht*, Boom JU, 2002, 245 ev.

⁹ Zie de mededeling “Een integrale aanpak van de bescherming van de persoonsgegevens in de Europese Unie” van 4 november 2010 (COM (2010)0609), 2 tot 5; zie ook overweging 6 bij de Verordening 2016/679

¹⁰ Zie de mededeling “Een integrale aanpak van de bescherming van de persoonsgegevens in de Europese Unie” van 4 november 2010 (COM(2010)0609), 2 tot 5; zie ook overweging 5 bij de Verordening 2016/679

¹¹ D. SELLESLAGH, “Amerikanen zoeken terreurcomplotten in big data” *de Tijd*, 21 april 2016

¹² Zie onder meer “9/11”, aanslagen in Madrid in maart 2004, in juli 2005 in London en recent nog 22 maart 2016 in Brussel

privacy¹³. In ieder geval zouden ook hier weer de toegenomen informatiestromen en de toegenomen mogelijkheden daartoe, doen teruggrijpen naar de vraag hoever het recht op privéleven bij dit alles wel reikt. Het antwoord op de vraag deed besluiten tot modernisering van de bestaande rechtsinstrumenten, met de intrekking van de Richtlijn 95/46 betreffende de bescherming van de persoonsgegevens en het tot stand komen van de Verordening 2016/679 over de bescherming van de persoonsgegevens, als belangrijkste resultaat.

3. Het is dan ook welhaast vanzelfsprekend dat de toename in de afgelopen jaren van de mogelijkheden van de fiscale administratie om informatie in te winnen (doorgaans ingegeven door technologische ontwikkelingen)¹⁴ en het creëren van bijkomende rechtsinstrumenten om deze inzameling van informatie te faciliteren¹⁵, worden bestudeerd vanuit het recht op privéleven. De eerste en meest relevante vraag is de vraag welke de *draagwijdte* is van het recht op privéleven zoals dit vandaag wordt ingevuld, bij de inzameling van informatie door de fiscale administratie. Dit vormt dan ook in wezen de centrale onderzoeksvraag.

4. Bij een eerste verkenning van dit onderwerp blijkt evenwel dat deze vraag verder moet worden afgebakend om te komen tot enerzijds een verfijning van de vraagstelling en anderzijds het beperken van de te onderzoeken gegevensstromen, die hand over hand toenemen. Deze afbakening wordt hierna in afdeling 2 verder toegelicht en zal toelaten te komen tot een verfijning van de centrale onderzoeksvraag.

Onderafdeling 2 Finaliteit en relevantie van het gevoerde onderzoek

§ 1 Finaliteit van het onderzoek

5. Dit onderzoek is er niet op gericht na te gaan of het bestaande rechtskader rond het recht op privéleven voldoende aangepast en toereikend is om een antwoord te bieden op vragen die rijzen bij de informatie-inzameling door de fiscale administratie. Het bestaande rechtskader is overigens nog maar recent onderworpen aan modernisering (zie Verordening 2016/679) en bovendien kan het antwoord op een dergelijke vraag in ieder geval slechts worden gegeven indien vooreerst wordt nagegaan wat de werkelijke betekenis is van het huidige privacyrechtskader voor de informatie-inzameling door de fiscale administratie.

Dit laatste is wel de ambitie van dit onderzoek. Het resultaat van dit onderzoek kan aldus wel de aanleiding zijn tot verder onderzoek naar de vraag of het bestaande rechtskader betreffende het recht op privéleven moet worden aangepast voor de informatie-inzameling door de overheid in het algemeen en de fiscale administratie in het bijzonder.

¹³ Zie hierover: G. NARDELL, "Levelling up: Data privacy and the European Court of Human Rights" in S. GUTWIRTH, Y. POULLET, en P. DE HERT, (ed), *Data protection in a profiled World*, Dordrecht, Springer, 2010, 44-45

¹⁴ Zie bijvoorbeeld de toename van de posten die vooraf worden ingevuld in de aangifte die via tax-on-web wordt ingevuld,

¹⁵ Zie bijvoorbeeld de afzwakking van het Belgisch bankgeheim in 2011

§ 2 Relevantie van het onderzoek voor de rechtsbescherming van de betrokkene

6. De centrale onderzoeksvraag wekt de indruk dat dit onderzoek vooral zijn belang heeft voor degene over wie er informatie wordt ingezameld. Doordat ten gevolge van dit onderzoek duidelijk moet worden hoever het recht op privéleven van deze persoon reikt, kan de betrokkene dit recht ook afdwingen door een beroep te doen op de bestaande rechtsbeschermingsmechanismen. Aan deze mechanismen wordt in dit proefschrift ook een afdeling gewijd (afdeling 3 van hoofdstuk 2). Een studie van deze rechtsbeschermingsmechanismen leert overigens dat er een onderscheiden rechtsbescherming voorhanden lijkt te zijn voor het geval waarin informatie wordt ingewonnen in strijd met het recht op privéleven, dan voor het geval waarin informatie wordt ingewonnen door middel van een andere onregelmatigheid. De afdeling over de rechtsbescherming toont dus meteen het belang en de relevantie aan van een onderzoek naar de draagwijdte van het recht op privéleven. Het laat immers toe te weten wanneer de betrokkene van deze onderscheiden rechtsbescherming gebruik kan maken.

§ 3 Relevantie van het onderzoek voor een effectievere inning van de belasting

I. Bijdrage tot een privacyconform rechtskader

7. Het belang en de relevantie van het onderzoek is evenwel niet beperkt tot de rechtsbescherming van de betrokkene. Het recht op privéleven stelt immers belangrijke vereisten aan het wettelijk kader dat een inmenging in het privéleven toelaat (zie hierover afdeling 2 van hoofdstuk 2). Het onderzoek zal uitwijzen dat het inzamelen van informatie door de fiscale overheid heel vaak een inmenging vormt in het privéleven en dat de wettelijke regels die deze inmenging toelaten, niet steeds voldoen aan de kwaliteitsvereisten die worden gesteld voor de wettelijke basis die een inmenging toelaat. In dit proefschrift zullen dan ook verschillende suggesties worden gedaan om de bestaande wettelijke regels over de inzameling van informatie aan te passen met het oog op hun conformiteit aan het recht op privéleven. Vaak gaat het erom de wettelijke regels meer voorzienbaar te maken voor de betrokkenen, de mogelijkheden om een inmenging toe te laten voldoende af te bakenen en ten slotte voldoende procedurele waarborgen tegen misbruik in te lassen.

8. Het creëren van een rechtskader waarin informatie door de fiscale administratie kan worden ingezameld in overeenstemming met het recht op privéleven, lijkt het algemeen belang te dienen en het belang van de fiscale administratie in het bijzonder. Vooreerst kan hierdoor het risico worden vermeden dat informatie wordt ingewonnen in strijd met het recht op privéleven waardoor deze informatie in voorkomend geval onbruikbaar zou worden voor de fiscale bewijsvoering (zie hierover afdeling 3 van hoofdstuk 2).

9. Maar er lijkt nog een andere reden waarom het creëren van een privacyconform rechtskader zijn belang heeft voor de belastingheffing en meer in het bijzonder de effectiviteit ervan. Een privacyconform rechtskader lijkt immers van aard de bestaande weerstand van belastingplichtigen tegen het nakomen van de wettelijke verplichting om mee te werken aan de informatie-inwinning van de fiscale administratie, te kunnen verminderen.

Volgens H. GRIBNAU bestaat er een zekere wisselwerking tussen de mate van integriteit van het rechtssysteem en de mate van integriteit van de betrokkenen (actoren) bij het rechtssysteem¹⁶. Een actor, waaronder dus de belastingplichtige zelf, zal zich sneller integer gedragen, door onder meer en minstens zijn fiscale verplichtingen na te leven, wanneer hij wordt geconfronteerd met een rechtssysteem dat in zich integer is. Een integer rechtssysteem is een rechtssysteem dat rechtsbeginselen respecteert, zijnde de beginselen die de vertaling vormen van de in een maatschappij gekozen waarden¹⁷. Het respecteren van die beginselen vormt volgens GRIBNAU de randvoorwaarde en een minimumeis om te kunnen spreken van legitiem recht¹⁸. Hoewel GRIBNAU vooral de rechtsbeginselen voor ogen lijkt te hebben gehad die het materieel fiscaal recht bepalen, rijst de vraag of het respect voor de rechtsbeginselen in het systeem van heffing en invordering van de belasting, niet evengoed van aard is de integriteit van de belastingplichtige in het algemeen en zijn meewerkgedrag in het bijzonder in positieve zin te beïnvloeden. Immers, een internationaal erkend grondrecht zoals het recht op privéleven lijkt te moeten worden beschouwd als een “rechtsbeginsel” vermits het met name de vertaling vormt van een waarde, het privéleven, dat door de maatschappij als fundamenteel werd aangeduid.

Het creëren van een rechtskader voor het verzamelen van informatie door de fiscale overheid, waarin voldoende waarborgen zijn ingelast ter waarborging van het recht op privéleven, lijkt te kunnen bijdragen tot het *vertrouwen* van de belastingplichtige, niet alleen in het rechtssysteem in abstracto, maar ook in concreto in de (fiscale) overheid. Het gebrek aan vertrouwen in de overheid, in relatie tot het prijsgeven van informatie, werd recent nog aangetoond door een onderzoek van het pr-bedrijf Edelman¹⁹. Uit dit onderzoek bleek dat in dat kader het vertrouwen in de overheid veel lager is (en overigens daalt, zowel wereldwijd als Europees), dan het vertrouwen in bijvoorbeeld technologiebedrijven²⁰. Wat betreft het prijsgeven van persoonlijke data is er vooral een grote terughoudendheid ten aanzien van het vrijgeven van financiële gegevens²¹. Een gebrek aan vertrouwen in de overheid in meer algemene zin (en dus niet noodzakelijk in relatie tot het prijsgeven van informatie) wordt ten andere ook aangeduid als één van de redenen voor de belastingweerstand in België²². Minstens wordt de kwaliteit van de overheidsinstellingen beschouwd als een belangrijke factor in het begrijpen van fiscaal fraudegedrag²³. De vraag rijst dus of het bijsturen van het wettelijk kader om informatie in te winnen tot een meer privacyconform rechtskader niet kan bijdragen tot een grotere medewerking van de belastingplichtige.

¹⁶ J.L.M. GRIBNAU, “Belastingen en ethiek: de ethische dimensie van tax planning”, *TFR* 2013, 522 ev.

¹⁷ J.L.M. GRIBNAU, *Rechtsbetrekking en rechtsbeginselen in het belastingrecht. Rechtstheoretische beschouwingen over navordering, toezegging en fiscale vaststellingsovereenkomst*, Deventer, Gouda Quint, 1998, 92 e.v.

¹⁸ J.L.M. GRIBNAU, “Rechtsbeginselen en evaluatie van belastingwetgeving”, in A.C. RIJKERS & H. VORDING, *Vijf jaar Wet IB 2001*, Deventer, Kluwer, 2006, 35 ev.

¹⁹ Zie hierover: W. DE PRETER, W. “Vertrouwenkloof zaait verdeeldheid onder Europeanen” *De TIJD* 28 januari 2014

²⁰ Volgens het pr-bedrijf dat het onderzoek voerde heeft dit te maken met het feit dat technologiebedrijven geassocieerd worden met innovatie, en omdat ze producten maken waar mensen van houden – zie W. DE PRETER, “Vertrouwenkloof zaait verdeeldheid onder Europeanen” *De TIJD* 28 januari 2014

²¹ W. DE PRETER, “Vertrouwenkloof zaait verdeeldheid onder Europeanen” *De TIJD* 28 januari 2014

²² Zie S. DE RAEDT, *Geef de Keizer wat de Keizer toekomt. Belastingweerstand in België*, Brussel, Maklu, 2003, 51 p.; S. DE RAEDT, “De (on)geloofwaardigheid van een derde regularisatiecampagne”, *TFR* 2011, 487 ev.

²³ Zie o.m. B. TORGLER en F. SCHNEIDER, “The impact of tax morale and institutional quality on the shadow economy” CESifo Working Paper, 2007, nr. 1899; D. ENSTE, Regulation and Shadow Economy: empirical evidence for 25 OECD countries, *Constitutional Political Economy*, 2010, vol. 21, 231

II. Bijdrage tot een privacyconform heffingsgedrag

10. Het respect voor het recht op privéleven bij het verzamelen van informatie hoeft overigens niet steeds door het wettelijke kader gegarandeerd te worden. Doorgaans krijgt de fiscale administratie door de wet ruime discretionaire bevoegdheden om informatie in te zamelen. Het is dan aan de fiscale administratie om deze bevoegdheden in concreto zo in te vullen dat het recht op privéleven van de betrokkenen wordt gerespecteerd. Het scherp stellen van de principes van het recht op privéleven in relatie tot het inwinnen van informatie door de fiscale administratie, draagt ertoe bij dat de fiscale administratie kan weten wat dit respect voor het privéleven bij de concrete verzameling van informatie inhoudt.

11. Ook dit privacyconform heffingsgedrag lijkt een rol te kunnen spelen in een meer effectieve inning van de belasting. Een recent OESO-rapport toont aan dat de burgers hoge eisen stellen aan het handelen van de belastingadministratie en verwachten dat de belastingadministratie getuigt van *“commercial awareness, impartial approach, proportionality, disclosure and transparency, responsiveness.”*²⁴ Dit onderzoek werd uitgevoerd door het “Forum on Tax Administration” (FTA) van de OESO in 2006 en betreft de rol van belastingadviseurs en banken bij agressieve tax planning. Er werd vastgesteld dat agressieve tax planning niet enkel kan worden bestreden door de adviseurs te benaderen²⁵, en dat er ook rekening diende te worden gehouden met de vraagzijde (de belastingplichtige). De vraagzijde kan volgens deze studie worden beïnvloed, althans wat betreft de grote ondernemingen waar de studie rond agressieve taxplanning zich vooral naar richtte, door een verbeterde relatie tussen de belastingadministratie en belastingplichtige die gebaseerd is op samenwerking en vertrouwen. Uit de studie was met name gebleken dat bedrijven bereid zouden zijn tot meer transparantie ten aanzien van de fiscale administratie indien de fiscale administratie haar houding zou aanpassen in de hierboven vermelde zin, met name door te getuigen van meer commercieel bewustzijn, onpartijdigheid, proportionaliteit, transparantie en responsiviteit²⁶. Twee van de hier vermelde kenmerken waaraan de fiscale administratie volgens deze studie zou moeten voldoen om tot een verhoogde medewerking van de belastingplichtige te bekomen, kunnen in onmiddellijk verband worden gebracht met het recht op privéleven. Het gaat met name over de proportionaliteit en de transparantie (zie hierover hoofdstuk 2). De vraag rijst dan ook of een privacyconform heffingsgedrag niet ook de facto een hogere medewerking van de belastingplichtige kan teweegbrengen. Bepaalde studies wijzen alvast in die richting. Uit het empirische sociaalwetenschappelijk onderzoek van KIRCHLER blijkt het belang van de houding van de fiscale administratie voor haar legitimiteit en voor de “compliance” van de belastingplichtigen²⁷. De houding van de fiscale administratie kan immers bepalend zijn voor het vertrouwen van de belastingplichtige in de fiscale administratie. Een toename in vertrouwen kan dus leiden tot een grotere legitimiteit en grotere aanvaarding van de macht van de fiscale administratie, en bereidheid tot naleving van de fiscale verplichtingen.

²⁴ OECD, *Study into the Role of Tax Intermediaries*, <<http://www.oecd.org/>>, 2008; geraadpleegd 3 januari 2012.

²⁵ OECD, *Study into the role of tax intermediaries*, 2008, 14: “Would compliance with tax laws improve if tax advisers did not exist? The Study Team found no country where the answer on that question was yes.”

²⁶ OECD, *Study into the role of tax intermediaries*, 2008, p. 33

²⁷ Zie onder meer E. KIRCHLER, E. HOELZL & I. WAHL, “Enforced Versus Voluntary Tax Compliance: The “Slippery Slope” Framework”, *Journal of Economic Psychology*, 2008, 210-225

Afdeling 2 Afbakening van het onderwerp

12. De hierbovengenoemde aanleiding van het onderzoek, heeft geleid tot een eerste formulering van een centrale onderzoeksvraag, met name de vraag wat de draagwijdte is van het recht op privéleven bij de inzameling van informatie door de fiscale administratie. Hierna zal worden toegelicht hoe en waarom deze onderzoeksvraag verder werd afgebakend. Tegelijkertijd wordt vooruitgeblikt op de finaliteit van de hiernavolgende hoofdstukken.

13. Om te komen tot een antwoord op de centrale onderzoeksvraag dient vooreerst een studie te gebeuren van de exacte draagwijdte van het recht op privéleven. Het resultaat van deze studie wordt weergegeven in hoofdstuk 2. De aangewende onderzoeksmethodologie wordt in dit hoofdstuk toegelicht. De finaliteit van dit hoofdstuk bestaat er uiteraard niet in een algemeen inzicht te verwerven in het recht op privéleven in al zijn aspecten en verschijningsvormen, maar enkel te komen tot een relevant toetsingskader waaraan de inzameling van informatie door de fiscale administratie kan worden getoetst. Aldus worden een aantal basisbeginselen van het recht op privéleven geformuleerd, die relevant zijn voor het verzamelen van informatie door een overheid in het algemeen en een fiscale overheid in het bijzonder. Een studie van de draagwijdte van het recht op privéleven bij de verzameling van informatie noodzaakt tegelijkertijd een studie van het persoonsgegevensbeschermingsrecht dat verstrengeld is met het recht op privéleven als fundamenteel recht. Het toetsingskader wordt dan ook gemodelleerd in functie van zowel het recht op privéleven als grondrecht als het persoonsgegevensbeschermingsrecht.

14. In een tweede stap van het onderzoek wordt het tot stand gekomen toetsingskader aangewend om na te gaan wat de draagwijdte is van het recht op privéleven bij de verzameling van informatie door de fiscale administratie. Dit gebeurt in hoofdstuk 3.

15. Sinds de aanvang van dit onderzoek in 2010 hebben de initiatieven betreffende gegevensuitwisseling een enorme vlucht genomen. Gelet op de veelheid van mogelijkheden werd ervoor geopteerd om de te onderzoeken gegevensstromen in ieder geval te beperken tot de *instroom* van informatie naar de fiscale administratie toe. Hoewel hieraan ook tal van privacy gerelateerde vragen verbonden zijn, wordt de uitstroom van informatie van de Belgische fiscale administratie naar hetzij andere overheden (binnenland of buitenland), hetzij derden (zijnde niet de belastingplichtige) met inbegrip van het publiek (via bijvoorbeeld de pers) niet onderzocht.

16. De instroom van informatie wordt ook enkel bekeken in de mate dat deze gebeurt in het kader van de heffing van de *inkomstenbelastingen*. Onder meer doordat in de personenbelasting bijzonder veel private aangelegenheden fiscaal relevant zijn gemaakt (van het hebben van kinderen, het al dan niet getrouwd zijn, de keuze van de auto en dergelijke meer), zijn de inkomstenbelastingen vanuit het oogpunt van het recht op privéleven bijzonder relevant. Daarbij wordt ook enkel ingegaan op de informatiestromen die gericht zijn op het *heffen* van deze inkomstenbelastingen en dus niet op informatiestromen die gericht zijn op de loutere invordering van de inkomstenbelastingen.

17. Zelfs binnen deze afbakening van het onderzoeksvoorwerp, bevinden zich nog bijzonder veel vormen van instroom van informatie. Vooral het koppelen van databanken lijkt door de overheid als een ultiem middel te worden beschouwd dat haar toelaat om op efficiënte wijze allerlei vormen van fraude te bestrijden²⁸. Het is niet het opzet van dit onderzoek om *alle* instromen van informatie naar de fiscale administratie toe op exhaustieve wijze in kaart te brengen. Het exhaustief onderzoeken van elke informatie-instroom lijkt ook niet nodig te zijn om een zicht te krijgen op de draagwijdte van het recht op privéleven bij de instroom van informatie. Er zijn immers verschillende instromen met overeenstemmende kenmerken, waardoor de privacyvraagstukken die bij deze instromen rijzen gelijk of gelijkaardig zijn. Uiteraard wordt er wel voor geopteerd om deze vormen van instroom van informatie te bespreken waar belangrijke vraagstukken op het vlak van het recht op privéleven aan kunnen worden gekoppeld.

18. In dat kader wordt het innen van informatie specifiek met het oog op het heffen van de *onroerende voorheffing*, buiten beschouwing gelaten. Deze voorheffing vormt weliswaar een onderdeel van de inkomstenbelasting²⁹, doch het heffen van deze voorheffing, met inbegrip van het inwinnen van informatie met het oog op de heffing, is toevertrouwd aan de Vlaamse fiscale administratie³⁰, zijnde de Vlaamse Belastingdienst (hierna verder afgekort als “VLABEL”)³¹, terwijl de overige onderdelen van de inkomstenbelastingen worden gevestigd door de federale fiscale administratie. Deze Vlaamse fiscale administratie diende hiervoor aanvankelijk de federale procedureregels³² te hanteren, maar werd op 1 januari 2002 bevoegd³³ om eigen administratieve³⁴ procedureregels te bepalen. Deze eigen

²⁸ Zie onder meer: L. BOVE, “Meer zwartwerkers betrapt dankzij meer en betere controles”, *de Tijd* 19 augustus 2015; L. BOVE, “Batterij maatregelen tegen fraude. Swiss Leaks schudt regeling wakker”, *de Tijd* 14 februari 2015; L. BOVE, “Tien prioriteiten van Elke Sleurs”, *de Tijd* 14 februari 2015

²⁹ Artikel 251 tot 260ter W.I.B. 1992

³⁰ Op grond van artikel 3 lid 1, 5° van de Bijzondere Financieringswet (Bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de Gemeenschappen en de Gewesten, BS 17.01.1989) werd de onroerende voorheffing een (oneigenlijke) gewestelijke belasting, wat betekent dat op grond van artikel 4 § 2 van de Bijzondere Financieringswet de gewesten bevoegd zijn om de aanslagvoet, de heffingsgrondslag en de vrijstellingen van de onroerende voorheffing te wijzigen. Het federaal kadastraal inkomen kunnen ze echter niet wijzigen. De “dienst van deze belasting”, waartoe ook het inwinnen van informatie behoort met het oog op het vestigen van de juiste belasting, is evenwel sinds 1999 overgedragen aan de Vlaamse administratie (artikel 2 van het Decr.Vl. 9 juni 1998 houdende de bepalingen tot wijziging van het WIB voor wat betreft de onroerende voorheffing en artikel 28 (inwerkingtreding) van hetzelfde decreet). Merk op dat de “gewestelijke personenbelasting” eveneens onderdeel vormt van de inkomstenbelasting maar tegelijkertijd een gewestelijke belasting is. De dienst van deze belasting kan evenwel enkel worden verzekerd door de federale overheid (artikel 5/1 § 5 van de Bijzondere Financieringswet).

³¹ Bij de overname van de dienst van de belasting voor de onroerende voorheffing in 1999 werd aanvankelijk een privépartner ingeschakeld om de dienst van de belasting waar te nemen (M. DE JONCKHEERE en N. PLETS (ed.), *Handboek lokale en regionale belastingen*, Brugge, Die Keure, 2010, 294). Bij besluit van de Vlaamse Regering van 11 juni 2004 werd het agentschap Vlaamse Belastingdienst opgericht dat instond voor de vestiging, controle, inning en invordering van de gewestelijke belastingen (B.Vl.Reg. 11 juni 2004 tot oprichting van het agentschap Vlaamse Belastingdienst, diverse malen gewijzigd).

³² M. DE JONCKHEERE en N. PLETS (ed.), *Handboek lokale en regionale belastingen*, Brugge, Die Keure, 2010, 294. Zie artikel 5 § 3 Bijzondere Financieringswet: “Tenzij het gewest er anders over beslist, zorgt de Staat met inachtneming van de door hem vastgestelde procedureregels kosteloos voor de dienst van de in artikel 3, eerste lid, 1° tot 8° en 10° tot 12° bedoelde belastingen voor rekening van en in overleg met het betrokken gewest”.

³³ Ingevolge de wijziging van 2001 van de Bijzondere Financieringswet werden de gewesten, vanaf de overname van de dienst van de belasting zelf bevoegd voor het vaststellen van de *administratieve* procedureregels (zie artikel 5 § 4 Bijzondere Financieringswet) (zie hierover M. DE JONCKHEERE en N. PLETS (ed.), *Handboek lokale en regionale belastingen*, Brugge, Die Keure, 2010, 300). Alle wijzigingen die door de federale wetgever werden aangebracht aan de administratieve procedureregels konden hierdoor sinds 2002 geen uitwerking krijgen ten aanzien van het Vlaamse Gewest in het kader van de heffing en invordering van de onroerende voorheffing. De facto overname van de wijzigingen door de federale wetgever aan de administratieve procedureregels werden twee keer met terugwerkende kracht bekrachtigd (zie artikel 32 van het Decr.Vl. 2 december 2006 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2007: bekrachtiging van

administratieve procedureregels werden gecodificeerd in Titel 3 van de Vlaamse Codex Fiscaliteit (afgekort “VCF”) van kracht sinds 1 januari 2014³⁵. Deze administratieve procedureregels die de inzameling van informatie bepalen, zijn geïnspireerd op de terzake geldende procedureregels in het wetboek van de inkomstenbelastingen, maar er zijn ook beperkte verschillen. Het telkens verwijzen naar de overeenstemmende bepaling van de VCF levert daarom maar weinig bijkomende vaststellingen op vanuit het oogpunt van de draagwijdte van het recht op privéleven.

19. In het kader van dit onderzoek wordt met het begrip “fiscale administratie” dan ook steeds de federale fiscale administratie bedoeld, die een onderdeel vormt van de FOD Financiën. Binnen de FOD Financiën zijn slechts een aantal afdelingen belast met het verzamelen van informatie met het oog op de belastingheffing. Voor wat betreft de heffing van de inkomstenbelastingen dient hierbij in eerste instantie te worden gedacht aan de Algemene Administratie Fiscaliteit (AAFisc), onderverdeeld in een administratie “particulieren”, een administratie “KMO” en een administratie “grote ondernemingen”³⁶. Daarnaast is ook de Bijzondere Belastinginspectie (BBI) bevoegd voor het verzamelen van informatie met het oog op de heffing van de inkomstenbelastingen, al ligt bij deze administratie de klemtoon op het onderzoek naar de zogenaamde fraudedossiers³⁷. Ten slotte is ook de administratie van de Patrimoniumdocumentatie van belang bij het verzamelen van informatie met het oog op de juiste heffing van de inkomstenbelastingen, vermits deze administratie instaat voor de vaststelling van het kadastraal inkomen, waardoor zij onrechtstreeks bijdraagt tot de heffing van de belastingen³⁸.

20. Voor het bestuderen van de diverse vormen van instroom van informatie, werd in dit proefschrift een onderverdeling gemaakt in functie van de bron van de informatie. Aldus wordt er een onderscheid gemaakt tussen de informatie afkomstig van de belastingplichtige (afdeling 3 van hoofdstuk 3), de derde (afdeling 4 van hoofdstuk 3) en de overheid (afdeling 5 van hoofdstuk 3).

21. Bij de overheid als informatiebron, wordt het onderzoek bovendien beperkt tot de *binnenlandse* overheden. Hoewel de buitenlandse overheden in toenemende mate van belang zijn voor het verzamelen van informatie door de Belgische fiscale administratie en er de jongste jaren heel wat bijkomende mogelijkheden zijn gecreëerd betreffende internationale uitwisseling van informatie, is er al heel wat onderzoek gebeurd naar de draagwijdte van het recht op privéleven bij de internationale uitwisseling van informatie voor belastingdoeleinden. Zo hebben vooral de internationale, maar ook de nationale adviesorganen op het gebied van privacy al belangrijke problemen bij de diverse

alle wijzigingen, met uitzondering van de bezwaartermijn die voor de betwisting van de aanslag in de onroerende voorheffing bij voortduur 3 maanden bedraagt en waardoor de uitbreiding van de bezwaartermijn door de federale wetgever naar 6 maanden niet geldt en zie art. 88 Decr. VI. 18 december 2009 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2010)(zie hierover M. DE JONCKHEERE en N. PLETS (ed.), *Handboek lokale en regionale belastingen*, Brugge, Die Keure, 2010, 300-301)

³⁴ De gerechtelijke procedure en de procedure voor de Raad van State inzake gewestelijke belastingen dienen verder federaal te worden geregeld (M. DE JONCKHEERE en N. PLETS (ed.), *Handboek lokale en regionale belastingen*, Brugge, Die Keure, 2010, 300)

³⁵ Decreet van 13 december 2013 houdende de Vlaamse Codex Fiscaliteit,

³⁶ Zie organigram AAFisc op www.financiën.belgium.be (laatst geraadpleegd op 17 maart 2017)

³⁷ Zie www.financiën.belgium.be (laatst geraadpleegd op 17 maart 2017)

³⁸ Zie www.financiën.belgium.be (laatst geraadpleegd op 17 maart 2017)

internationale rechtsinstrumenten betreffende uitwisseling van fiscale informatie in kaart gebracht en er aanbevelingen rond gedaan.

Er kan in dat kader worden verwezen naar³⁹ het advies van de EDPS (de “European Data Protection Supervisor” of de “Europese Toezichthouder voor Gegevensbescherming”)⁴⁰ van 6 januari 2010 over de intrekking van de Richtlijn 77/799/EEG over de wederzijdse samenwerking van de lidstaten betreffende directe belastingen en het voorstel voor een nieuwe richtlijn op dat vlak (die uiteindelijk de Richtlijn 2011/16/EU zou worden)⁴¹. Het belang van internationale uitwisseling van informatie op het vlak van belastingheffing wordt in dit advies erkend, doch er worden tegelijkertijd een aantal fundamentele opmerkingen gemaakt over het respecteren van het finaliteitsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel van het persoonsgegevensbeschermingsrecht bij vooral de uitwisseling van informatie op verzoek en de spontane uitwisseling. Er worden ook kritieken geuit bij de (afwezigheid van) transparantie. Deze kritieken worden in grote mate herhaald bij de wijziging van Richtlijn 2011/16/EU in 2013⁴². In beide adviezen beklagt de EDPS zich er overigens over in deze materie niet te zijn geconsulteerd door de Commissie. Meer recent heeft de EDPS nog een advies uitgebracht over het samenwerkingsakkoord tussen Zwitserland en de EU betreffende de automatische uitwisseling van fiscale informatie⁴³. De EDPS stelde weliswaar vast dat in dit rechtsinstrument er een bepaling is opgenomen betreffende de bescherming van persoonsgegevens, doch meende dat er bijkomende waarborgen voor de gegevensbescherming hadden moeten zijn opgenomen, waaronder het afhankelijk maken van de uitwisseling van het daadwerkelijk risico op belastingontduiking, het voorkomen van verder gebruik van de uitgewisselde informatie zonder dat de betrokkene wordt geïnformeerd, het gepast informeren van de betrokkene en het uitdrukkelijk vastleggen van een bewaartermijn.

Ook de Article 29 Working Party⁴⁴ heeft diverse fundamentele bedenkingen geformuleerd. Op 21 juni 2012 en 1 oktober 2012 gebeurde dit bij de informatieverplichting van financiële instellingen als gevolg van de Amerikaanse FATCA⁴⁵-wetgeving en haar conformiteit met de

³⁹ Hierna volgt geen exhaustieve opsomming

⁴⁰ De EDPS is een controleorgaan dat in de context van de Verordening 45/2001 van 18 december 2000 is tot stand gekomen. Deze Verordening 45/2001 heeft de bepalingen van Richtlijn 95/46 (richtlijn inzake de bescherming van de persoonsgegevens) overgezet om ze van toepassing te laten zijn op de Europese instanties. De EDPS moet niet alleen toezien op het respecteren van de Verordening 45/2001 door deze Europese instanties, maar heeft ook een belangrijke adviesfunctie, vermits de Commissie de EDPS verplicht dient te raadplegen wanneer zij een wetgevingsvoorstel aanneemt over de bescherming van de persoonsgegevens. De EDPS kan daarnaast ook op eigen initiatief adviezen aannemen.

⁴¹ Opinion of the European Data Protection Supervisor on the Proposal for a Council Directive on administrative cooperation in the field of taxation, 2010/C 101/01

⁴² Comments of the EDPS on the proposal for a Council Directive amending the Directive 2011/16/EU on administrative cooperation in the field of taxation, 5 november 2013.

⁴³ Opinion 2/2015 on the EU-Switzerland agreement on the automatic exchange of information

⁴⁴ In artikel 29 van de Richtlijn 95/46 inzake de bescherming van de persoonsgegevens werd de “Groep voor de bescherming van personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens”, opgericht, afgekort als de “Working Party 29” of de “Article 29 Working Party”. Deze Working Party 29 is een onafhankelijk raadgevend orgaan, samengesteld uit een vertegenwoordiger van de toezichthoudende overheid die inzake de bescherming van de persoonsgegevens in ieder lidstaat moet worden opgericht, een vertegenwoordiger van de door de communautaire instellingen en organen opgerichte autoriteit (EDPS, zie hierboven) en een vertegenwoordiger van de (Europese) Commissie. De aanbevelingen van de “Working Party 29” zijn weliswaar niet bindend maar hebben wel een groot gezag omdat ze het resultaat zijn van een consensus tussen de verschillende toezichthoudende overheden van de verschillende lidstaten.

⁴⁵ “FATCA” staat voor “Foreign Account Tax Compliance Act”, een Amerikaanse wet die verplichtingen oplegt aan Europese bankinstellingen om informatie te verschaffen ten voordele van de Amerikaanse belastingdiensten.

Europese Richtlijn 95/46 betreffende de bescherming van de persoonsgegevens⁴⁶. Hierin werden onder meer vragen gesteld bij de noodzakelijkheid van de in deze wetgeving voorgeschreven vorm van gegevensverwerking om het door de VS vooropgestelde doel te bereiken. Met name werd een “bulk” transfer van gegevens niet als de goede manier gezien om te voldoen aan deze noodzakelijkheidsvereiste en werd de vraag gesteld of er geen minder privacyinvasieve manier bestaat om de doelstellingen van de Amerikaanse overheid te bereiken⁴⁷. Deze werkwijze van automatische uitwisseling van gegevens in “bulk” werd echter overgenomen door de OESO⁴⁸. Op 19 april 2013 stemden de G20 ministers van Financiën in met de automatische uitwisseling als nieuwe standaard. Aan de OESO werd gevraagd een rapport te ontwikkelen over de wijze waarop een dergelijke standaard moet worden geïmplementeerd⁴⁹. In juni 2013 werd dit rapport afgeleverd⁵⁰ en in februari 2014 keurden de G20 ministers van Financiën de zogenaamde “Common Reporting Standard for automatic exchange of information” (afgekort de “CRS”) goed⁵¹. Nadat er bedenkingen waren over deze nieuwe standaard in verband met het recht op bescherming van de persoonsgegevens door de Expert Group on Taxation of Savings (EUSD) van de Europese Commissie alsook van de Europese Bank Federatie, formuleerde ook de Article 29 Working Party een advies bij brief van 18 september 2014⁵² waarin er onder meer op werd gewezen dat de implementatie van deze CRS moet gebeuren door middel van een voldoende voorzienbare wettelijke basis zoals vereist door artikel 8 EVRM. Daarnaast werd er gesteld dat de finaliteit “belastingontwijking” een te vage omschrijving is om te voldoen aan de finaliteitsvereiste van de Richtlijn 95/46. Een dergelijke omschrijving laat immers niet toe een onderscheid te maken tussen legale belastingontwijking, illegale belastingontduiking of ernstige financiële misdrijven. Ook werden er bedenkingen geuit bij de naleving van het proportionaliteitsprincipe. De Article 29 Working Party heeft deze bedenkingen nader verduidelijkt in een Statement van 4 februari 2015⁵³, niet alleen in de context van de CRS, maar ook in de context van de wijziging van de Richtlijn 2011/16/EUR door de Richtlijn 2014/107/EUR, gevolgd door nog meer uitvoerige richtlijnen voor de lidstaten om te voldoen aan de vereisten van het persoonsgegevensbeschermingsrecht in de context van automatische uitwisseling van persoonsgegevens voor belastingdoeleinden⁵⁴.

Op het niveau van de Raad van Europa dient de opinie van het consultatief comité van de Conventie voor de bescherming van individuen met betrekking tot de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens (Conventie nr. 108)⁵⁵ van 4 juni 2014 te worden

⁴⁶ Brief van Working Party 29 van 21 juni 2012 aan de Director General of Taxation and Customs Union concerning FATCA en Brief van Working Party 29 van 1 oktober 2012 aan de Director General of Taxation and Customs Union concerning FATCA

⁴⁷ Brief van Working Party 29 van 21 juni 2012 concerning FATCA, randnummer 8.3

⁴⁸ <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/automaticexchange.htm>, op 16 april 2015

⁴⁹ <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/automaticexchange.htm>, op 16 april 2015

⁵⁰ OECD, “A step change in tax transparency. Delivering a standardized, secure and cost effective model of bilateral automatic exchange for the multilateral context”; OECD report for the G8 summit, June 2013

⁵¹ <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/automaticexchange.htm>, op 16 april 2015

⁵² Brief van Working Party 29 van 18 september 2014 concerning the OECD Common Reporting Standards, and its annex specific issues identified in relation to CRS

⁵³ Statement of the WP 29 on automatic inter-state exchanges of personal data for tax purposes, adopted on 4 February 2015

⁵⁴ Guidelines for Member States on the criteria to ensure compliance with data protection requirements in the context of the automatic exchange of personal data for tax purposes, adopted on 16 December 2015, WP 234.

⁵⁵ Bij de interpretatie van de Conventie nr. 108 voor de bescherming van individuen met betrekking tot de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens dient rekening te worden gehouden met de aanbevelingen van het consultatief comité (T-PD) dat in de schoot van de Conventie nr. 108 is opgericht. Dit

gesignaleerd over de implicaties van een geautomatiseerde interstatelijke uitwisseling van gegevens voor administratieve en belastingdoeleinden⁵⁶. Het consultatief comité heeft hierbij de principes van een interstatelijke uitwisseling van gegevens voor fiscale doeleinden zoals voorgesteld door de OESO (met name de hierboven aangehaalde “Common Reporting Standards”) getoetst aan de standaarden betreffende gegevensbescherming van de Raad van Europa (Conventie nr. 108). Ook in dit advies werd aangenomen dat automatische uitwisseling van gegevens weliswaar een onmisbaar werkmiddel is in de strijd tegen belastingfraude en belastingontwijking, doch vereist dat er specifieke waarborgen worden aangenomen opdat de doelstellingen van de bescherming van het recht op privéleven en het recht op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, gerespecteerd blijven.

Wat betreft de adviesorganen betreffende privacy, dient tenslotte ook te worden verwezen naar een aantal adviezen van de Belgische Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, die zijn verleend in het kader van de omzetting van de Europese richtlijnen betreffende internationale uitwisseling van gegevens⁵⁷, waarin eveneens alle beginselen van het recht op privéleven en het recht op de bescherming van de persoonsgegevens grondig werden getoetst.

Daarnaast werd de (automatische) internationale uitwisseling van gegevens ook bestudeerd vanuit het perspectief van het recht op het privéleven en het recht op de bescherming van de persoonsgegevens door diverse auteurs, waaronder A.J. COCKFIELD⁵⁸, en zeer recent door S.M. GONZALEZ⁵⁹ en M. SCHAPER⁶⁰.

Het uitbreiden van dit onderzoek naar de diverse vormen van inzameling van informatie uit het buitenland zou er dan ook toe leiden dat de door deze auteurs en adviesorganen gedane vaststellingen in grote mate worden hernomen.

22. Bij elk van de vernoemde bronnen van informatie (belastingplichtige, derde en overheid) zal er een onderscheid moeten worden gemaakt tussen gegevensinstromen die gebaseerd zijn op een concreet overheidshandelen (het stellen van een onderzoeksdaad) enerzijds, en anderzijds gegevensstromen die het gevolg zijn van het nakomen door de belastingplichtige, de derde of de overheid van hun wettelijke verplichting bepaalde informatie aan de fiscale administratie te verstrekken, zonder dat deze er concreet naar vraagt.

consultatief comité verstrekt o.m. aanbevelingen inzake de implementatie van de regels inzake gegevensbescherming in nationale wetgeving.

⁵⁶ Vrije vertaling voor Opinion T-PD(2014)05 of the consultative committee of the convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data on the implications of mechanisms for automatic inter-state exchanges of data for administrative and tax purposes van 4 juni 2014

⁵⁷ Waaronder het advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer nr. 61/2014, nr. 28/2015 en het advies van het sectoraal comité voor de federale overheid nr. 24/2016

⁵⁸ A.J. COCKFIELD, “Protecting Taxpayer Privacy Rights Under Enhanced Cross-Border Tax Information Exchange: Toward a Multilateral Taxpayer Bill of Rights”, *University of British Columbia Law Review*, 2010, Vol. 42, No. 2, p. 419 – 471

⁵⁹ S.M. GONZALEZ, “The Automatic Exchange of Tax Information and the Protection of Personal Data in the European Union: Reflections on the Latest Jurisprudential and Normative Advances” *EC Tax Review*, 2016, Issue 3, 146–161

⁶⁰ M. SCHAPER, “Data protection rights and tax information exchange in the European Union: an uneasy combination”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, 514-530

23. Gelet op bovenstaande wordt de centrale onderzoeksvraag verfijnd als volgt: *“wat is de draagwijdte van het recht op privéleven en het recht op de bescherming van de persoonsgegevens bij de inzameling van informatie door de Belgische federale fiscale administratie voor de heffing van de inkomstenbelastingen”?*

Hoofdstuk 2 Onderzoek naar de draagwijdte van het recht op privéleven en het recht op de bescherming van de persoonsgegevens

Afdeling 1 Toelichting bij de onderzoeksmethodologie en afbakening van het onderzoek

Onderafdeling 1 Inleiding

24. Bij een onderzoek naar de draagwijdte van het recht op privéleven bij het verzamelen van informatie door de fiscale administratie moet vooreerst getracht worden een juist begrip te hebben over de draagwijdte van het recht op privéleven in het algemeen. Dit recht op privéleven wordt echter beheerst door een veelheid van rechtsbronnen, gaande van mensenrechtenverdragen tot (lokale) machtigingen van de Commissie tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer in verband met de verwerking van persoonsgegevens. De ontstaansgeschiedenis van het recht op privéleven laat toe een inzicht te verwerven in de onderlinge verhouding tussen deze rechtsbronnen. Dit inzicht maakt het mogelijk om op een verantwoorde wijze een keuze te maken voor de rechtsbronnen die moeten worden bestudeerd om de draagwijdte op privéleven te kennen en een relevant kader te ontwikkelen waaraan de verzameling van informatie door de fiscale administratie kan worden getoetst.

25. In onderafdeling 2 hierna worden de resultaten weergegeven van dit rechtshistorisch onderzoek. De weergave van de resultaten is beperkt tot wat nodig is om de hiervoor beschreven functie te vervullen. De uiteindelijke keuze van de te bestuderen rechtsbronnen wordt hierna weergegeven in onderafdeling 3, samen met een motivering voor deze keuze. In onderafdeling 3 wordt eveneens weergegeven *hoe* deze rechtsbronnen werden bestudeerd met oog op het creëren van een relevant toetsingskader.

26. Naast een inzicht in de diverse rechtsbronnen en hun onderlinge verhouding, laat het rechtshistorisch onderzoek ook toe om inzicht te verwerven in de basisprincipes die het recht op privéleven beheersen, zodat dit ook een ondersteunende rol speelt in de interpretatie van de rechtsbronnen en dus in de opmaak van het toetsingskader (zie hierna in afdeling 2).

Onderafdeling 2 Rechtshistorisch onderzoek naar het recht op privéleven

§ 1 Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens

27. Het recht op privéleven is een relatief jong recht. De oudste en tot op vandaag belangrijkste rechtsbron is artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens van 1950 (hierna verder het "EVRM")⁶¹.

28. Voordien was er van enige juridische erkenning van een recht op privéleven in wezen geen sprake, behoudens de erkenning van bepaalde onderdelen van dit recht op privéleven,

⁶¹ Zie hierover: S. DE RAEDT en A. VAN DE VIJVER, "Grondrechten en bronnen" in S. DE RAEDT en A. VAN DE VIJVER, *Grondrechten in fiscalibus*, Brussel, Larcier, 2016, 12 ev.

waaronder het recht op woonst⁶². Dit recht werd in de meeste 19^{de} eeuwse Europese grondwetten erkend⁶³. Het recht op woning is dan ook het onderdeel van het recht op privéleven waarover de grootste consensus bestaat⁶⁴.

29. Het besef dat er zoiets moest bestaan als een meer algemeen recht op privéleven, dat ruimer was dan enkel de bescherming van de woonst, was uiteraard al enige tijd voor de totstandkoming van het EVRM ontstaan. Het Amerikaanse Hoogerechtshof gebruikte in 1886 voor het eerst het concept “privacy” in het kader van een toepassing van de Amerikaanse Grondwet en het IVe Amendement, waarin de onschendbaarheid van de woning en het briefgeheim waren opgenomen. Met name stelde het Hoogerechtshof in de zaak *Boyd/V.S.* in verband met de verplichting voor een belastingplichtige om zijn boekhouding mee te delen aan de overheid, dat de principes van het IVe Amendement “*apply to all invasions on the part of the government and its employees of the sanctity of a man’s home and the privacies of life*”⁶⁵. Het waren echter de Britse auteurs WARREN en BRANDEIS, die algemeen worden beschouwd als degenen die een belangrijke bijdrage hebben geleverd tot de erkenning van het recht op privéleven⁶⁶. In hun artikel “The right to privacy” uit 1890⁶⁷, pleitten zij voor een algemene erkenning van dit recht op privacy. Zij lieten zich echter niet door een grondrechtelijke context inspireren voor hun artikel. In Europa was immers inmiddels het concept van de intellectuele eigendomsrechten in het algemeen en het auteursrecht in het bijzonder ontstaan. Daar waar aan dit concept aanvankelijk uitsluitend patrimoniale rechten werden toegekend, groeide tegen het einde van de 19^{de} eeuw het besef dat dit concept ook een niet-patrimoniale zijde moet hebben, die met name in de Duitse literatuur wordt beschouwd als een onderdeel van de zogenaamde “persoonlijkheidsrechten”. Tot de niet-patrimoniale zijde van het auteursrecht behoort het recht van de auteur beschermd te zijn tegen niet-toegelaten verspreiding van

⁶² Zie bijvoorbeeld het Charter van het Prinsbisdom Luik van 1198 (zie hierover: K. LEMMENS, “Le droit au respect de la vie privée et de la personnalité” in M. VERDUSSEN en N. BONBLED, *Les droits constitutionnels en Belgique*, Bruylant, Brussel, 2011, 902)

⁶³ De Belgische Grondwet bevatte van bij het ontstaan het recht op de onschendbaarheid van de woonst. In het huidige artikel 15 van de Grondwet staat nog steeds: “*De woning is onschendbaar; geen huiszoeking kan plaatshebben dan in de gevallen die de wet bepaalt en in de vorm die zij voorschrijft*”. Ook het briefgeheim is een onderdeel van het recht op privéleven dat van bij het ontstaan van de Grondwet werd gewaarborgd. Het huidige artikel 29 van de Grondwet bepaalt: “*De wet bepaalt welke agenten verantwoordelijk zijn voor de schending van het geheim der aan de post toevertrouwde brieven*”. Ook in de Nederlandse Grondwet werd in 1815 het verbod opgenomen om, behoudens uitzonderingen, iemands woning te betreden (nu artikel 12 van de Nederlandse Grondwet). In 1848 werd het briefgeheim grondwettelijke gewaarborgd (nu artikel 13 van de Nederlandse Grondwet), in 1983 uitgebreid met het telefoon – en telegraafgeheim) (zie H.R. KRANENBORG en L.F.M. VERHEY, *Wet bescherming persoonsgegevens in Europees perspectief*, Deventer, Kluwer, 2011, 1; K. LEMMENS, “Le droit au respect de la vie privée et de la personnalité” in M. VERDUSSEN en N. BONBLED, *Les droits constitutionnels en Belgique*, Bruylant, Brussel, 2011, 902; P. BLOK, *Het recht op privacy. Een onderzoek naar de betekenis van het begrip “privacy” in het Nederlandse en Amerikaanse recht*, Boom JU, 2002, 40-41)

⁶⁴ F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Brussel, Bruylant, 1990, 43-52; P. DE HERT, “het recht op privacy” in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM – deel II. Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 757 met verwijzing naar een woonstbeschermende clause in het Charter van het prinsbisdom Luik uit 1198; Ook in de rechtspraak van het EHRM wordt het betreden van de woning meestal zonder betwisting als een inmenging in het recht op privéleven beschouwd (zie bv. EHRM 25 februari 1993, *FUNKE/Frankrijk*; EHRM 28 oktober 1994 *MURRAY/VK*; EHRM 16 december 1997 *CAMENZIND/Zwitserland*; EHRM 23 september 1998 *McLEOD/VK*)

⁶⁵ Zie hierover: F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Brussel, Bruylant, 1990, 44; B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, Brussel, Larcier, 2008, 27-29

⁶⁶ Zie bijvoorbeeld P. DE HERT, *Artikel 8 EVRM en het Belgisch recht. De bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 59; L.F.M. VERHEY, *Horizontale werking van grondrechten in het bijzonder het recht op privacy*, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1992, 192; G. GONZALEZ FUSTER, *The emergence of personal data protection as a fundamental right of the European Union*, Heidelberg, Springer, 2014, 29

⁶⁷ WARREN & BRANDEIS, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, Vol. IV, December 15, 1890, No. 5

zijn werk⁶⁸. Hoewel dit niet-patrimoniale aspect van het auteursrecht pas in de 20^{ste} eeuw wettelijk zou worden verankerd, hebben de Britse auteurs WARREN en BRANDEIS zich in hun artikel laten inspireren door deze gedachte. Zij stelden immers vast dat de gewijzigde maatschappelijke context, die andere vormen van publiciteit kende onder invloed van nieuwe technologieën (in het bijzonder de fotografie), het nodig maakte dat het bestaan werd erkend van een algemeen recht op privacy. Zij kwamen in hun artikel op tegen de toenemende publiciteit in de roddelpers over private aangelegenheden van bekende persoonlijkheden.

De ontwikkeling van nieuwe technologieën zou niet alleen aan de basis liggen van het ontstaan van het recht op privéleven, maar zou ook in de verdere evolutie en invulling van dit recht een zeer belangrijke rol blijven spelen.

De omschrijving die WARREN en BRANDEIS geven aan het recht op privacy is nog vrij eng en beperkt zich tot het recht om met rust te worden gelaten (“the right to be left alone”). Hoewel het begrip “privacy” inmiddels een ruimere invulling heeft gekregen, is het recht om met rust te worden gelaten nog steeds een (basis)onderdeel van het recht op privéleven.

30. Het is echter de universele schok van de Tweede Wereldoorlog geweest en de diverse mensenrechtenschendingen die daarmee zijn gepaard gegaan, die ervoor gezorgd heeft dat de eerbiediging van het privéleven voor het eerst als een “recht” werd beschouwd en wel als een mensenrecht. In de schoot van de Verenigde Naties kwam op 10 december 1948 de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens tot stand. Deze Verklaring ging, net als de liberale grondwetten van de 19^{de} eeuw, uit van het principe dat de mens over een aantal rechten beschikt die moeten worden gerespecteerd door eenieder, ook door de overheid, en dat eenieder het recht heeft op de bescherming *van de wet* tegen inmengingen of aanslagen op zijn rechten⁶⁹. De tussenkomst van de wetgever moest immers een waarborg vormen van bescherming tegen het willekeurig optreden van de overheid. Deze legaliteitsvereiste is tot vandaag een belangrijk beginsel in het recht op privéleven. Artikel 12 van de Universele Verklaring stelt dat “*niemand het voorwerp zal zijn van een willekeurige inmenging in zijn privaat leven, zijn familie, zijn woning, of zijn briefwisseling, noch van een aanslag op zijn eer en zijn faam*” en dat “*eenieder recht heeft op de bescherming van de wet tegen dergelijke inmenging of aanslagen*”. De Universele Verklaring van de Rechten van de Mens van 1948 kreeg pas bindende kracht door het aannemen in 1966 van twee verdragen, met name het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten (hierna verder het “BUPO”) enerzijds en het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele rechten anderzijds⁷⁰.

⁶⁸Zie hierover: F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Brussel, Bruylant, 1990, 53-68

⁶⁹Zie hierover: G. COHEN-JONATHAN, *La Convention Européenne des droits de l'homme*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1989, 9-10; F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Brussel, Bruylant, 1990, 141-143

⁷⁰Zie hierover: S. DE RAEDT en A. VAN DE VIJVER, “Grondrechten en bronnen” in S. DE RAEDT en A. VAN DE VIJVER, *Grondrechten in fiscalibus*, Brussel, Larcier, 2016, 9 ev.

Twee jaar na deze Universele Verklaring kwam in de schoot van de toen nog jonge Raad van Europa⁷¹ het op de Universele Verklaring geïnspireerde EVRM tot stand op 4 november 1950. In de nasleep van de Tweede Wereldoorlog werd artikel 8 EVRM nog hoofdzakelijk gezien als een waarborg tegen de inquisitoriale praktijken van communistische en fascistische regimes⁷². Het artikel 8 bepaalt: “§1 Eenieder heeft recht op de eerbiediging van zijn privéleven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling. §2 Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan met betrekking tot de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving nodig is in het belang van ’s lands veiligheid, de openbare veiligheid, of het economisch welzijn van het land, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.”

31. Ook in het BUPO van 19 december 1966 werd het recht op privéleven opgenomen in artikel 17, dat bepaalt: “Niemand mag worden onderworpen aan willekeurige of onwettige inmenging in zijn privéleven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling, noch aan een onwettige aantasting van zijn eer en goede naam. Eenieder heeft recht op bescherming door de wet tegen zodanige inmenging of aantasting.” Dit artikel herhaalt nagenoeg artikel 12 van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens van 1948 en is op het vlak van zijn toepassingsgebied iets ruimer dan artikel 8 EVRM nu het BUPO ook het recht op eer en goede naam uitdrukkelijk tot een onderdeel van het recht op privéleven rekent. Het recht op eer en goede naam wordt echter ook in het EVRM beschermd in de context van artikel 10 EVRM. Artikel 10 EVRM waarborgt immers het recht op vrije meningsuiting, maar dit recht kan conform artikel 10 lid 2 EVRM worden onderworpen aan formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of bestraffingen indien dit voorgeschreven is door de wet en noodzakelijk in een democratische samenleving om bepaalde legitieme doelstellingen te bereiken. Tot deze legitieme doelstellingen worden de bescherming van de rechten van anderen gerekend. In dat kader heeft het EHRM al gesteld dat tot deze rechten van anderen uiteraard het door artikel 8 EVRM gewaarborgd recht op privéleven moet worden gerekend en dat het recht op reputatie ongetwijfeld onderdeel vormt van dit recht op privéleven⁷³. Anderzijds zijn de beperkingen op dit recht op privéleven in het BUPO minder gedetailleerd omschreven. Het BUPO beperkt zich tot de vereiste van de wettelijke basis. Artikel 8 EVRM vereist daarentegen niet alleen een wettelijke basis maar vereist tevens dat de inmenging in het privéleven gebeurt omwille van een welbepaalde door het EVRM omschreven finaliteit alsook dat er een band van noodzakelijkheid moet bestaan tussen de inmenging in het privéleven enerzijds en de door de inmenging beoogde finaliteit. Daarnaast onderscheidt het EVRM zich van het BUPO doordat het EVRM ook een internationaal orgaan opricht dat controle moet uitoefenen op de naleving van de in het EVRM erkende grondrechten, met

⁷¹ Er werd besloten tot oprichting van de Raad van Europa op 28 januari 1949 door 5 landen (de drie Benelux-landen, het Verenigd Koninkrijk en Frankrijk). Dit gebeurde effectief door het Pact van Brussel op 5 mei 1949.

⁷² M. BURBERGS, “How the Right to Protection of Private and Family Life, Home and Correspondence Became the Nursery in Which New Rights Are Born: Article 8 ECHR.” In E. BREMS & J. GERARDS (eds.) *Shaping Rights in the ECHR: the Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge, University Press, 2013, 318

⁷³ Zie bijvoorbeeld: EHRM 30 maart 2004, RADIO FRANCE/Frankrijk (§ 31): “The Court would observe that the right to protection of one’s reputation is of course one of the rights guaranteed by Article 8 of the Convention, as one element of the right to respect for private life.”, zie ook EHRM 29 juni 2004 CHAUVY/Frankrijk (§70); EHRM 21 september 2004, ABEBERRY/Frankrijk; EHRM 9 november 2006, LEEMPOEL & EDITION CINE REVUE SA./België (§67); EHRM 7 februari 2012, AXEL SPRINGER/ Duitsland (§83)

name het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna EHRM) dat werd opgericht op 15 september 1959.

32. Artikel 8 EVRM, zoals geïnterpreteerd door het EHRM, dient dan ook in het kader van dit onderzoek als de belangrijkste bron van het recht op privéleven te worden beschouwd.

§ 2 De “informatieprivacy”

33. In de jaren '70 van de 20^{ste} eeuw ontstond onder invloed van het toenemend gebruik van computers door private organisaties, maar vooral door overheden, die zeer snel en goedkoop een grote hoeveelheid informatie kunnen verwerken, een maatschappelijk debat over de gevaren die een toename van de geautomatiseerde gegevensverwerking met zich mee zou brengen voor de eerbiediging van het privéleven⁷⁴. Specifiek ten aanzien van de overheid vreesde men het “Big Brother”-syndroom, waarbij overheden allerlei grote databanken met persoonsgegevens aan elkaar zou kunnen koppelen en dus alle gegevens over een persoon in één hand zouden kunnen verzamelen⁷⁵.

34. Bij het zoeken naar juridische oplossingen om deze gevaren in te dijken werd in de VS teruggeslagen naar het bestaande rechtskader betreffende het recht op privacy⁷⁶. Hoewel ook in de VS het recht op privacy traditioneel werd beschouwd als het recht op bescherming van zaken die volledig tot de privésfeer van een persoon behoren, werd onder invloed van de genoemde vraagstukken rond de technologische ontwikkelingen inzake informatieverwerking, het recht op privacy in de VS als het ware gherdefinieerd tot het zogenaamde recht op *zeggenschap* over de persoonsgegevens, zijnde de gegevens die informatie verstrekken over een natuurlijke persoon, los van het private karakter van deze informatie. Dit zou later worden aangeduid als de “informatieprivacy”⁷⁷. Dit recht op zeggenschap over de persoonsgegevens betrof dus ook persoonsgegevens die strikt genomen ook anderen dan de betrokkene zelf aanbelangen (zoals persoonsgegevens die de belastingdienst aanbelangen). Deze verruiming van het toepassingsgebied van het recht op privacy in de VS verantwoordde een wijziging in de manier waarop aan dit recht

⁷⁴ Zie bv. hierover: D. BAINBRIDGE, *EC Data protection directive*, London, Butterworths, 1996, 13 ev.; D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens*, Antwerpen, Kluwer, 2001, p. V; B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, Brussel, Larcier, 2008, 354 p.; P. BLOK, *Het recht op privacy. Een onderzoek naar de betekenis van het begrip “privacy” in het Nederlandse en Amerikaanse recht*, Boom JU, 2002, 115-127 en 243-244.

⁷⁵ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens*, Antwerpen, Kluwer, 2001, p. VI. Over het feit dat vooral de grootschalige verwerking door de overheid bezorgdheden inzake het recht op privéleven deed ontstaan bij de publieke opinie: P. BLUME, “The Public Sector and the Forthcoming EU Data Protection Regulation”, *EDPL* 2015, 32-38; A. KISS en G. LASZLO SZOKE, “Evolution or Revolution? Steps forward in a new generation of data protection regulation”, in S. GUTWIRTH, R. LEENES en P. DE HERT (ed), *Reforming European data protection law*, Heidelberg, Springer, 2015, 313

⁷⁶ P. BLOK, *Het recht op privacy. Een onderzoek naar de betekenis van het begrip “privacy” in het Nederlandse en Amerikaanse recht*, Boom JU, 2002, 245 ev.

⁷⁷ Zie hierover: L.F.M. VERHEY, *Horizontale werking van grondrechten in het bijzonder het recht op privacy*, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1992, 194; P. BLOK, *Het recht op privacy. Een onderzoek naar de betekenis van het begrip “privacy” in het Nederlandse en Amerikaanse recht*, Boom JU, 2002, 246-247; G. GONZALEZ FUSTER, *The emergence of personal data protection as a fundamental right of the European Union*, Heidelberg, Springer, 2014, 29-40. De basis voor dit begrip “informatieprivacy” zou zijn gelegd door de Amerikaanse auteur Alan F. WESTIN in zijn boek “privacy en freedom” die het recht op privacy omschrijft als “the claim of individuals, groups or institutions to determine for themselves when, how and to what extent information about them is communicated to others”. WESTIN was professor Public Law and Government aan de Columbia University, en kreeg in 1962 de opdracht van het Special Committee on Science and Law of the Association of the Bar of the City of New York, om een onderzoek te doen naar de impact van de moderne technologische ontwikkelingen op de privacy. De resultaten van dit onderzoek hebben geleid tot het bedoelde boek.

bescherming werd geboden. Zolang het domein van het recht op privacy beperkt was tot datgene wat de loutere privé-zaken betrof, kon worden aangenomen dat de houder van dit recht de exclusieve bevoegdheid had om over dit recht te beschikken en er een absoluut en principieel verbod was van de ander (met inbegrip van de overheid) om zich in dit privéleven te mengen. Vermits de “informatie privacy” echter ook gegevens betreft die een ander belangen, werd de idee van het absolute verbod om zich te mengen in het privéleven verlaten ten voordele van een stelsel van rechtsbescherming waarbij meer teruggegrepen werd naar de idee van een (*wederkerige*) *belangenafweging*⁷⁸. De rechtsbescherming van degene van wie persoonsgegevens worden verwerkt, wordt daarbij bepaald door de afweging van de belangen van degene die de gegevens verwerkt ten opzichte van degene over wie de gegevens gaan. Het stelsel van rechten en verplichtingen voor beide betrokken partijen, in functie van hun beider belangen, blijkt onder meer uit de ontwikkeling van de zogenaamde “Fair Information Practices” in de VS (de zogenaamde FIP’s). In een ten behoeve van de Amerikaanse overheid opgesteld rapport met aanbevelingen op het gebied van waarborgen voor de beschermingen van het individu tegen de risico’s van geautomatiseerde gegevensverwerking⁷⁹, werd uitgegaan van de idee dat privacy in termen van wederkerigheid moest worden beschouwd. Zowel de organisaties die de gegevens verwerkten, als degene van wie gegevens worden verwerkt, moeten tot op zekere mate *controle* houden over deze gegevens om tot een redelijke en zorgvuldige gegevensverwerking te komen⁸⁰. Om dit mogelijk te maken wordt het *recht op eerlijke informatie* over de gegevensverwerking als cruciaal beschouwd. Deze “fair information practices” impliceren onder meer dat het bestaan van een verwerking van persoonsgegevens niet geheim mag zijn, dat de betrokkene moet kunnen te weten komen welke persoonsgegevens er worden verwerkt en waarvoor ze worden gebruikt, dat er een mogelijkheid moet zijn voor de betrokkene om zich te verzetten tegen het gebruik van persoonsgegevens die voor een bepaald doel zijn verzameld, maar voor een ander doel worden verwerkt zonder zijn instemming, dat er een mogelijkheid moet zijn de persoonsgegevens te corrigeren en dat degene die de persoonsgegevens verwerkt er op moet toezien dat deze gegevens betrouwbaar blijven en niet kunnen worden misbruikt⁸¹.

35. Dit concept van de eerlijke informatie werd in heel wat internationale regelgeving betreffende bescherming van persoonsgegevens overgenomen⁸². Zo werden de FIP’s bij

⁷⁸ Zie P. BLOK, *Het recht op privacy. Een onderzoek naar de betekenis van het begrip “privacy” in het Nederlandse en Amerikaanse recht*, Boom JU, 2002, 248; zie ook B. VAN DER SLOOT, “Do privacy and data protection rules apply to legal persons and should they? A proposal for a two-tiered system”, *Computer Law & Security Review* 2015, nr. 31, 34

⁷⁹ In de VS werd in 1972 het Secretary’s Advisory Committee on Automated Personal Data Systems opgericht door de Secretary of the US Department of Health, Education and Welfare. Dit comité deed in een rapport van 1973 aanbevelingen inzake het inlassen van waarborgen voor de beschermingen van het individu tegen de risico’s van geautomatiseerde gegevensverwerking. Deze aanbevelingen zouden de “Fair Information Practices” worden genoemd (Over dit rapport, genaamd “Records, Computers and Rights of Citizens”: R. GELLMAN, “Willis Ware’s lasting contribution to privacy: fair information practices”, *IEEE Security and Privacy* 2014, 51-54).

⁸⁰ B. VAN DER SLOOT, “De nieuwe consumentenrechten in de algemene verordening gegevensbescherming: vergeten worden, dataportabiliteit en profilering”, *Tijdschrift voor consumentenrecht en handelspraktijken* 2012, 258

⁸¹ P. BLOK, *Het recht op privacy. Een onderzoek naar de betekenis van het begrip “privacy” in het Nederlandse en Amerikaanse recht*, Boom JU, 2002, 250-251; G. GONZALEZ FUSTER, *The emergence of personal data protection as a fundamental right of the European Union*, Heidelberg, Springer, 2014, 36-40

⁸² B. VAN DER SLOOT, “De nieuwe consumentenrechten in de algemene verordening gegevensbescherming: vergeten worden, dataportabiliteit en profilering” *Tijdschrift voor consumentenrecht en handelspraktijken* 2012, 258

voorbeeld opgenomen in de 8 aanbevelingen in de OESO Guidelines van 1980⁸³, in de richtlijnen betreffende de bescherming van de persoonsgegevens van de VN en in het APEC⁸⁴ Privacy Framework⁸⁵. Ze vormen in wezen ook de basis van de Conventie nr. 108⁸⁶ die is tot stand gekomen in de schoot van de Raad van Europa en bijgevolg ook van de Richtlijn 95/46 en de Verordening 2016/679 van de EU die daarop zijn gebaseerd (zie hierover meer hierna). De FIP's kunnen immers worden vertaald naar wat in Europese context vandaag wordt aangeduid als het transparantiebeginsel (de verwerking van persoonsgegevens mag niet geheim zijn, de betrokkene moet kunnen te weten komen welke persoonsgegevens er worden verwerkt en waarvoor ze worden gebruikt) en het finaliteitsbeginsel (er moet een mogelijkheid zijn voor de betrokken om zich te verzetten tegen het gebruik van persoonsgegevens die voor een bepaald doel zijn verzameld, maar die voor een ander doel worden verwerkt zonder zijn instemming)⁸⁷.

36. De gedachte die in de jaren '70 van de 20^{ste} eeuw was ontwikkeld in de VS dat een daadwerkelijke bescherming van de persoonsgegevens impliceerde dat door zowel de betrokkene als de verwerker van de persoonsgegevens een zekere (wederkerige) *controle* wordt gehouden op de persoonsgegevens, vond later weerklank in Europa en vooral in Duitsland door een arrest van het Grondwettelijke Hof van 1983, waarin het zogenaamde recht op informationele zelfbeschikking als het ware werd beschouwd als een "nieuw" grondrecht⁸⁸. Het gaat hier dan wel over het zelfbeschikkingsrecht van degene van wie persoonsgegevens worden verwerkt. Algemeen wordt aangenomen dat de ideeën die aan de basis liggen van de redenering van het Duitse Grondwettelijk Hof, tot de basisgedachten behoren van het huidige recht op bescherming van de persoonsgegevens⁸⁹. Het arrest betrof een volkstelling, die door het Duitse Grondwettelijk Hof als gedeeltelijk ongrondwettelijk werd beschouwd. Het Hof oordeelde dat er bij de volkstelling bijkomende procedurele waarborgen moesten zijn ter waarborging van de fundamentele rechten van de burger en oordeelde eveneens dat het doorgeven van de voor statistische doeleinden verzamelde informatie aan lokale overheden met het oog op het corrigeren van hun bevolkingsregisters ongrondwettelijk was. Om tot deze conclusie te komen erkende het Duitse Grondwettelijk Hof het bestaan van het recht op informationele zelfbeschikking, als onderdeel van het ruimere recht op persoonlijkheid, dat dan weer werd afgeleid uit het recht op waardigheid dat als grondrecht in de Duitse Grondwet werd erkend. Een dergelijk recht om de controle te

⁸³ De zogenaamde "Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data" van 23 september 1980 (www.oecd.org).

⁸⁴ APEC staat voor "Asian Pacific Economic Countries"

⁸⁵ In 2004 publiceerde de Organisatie van de APEC een eigen Privacy Framework. Hierin worden 9 principes voor de bescherming van de persoonsgegevens naar voor geschoven die gelijkaardig zijn aan de FIP's (zie hierover M. KUSCHEWSKY, "The new privacy guidelines of the OECD: what changes for business?", *Journal of European Competition Law and Practice*, 2014, vol. 5, 146)

⁸⁶ De Conventie nr. 108 van 28 januari 1981 (www.coe.int).

⁸⁷ P. DE HERT, en V. PAPAConstantinou, "Three scenarios for international governance of data privacy: towards an international data privacy organization, preferably a UN agency", *I/S a journal of law and policy on the information society* 2013, nr. 9, iss. 2, 284

⁸⁸ Bundesverfassungsgericht 15 december 1983; zie hierover: G. HORNUNG en C. SCHNABEL, "Data protection in Germany I: the population census decision and the right to informational self-determination", *Computer Law & Security Review* 2009, vol. 25, 85-86

⁸⁹ Y. Poullet en T. Leonard, "les libertés comme fondement de la protection des données nominatives" in F. RIGAUX, *la vie privée, une liberté parmi des autres?*, Brussel, Larcier, 1992, 233; G. HORNUNG en C. SCHNABEL, "Data protection in Germany I: the population census decision and the right to informational self-determination", *Computer Law & Security Review* 2009, vol. 25, 86; A. KISS en G. LASZLO SZOKE, "Evolution or Revolution? Steps forward in a new generation of data protection regulation", in S. GUTWIRTH, R. LEENES en P. DE HERT (ed), *Reforming European data protection law*, Heidelberg, Springer, 2015, 314-315

houden over de eigen persoonsgegevens zou geïnspireerd zijn op het sociologische gedachtegoed van Niklas Luhmann, waarin werd gesteld dat de controle over de eigen informatie bijdraagt tot het behoud van eenieders mogelijkheden om zich te ontwikkelen zoals hij dat zelf verkiest, en dus bijdraagt tot differentiatie in de maatschappij, wat dan weer essentieel is voor de democratie⁹⁰. Wanneer iemand niet langer controle heeft over de eigen informatie, bestaat het gevaar dat burgers niet langer vrijuit zullen durven handelen maar hun gedrag zullen aanpassen op dusdanige wijze dat zij niet “uit de band springen” om aldus vanuit statistisch oogpunt als “normaal” te worden beschouwd. Een inmenging in het recht op informatiele zelfbeschikking is slechts mogelijk wanneer het openbaar belang dat met deze inmenging wordt beoogd, zwaarder weegt dan de gerechtvaardigde belangen van het individu⁹¹. Aangenomen dat het recht op informatiele zelfbeschikking bijdraagt tot het democratische bestel, weegt het belang van het individu in die redenering vrij zwaar door.

§ 3 De rol van internationale organisaties in het vraagstuk naar de impact van nieuwe technologieën op het recht op privéleven

37. Het vraagstuk naar de impact van de nieuwe technologieën op het recht op privéleven, zoals dit eerst in de VS werd gesteld, kreeg in het begin van de jaren '70 van de vorige eeuw wereldwijd weerklank. Vooral de internationale organisaties zouden een belangrijke rol spelen in de ontwikkeling van een persoonsgegevensbeschermingswetgeving⁹².

I. De OESO

38. Zo hebben de studies die over dit onderwerp in de schoot van de OESO zijn uitgevoerd in de jaren '70 van de vorige eeuw geleid tot de totstandkoming van de richtlijnen over de bescherming van de privacy en de internationale uitwisseling van persoonsgegevens in 1980, de zogenaamde “Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data” (hierna verder de “OESO Guidelines”)⁹³. In deze OESO Guidelines werd ervoor gekozen een aantal principes vast te leggen waarover consensus bestond, eerder dan een gedetailleerd kader te creëren dat in de diverse lidstaten zou

⁹⁰ Zie hierover ook A. ROUVROY en Y. POULLET, “The right to informational self-determination and the value of self-development. Reassessing the importance for privacy for democracy”, in S. GUTWIRTH (ed) *Reinventing data protection* 2009, Heidelberg, Springer, p. 45-76

⁹¹ Y. POULLET, en T. LEONARD, “les libertés comme fondement de la protection des données nominatives” in F. RIGAUX, *la vie privée, une liberté parmi des autres?* Brussel, Larcier, 1992, 233; G. HORNUNG en C. SCHNABEL, “Data protection in Germany I: the population census decision and the right to informational self-determination”, *Computer Law & Security Review* 2009, vol. 25, 85-86

⁹² Zie hierover F.W. HONDIUS, *Emerging data protection in Europe*, North-Holland publishing company – Amsterdam – Oxford en American Elsevier Publishing Company inc. New York, 1975, 55 ev.

⁹³ De Guidelines betreffen de automatische zowel als de manuele verwerking van persoonsgegevens door zowel private als door publieke organisaties (zie hierover F.W. HONDIUS, *Emerging data protection in Europe*, North-Holland publishing company – Amsterdam – Oxford en American Elsevier Publishing Company, inc. New York, 1975, 57-59; D. BAINBRIDGE, *EC Data protection directive*, Butterworths, London, 1996, 16; G. GONZALEZ FUSTER, *The emergence of personal data protection as a fundamental right of the European Union*, Heidelberg, Springer, 2014, 77-79; R. GELLMAN, “Willis Ware’s lasting contribution to privacy: fair information practices”, *IEEE Security and Privacy* 2014, 52; P. DE HERT, en V. PAPAConstantinou, “Three scenarios for international governance of data privacy: towards an international data privacy organization, preferably a UN agency”, *I/S a journal of law and policy on the information society* 2013, nr. 9, iss. 2, 277; F. BOEHM, *Information Sharing and Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice. Towards Harmonized Data Protection Principles for Information Exchange at EU-level*, Springer, Berlin – Heidelberg, 2012, XII, 92)

moeten worden geïncorporeerd⁹⁴. De 8 principes uit de OESO Guidelines zijn in wezen terug te brengen tot een meer uitgewerkte vorm van de Fair Information Practices (zie hierboven randnummer 34). Het betreft in het bijzonder het zogenaamde:

- (1) “collection limitation”- principe: persoonsgegevens kunnen slechts bekomen worden op een eerlijke en rechtmatige wijze en waar mogelijk met de toestemming van de betrokkene,
- (2) het “data quality” – principe: persoonsgegevens mogen slechts verwerkt worden als ze relevant zijn voor het doel waarvoor ze zijn verzameld en dienen accuraat, volledig en actueel te worden gehouden,
- (3) het “purpose-specification” – principe: het doel waarvoor de persoonsgegevens worden verzameld dient te worden gespecificeerd ten laatste op het moment dat de gegevens worden verzameld; het verder gebruiken van deze persoonsgegevens moet in overeenstemming zijn met de oorspronkelijke doelstellingen van de gegevensverzameling; een wijziging van doelstelling moet worden verduidelijkt,
- (4) het “use limitation” – principe: persoonsgegevens mogen niet worden bekend gemaakt of beschikbaar worden gesteld en mogen niet verder worden gebruikt voor doelstellingen andere dan deze die zijn bekend gemaakt, tenzij er toestemming is van de betrokkene of tenzij dit toegelaten is door de wet,
- (5) het “security safeguards”- principe: persoonsgegevens moeten worden beschermd tegen risico’s als verlies, niet-toegelaten toegang, vernieling, gebruik, wijziging of bekendmaking,
- (6) het “openness” – principe: er dient een algemeen beleid van openheid te bestaan ten aanzien van ontwikkelingen, beleid en praktijken met betrekking tot persoonsgegevens, de aard en het bestaan van persoonsgegevens, de voornaamste doelstelling van het gebruik ervan en de identiteit en adresgegevens van de verwerker van de persoonsgegevens dienen altijd beschikbaar te zijn,
- (7) het “individual participation” - principe: de betrokkene moet het recht hebben om van de verwerker van de persoonsgegevens te weten te komen of er persoonsgegevens van hem worden verwerkt, om deze persoonsgegevens ook in te zien tegen een niet-excessieve kostprijs, om de motieven te kennen indien een dergelijk verzoek wordt afgewezen en om een eventuele afwijzing van het verzoek aan te vechten en ten slotte om de persoonsgegevens zo nodig te laten wissen of wijzigen en;
- (8) het “accountability” – principe: de verwerker van de persoonsgegevens is verantwoordelijk voor het naleven van de maatregelen nodig om bovenstaande principes te respecteren.

39. Deze OESO Guidelines zouden de basis vormen van de latere Europese wetgeving betreffende de bescherming van de persoonsgegevens, waaronder de Conventie nr. 108, alsook vele nationale wetten⁹⁵.

⁹⁴ Dit vormde meteen de zwakte van het rechtsinstrument vermits het de lidstaten van de OESO vrij veel manoeuvreerruimte bood bij de implementatie van deze regels, zodat deze geen basis vormden voor een gelijkwaardige bescherming in alle lidstaten, wat een belemmering vormde voor het vrije verkeer van persoonsgegevens (zie hierover: D. BAINBRIDGE, *EC Data protection directive*, Butterworths, London, 1996, 16)

⁹⁵ R. GELLMAN, “Willis Ware’s lasting contribution to privacy: fair information practices”, *IEEE Security and Privacy* 2014, 53 die verwijst naar twee academische studies die aantonen dat elk van de 8 op de FIP’s geïnspireerde OESO-Guidelines in de nationale wetten die in de jaren ’70 en ’80 zijn tot stand gekomen, werden geïncorporeerd, alsook in de internationale rechtsinstrumenten zoals de Conventie nr. 108 van de Raad van Europa, de Europese Richtlijn over de bescherming van de persoonsgegevens en het APEC- Privacy Framework). Bij de totstandkoming van de Conventie nr. 108 werd er overigens formeel contact gehouden tussen de Raad van Europa en de OESO bij het opstellen van hun respectievelijke teksten die in dezelfde

II. De Raad van Europa

40. Het is echter de Raad van Europa geweest die de belangrijkste invloed heeft uitgeoefend op het ontstaan van de regelgeving betreffende bescherming van de persoonsgegevens in Europa⁹⁶. Sinds de jaren '70 van de 20^{ste} eeuw groeide daar het besef dat een effectieve rechtsbescherming van persoonsgegevens maar mogelijk zou zijn mits het "algemene" recht op privéleven zoals verwoord in artikel 8 EVRM zou worden verrijkt⁹⁷. In de jaren '90 van de vorige eeuw zou uit de rechtspraak van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens⁹⁸ overigens inderdaad blijken dat artikel 8 EVRM – op dat moment – onvoldoende rechtsbescherming bood ten aanzien van *alle* persoonsgegevens. De ECRM stelde in de zaak REYNTJENS/België van 1992⁹⁹ in verband met een controle van identiteitskaarten dat er geen sprake kan zijn van inmenging in het privéleven als de gegevens zelf geen betrekking hebben op het privéleven (zoals de naam, het geslacht, de naam en plaats van geboorte, de woonplaats en de naam van de echtgenoot)¹⁰⁰. Rekening houdend met dit inzicht zou de Raad van Europa werken aan twee aanbevelingen over de bescherming van personen met betrekking tot elektronische databanken¹⁰¹. De ene aanbeveling had betrekking op de private sector¹⁰², de andere op de publieke sector¹⁰³. De aanbevelingen moesten dienen als leidraad voor nationale wetgevingen. Ook deze aanbevelingen gingen, net als de FIP's, uit van de overtuiging dat de bescherming van de persoonsgegevens het opleggen van een reeks *verplichtingen* vereiste ten aanzien van de verwerker van de persoonsgegevens, eerder dan een wettelijk kader dat de grenzen aangeeft van de mogelijkheden om een inbreuk te plegen op het privéleven, zoals dit het geval was voor artikel 8 EVRM. Hoewel er een afzonderlijke aanbeveling tot stand was gekomen voor de private en particuliere sector waren de principes in beide aanbevelingen gelijklopend.

periode tot stand kwamen (P. DE HERT, en V. PAPAConstantinou, "Three scenarios for international governance of data privacy: towards an international data privacy organization, preferably a UN agency", *I/S a journal of law and policy on the information society* 2013, nr. 9, iss. 2, 277-278)

⁹⁶ F.W. HONDIUS, *Emerging data protection in Europe*, North-Holland publishing company – Amsterdam – Oxford en American Elsevier Publishing Company inc. New York, 1975, p 63-69; D. BAINBRIDGE, *EC Data protection directive*, London, Butterworths, 1996, 14

⁹⁷ Directorate General of Human Rights and Legal Affairs, *Data Protection. Compilation of Council of Europe Texts*, Strasbourg, november 2010; G. GONZALEZ FUSTER, "The emergence of personal data protection as a fundamental right of the European Union", Heidelberg, Springer, 2014, 85; P. DE HERT, "het recht op privacy" in VANDE LANOTTE J. en HAECK, Y. *Handboek EVRM – deel II. Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 735; P. LEMMENS, "Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, in het algemeen en ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens in het bijzonder" bijdrage in *Om deze redenen. Liber Amicorum A. Vandeplass*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 323; F. BOEHM, *Information Sharing and Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice. Towards Harmonised Data Protection Principles for Information Exchange at EU-level*, Berlin – Heidelberg, Springer, 2012, XII, 92; D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens*, in de reeks "Recht en praktijk", Antwerpen, Kluwer, 2001, 2.

⁹⁸ Deze Europese Commissie voor de Rechten van de Mens speelde in de beginjaren van het EHRM een deурwachtersrol en deed een vooronderzoek van de zaak alvorens ze eventueel naar het EHRM door te sturen.

⁹⁹ ECRM 9 september 1992, REYNTJENS/België

¹⁰⁰ Zie hierover P. LEMMENS, "Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, in het algemeen en ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens in het bijzonder" bijdrage in *Om deze redenen. Liber Amicorum A. Vandeplass*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 323

¹⁰¹ Zie hierover ook D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*. Brussel, Politeia 2015, 67

¹⁰² Resolutie (73) 22 on the protection of privacy of individuals vis-à-vis electronic data banks in the private sector, aangenomen op 26 september 1973

¹⁰³ Resolutie (74) 29 on the protection of the privacy of individuals vis-à-vis electronic data banks in the public sector, aangenomen op 20 september 1974

41. De beide aanbevelingen van de Raad van Europa vormden de basis voor verschillende wetgevende initiatieven in de lidstaten in de eerste helft van de jaren 70 van de vorige eeuw¹⁰⁴, maar vormden vooral de basis voor de Conventie nr. 108 van 28 februari 1981¹⁰⁵, waarin het (formeel) onderscheid tussen de publieke en de private sector zou wegvallen. Deze Conventie nr. 108 werd noodzakelijk geacht, omdat de nationale wetten die op het gebied van de bescherming van de persoonsgegevens waren tot stand gekomen, onderling van elkaar verschilden en op deze wijze de vrije uitwisseling van informatie op internationaal vlak werd belemmerd¹⁰⁶. Dit recht op vrije uitwisseling van informatie werd binnen de Raad van Europa beschouwd als een onderdeel van het recht op vrije meningsuiting van artikel 10 EVRM. De Conventie had wel enkel de *geautomatiseerde* verwerking van persoonsgegevens tot voorwerp. Hoewel de Conventie nr. 108 uitgaat van dezelfde basisprincipes als de OESO Guidelines, wordt de bescherming van de persoonsgegevens in veel *concretere* rechten en verplichtingen van de verwerker van de persoonsgegevens enerzijds en de betrokkene anderzijds, uitgewerkt¹⁰⁷. Bovendien worden in de Conventie nr. 108 een aantal bijkomende principes *toegevoegd* aan het kader dat door de OESO werd uitgewerkt.

42. De basisprincipes voor de verwerking van de persoonsgegevens in de Conventie nr. 108 hebben betrekking op het eerlijk en rechtmatig verzamelen en (geautomatiseerd) verwerken van persoonsgegevens¹⁰⁸, het opslaan van gegevens voor gespecificeerde en legitieme doelstellingen en het verbod op het gebruik van deze gegevens voor doeleinden die incompatibel zijn met de oorspronkelijke doelstellingen¹⁰⁹, de proportionaliteit van de gegevensverwerking (adequaat, relevant en niet overmatig)¹¹⁰(de Conventie nr. 108 gaat verder dan de OESO Guidelines die enkel relevantie vereisen, en geen proportionaliteit) en

¹⁰⁴ F. BOEHM, *Information Sharing and Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice. Towards Harmonized Data Protection Principles for Information Exchange at EU-level*, Berlin – Heidelberg, Springer, 2012, XII, 19; G. GONZALEZ FUSTER, “The emergence of personal data protection as a fundamental right of the European Union”, Heidelberg, Springer, 2014, 57-69; F.W. HONDIUS, *Emerging data protection in Europe*, North-Holland publishing company – Amsterdam – Oxford en American Elsevier Publishing Company, inc. New York, 1975, 67. Merk wel op dat bepaalde Europese landen zelfs nog voor de aanbevelingen van de Raad van Europa een eigen wetgeving hadden gecreëerd inzake de bescherming van persoonsgegevens. Duitsland lijkt hierbij de koploper te zijn met de “Datenschutzgesetz” in de Duitse deelstaat Hesse van 7 oktober 1970, gevolgd door de “datalag” wet van Zweden in 1973. (zie hierover onder meer: D. BAINBRIDGE, *EC Data protection directive*, London, Butterworths, 1996, 14). In België was er in het begin van de jaren ‘70 relatief weinig publieke opschudding omtrent de nood aan regelgeving over de bescherming van de persoonsgegevens (HONDIUS, F.W., *Emerging data protection in Europe*, North-Holland publishing company – Amsterdam – Oxford en American Elsevier Publishing Company, inc. New York, 1975, 27-30); De eerste wetsvoorstellen inzake de bescherming van het privéleven zouden eerder tot stand gekomen zijn onder academische invloed, maar werden nooit aangenomen (zie met name het artikel van Claude Serge ARONSTEIN (C.S. ARONSTEIN, “Défense de la vie privée – essai pour contribuer à la survie de notre civilisation”, *JT* 1971, p. 453-460; zie ook C-S. ARONSTEIN, *Plaidoyer pour notre vie privée*, Luxemburg, Association Internationales des Jeunes Avocats, 1975, 49 p.)

¹⁰⁵ Na de ratificatie door Frankrijk, Noorwegen, Zweden, Spanje en Duitsland, trad de Conventie in werking op 1 oktober 1985 (Zie artikel 22 van de Conventie nr. 108). De Conventie nr. 108 is sinds 2008 (Council of Europe, Committee of Ministers, 1031st meeting of 2 July 2008, Decision, Item 10.2 (CM/Del/DEC(2008)1031 4 juli 2008) ook open voor niet-lidstaten van de Raad van Europa zodat het een rechtsinstrument is dat potentieel een wereldwijd toepassingsgebied kent (Directorate General of Human Rights and Legal Affairs, “Data Protection. Compilation of Council of Europe Texts”, Strasbourg, november 2010) Vandaag (laatst nagezien op 22 maart 2017) werd de Conventie door drie niet-lidstaat geratificeerd (Uruguay, Senegal en Mauritius) (<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/Cherche>). Op 22 maart 2017 hadden 39 staten de Conventie nr. 108 geratificeerd.

¹⁰⁶ R. GELLMAN, “Willis Ware’s lasting contribution to privacy: fair information practices”, *IEEE Security and Privacy* 2014, 51

¹⁰⁷ Zie hierover: D. BAINBRIDGE, *EC Data protection directive*, London, Butterworths, 1996, 17

¹⁰⁸ Artikel 5 a Conventie nr. 108

¹⁰⁹ Artikel 5 b Conventie nr. 108

¹¹⁰ Artikel 5 c Conventie nr. 108

het accuraat en up to date houden van de gegevens¹¹¹. Daarnaast zijn de principes die in de Conventie nr. 108 worden toegevoegd aan deze die al in de OESO Guidelines werden opgenomen, het principiële verbod om gegevens langer te bewaren dan nodig in een vorm die identificatie toelaat (artikel 5 e van de Conventie nr. 108), alsook een principiële verbod op het verwerken van speciale categorieën van (gevoelige) gegevens¹¹², tenzij de verdragsstaat voldoende waarborgen biedt (artikel 6 van de Conventie nr. 108). Het transparantiebeginsel van de OESO Guidelines wordt in de Conventie nr. 108 zeer concreet gemaakt door een recht op informatie van de betrokkene alsook een recht op rectificatie. Ten slotte wordt ook het recht op een rechtsmiddel indien deze rechten niet worden gehonoreerd, door de Conventie nr. 108 ingevoerd als een basisprincipe betreffende het recht op bescherming van de persoonsgegevens (artikel 8 van de Conventie nr. 108).

De Conventie nr. 108 bepaalt wel de mogelijkheid om af te wijken van *al* deze principes in de mate dat deze uitzonderingen bij wet zijn voorgeschreven en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving in het kader van o.m. het monetaire belang van de staat (artikel 9 van de Conventie nr. 108). Voor wat betreft de uitzonderingen grijpt de Conventie nr. 108 dus terug naar de voorwaarden waaronder een inmenging in het privéleven door de overheid is toegestaan conform artikel 8 lid 2 EVRM.

43. Naast de basisbeginselen die het (geautomatiseerd) verwerken van persoonsgegevens moet beheersen, heeft de Conventie nr. 108 ook een aantal bepalingen betreffende het uitwisselen van informatie. Het principe is het vrij verkeer van persoonsgegevens tussen de lidstaten van de Conventie nr. 108¹¹³. Dit vrij verkeer tussen de lidstaten mag in principe niet verhinderd worden voor redenen van bescherming van de persoonsgegevens (artikel 12 lid 2 van de Conventie nr. 108), tenzij de partijen afwijken van deze bepaling, wat alleen toegelaten is in twee gevallen (artikel 12 lid 3 van de Conventie nr. 108). Ten eerste geldt als uitzondering het geval waarin een lidstaat speciale beschermende regels heeft voor bepaalde categorieën persoonsgegevens. Deze uitzonderingsmogelijkheid vervalt evenwel als de ontvangende lidstaat gelijkwaardige bescherming biedt. Ten tweede kan het doorgeven van persoonsgegevens naar een andere lidstaat geweigerd worden wanneer het doorgeven duidelijk bedoeld is om de gegevens vervolgens aan een derde staat door te geven, die geen partij is bij de Conventie nr. 108.

44. De Conventie nr. 108 verplicht de lidstaten om de nodige stappen te zetten in hun interne wetgeving opdat deze principes zouden worden gerespecteerd op hun grondgebied. Algemeen wordt aangenomen dat de Conventie nr. 108 geen rechtstreekse werking heeft¹¹⁴, vermits zij geen concrete afdwingbare rechten in het leven roept, maar de lidstaten verplicht

¹¹¹ Artikel 5 d Conventie nr. 108

¹¹² Het gaat over gegevens over iemands ras, politieke, godsdienstige of andere opvattingen en overtuigingen, gezondheid, seksualiteit alsook gegevens betreffende strafvonnissen

¹¹³ Zie hierover: F. BOEHM, "Information Sharing and Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice. Towards Harmonized Data Protection Principles for Information Exchange at EU-level", Berlin – Heidelberg, Springer, 2012, XII, 94. Over de uitwisseling van persoonsgegevens met staten die geen lid zijn van de Conventie kwam pas in 2001 een Additioneel Protocol tot stand (waarover meer, hierna)

¹¹⁴ D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*. Brussel, Politeia 2015, 69; E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et contrôle*, Brussel, Larcier, 2014, 115; F. BOEHM, *Information Sharing and Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice. Towards Harmonized Data Protection Principles for Information Exchange at EU-level*, Berlin – Heidelberg, Springer, 2012, XII, 92

tot het nemen van maatregelen. Het is de lidstaten steeds toegestaan om een verdergaande bescherming te bieden (Artikel 11 van de Conventie nr. 108), waardoor de Conventie nr. 108 moet worden beschouwd als een soort minimumbescherming¹¹⁵. Ook in de latere Richtlijn 95/46 van de EU wordt naar deze Conventie nr. 108 verwezen¹¹⁶, waardoor algemeen wordt aangenomen dat Conventie nr. 108 als onderdeel kan worden beschouwd van het interpretatief instrumentarium van de Richtlijn 95/46. De Conventie nr. 108 zal ook de rechtspraak van het EHRM betreffende artikel 8 EVRM beïnvloeden¹¹⁷. Hoewel de bescherming van alle persoonsgegevens onder alle omstandigheden in de rechtspraak van het EHRM lijkt te zijn afgewezen in 1992¹¹⁸, zal het EHRM zich vanaf de tweede helft van de jaren '80 van de vorige eeuw steeds vaker laten beïnvloeden door de basisprincipes van de Conventie nr. 108¹¹⁹. In de tweede helft van de jaren '90 van de vorige eeuw zal het EHRM zelfs rechtstreeks verwijzen naar de Conventie nr. 108 in zijn rechtspraak betreffende artikel 8 EVRM¹²⁰.

45. Verschillende landen hebben de Conventie nr. 108 in nationale wetgeving geïmplementeerd, maar de nationale wetten zijn zeer divers¹²¹. België implementeerde de Conventie nr. 108 pas in 1992 met de Wet van 8 december 1992 betreffende de Verwerking van de Persoonsgegevens¹²², volledig van toepassing vanaf 1 maart 1995¹²³. Eerder kwam al wel sectorale wetgeving tot stand betreffende de bescherming van de persoonsgegevens, waaronder de wet van 8 augustus 1983 tot regeling van het rijksregister van de natuurlijke personen¹²⁴, wat meteen de eerste wetgeving vormt in het kader van het zogenaamde e-government¹²⁵.

¹¹⁵ Directorate General of Human Rights and Legal Affairs, "Data Protection. Compilation of Council of Europe Texts", Strasbourg, november 2010; F. BOEHM, *Information Sharing and Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice. Towards Harmonized Data Protection Principles for Information Exchange at EU-level*, Berlin – Heidelberg, Springer, 2012, XII, 21; E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et controle*, Brussel, Larcier, 2014, 115

¹¹⁶ In overweging 11

¹¹⁷ H.R. KRANENBORG, en L.F.M. VERHEY, *Wet bescherming persoonsgegevens in Europees perspectief*, Deventer, Kluwer, 2011, 14, zie hierover ook de afdeling over de draagwijdte van het recht op privéleven

¹¹⁸ Zie bijvoorbeeld EHRM 9 september 1992 REYNTJENS/België

¹¹⁹ Zie hierover hierna, de afdeling over de draagwijdte van het recht op privéleven

¹²⁰ EHRM 25 februari 1997 F./Finland: deze zaak betrof de bekendmaking van de naam en de HIV-besmetting van een Finse vrouw, wat door het EHRM in strijd werd geacht met artikel 8 EVRM onder verwijzing naar de Conventie nr. 108 (en onder meer het verbod op verwerking van medische gegevens) – zie hierover H.R. KRANENBORG, en L.F.M. VERHEY, *Wet bescherming persoonsgegevens in Europees perspectief*, Deventer, Kluwer, 2011, 18. Later werd het verband tussen 8 EVRM en de Conventie nr. 108 nog uitdrukkelijk gelegd in bijvoorbeeld de volgende rechtspraak: EHRM 28 januari 2003 PECK/VK (§ 78); EHRM 10 oktober 2006 L.L./Frankrijk (§ 43); EHRM 25 november 2008, BIRIUK/Litouwen (§39); EHRM 17 juli 2008, I./Finland (§ 38); EHRM 4 december 2008, S. en MARPER/VK (§ 103); EHRM 6 oktober 2009, C.C./Spanje (§ 31)

¹²¹ F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Brussel, Bruylant, 1990, 592; D. BAINBRIDGE, *EC Data protection directive*, London, Butterworths, 1996, 17

¹²² Omwille van de late implementatie van de Conventie nr. 108 in Belgisch recht, ratificeerde België de Conventie nr. 108 pas bij wet van 17 juni 1991 (Wet van 17 juni 1991 houdende de goedkeuring van het verdrag tot bescherming van personen ten opzichte van de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens opgemaakt te Straatsburg op 28 januari 1981), en publiceerde deze goedkeuringwet pas in het Belgische Staatsblad op 30 december 1993, waardoor hij pas in werking trad op 28 mei 1993 (zie E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et controle*, Brussel, Larcier, 2014, 116)

¹²³ Een eerste reeks bepalingen trad reeds in werking op 1 april 1993

¹²⁴ BS 21 april 1984

¹²⁵ E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et controle*, Brussel, Larcier, 2014, 35

III. De Verenigde Naties

46. Ook de Verenigde Naties hebben de problematiek van de bescherming van de persoonsgegevens opgepikt in de jaren '80 van de vorige eeuw, door de uitwerking van een aantal richtlijnen betreffende de bescherming van de persoonsgegevens¹²⁶. Het zou evenwel tot 1990 duren alvorens er een formele tekst tot stand kwam¹²⁷. Van belang is vooral op te merken dat ook in deze richtlijnen de "Fair Information Practices" werden opgenomen¹²⁸. De VN-Richtlijnen zijn niet bindend maar geven wel de consensus weer van de principes betreffende bescherming van de persoonsgegevens over een zeer grote groep lidstaten.

§ 4 De grondrechtenbescherming binnen de EU via de rechtspraak van het Hof van Justitie

47. Terwijl in de jaren '70 van de 20^{ste} eeuw volop het besef groeide dat bij de (elektronische) verwerking van persoonsgegevens het recht op privéleven beter wordt beschermd door een afzonderlijk set regels met rechten en verplichtingen, omdat de rechtsbescherming van het EVRM onvoldoende zou zijn, en de eerste (nationale) wetgevingen betreffende de bescherming van persoonsgegevens tot stand kwamen, blijft de EU – met op dat moment nog hoofdzakelijk een economische doelstelling – nog volledig achterwege wat betreft de bescherming van het privéleven in het algemeen en de bescherming van de persoonsgegevens in het bijzonder.

48. De afwezigheid van een eigen grondrechtenbescherming binnen de EU zou echter vrij snel een probleem vormen. Omdat het gemeenschapsrecht rechtstreekse werking heeft en ook voorrang heeft op het nationale recht van de lidstaten, rees meer en meer de vraag naar de overeenstemming van communautaire rechtshandelingen met de grondrechten¹²⁹ en verklaarden verschillende nationale rechters zich bevoegd om het gemeenschapsrecht te toetsen aan hun nationale grondrechten¹³⁰. Uit bezorgdheid voor de eenvormigheid van het gemeenschapsrecht, ging het Hof van Justitie in het begin van de jaren '70 van de vorige eeuw over tot de ontwikkeling van een eigen doctrine over deze materie¹³¹. Het startschot van de rechtspraak waarin het Hof van Justitie zich bereid toonde om op de naleving van fundamentele rechten toe te zien, was het arrest Stauder, waarin het Hof te kennen gaf dat het de eerbiediging verzekerde van de fundamentele rechten van de mens, die besloten

¹²⁶ P. DE HERT en V. PAPAConstantinou, "Three scenarios for international governance of data privacy: towards an international data privacy organization, preferably a UN agency", *I/S a journal of law and policy on the information society* 2013, nr. 9, iss. 2, 278

¹²⁷ De Algemene Vergadering van de Verenigde Naties nam op 14 december 1990 de "Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data Files" aan (Resolutie 45/95).

¹²⁸ P. DE HERT en V. PAPAConstantinou, "Three scenarios for international governance of data privacy: towards an international data privacy organization, preferably a UN agency", *I/S a journal of law and policy on the information society* 2013, nr. 9, iss. 2, 281

¹²⁹ M.C. BURKENS, "Gemeenschapsrecht en het EVRM" in M.C. BURKENS en H.R.B.M. KUMMELING (ed.), *EG en Grondrechten. Gevolgen van de Europese integratie voor de nationale grondrechtenbescherming*, Utrecht, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle, 1993, 71-72; L. RINCON-EIZAGA, "Human Rights in the European Union. Conflict between the Luxembourg and the Strasbourg courts regarding interpretation of article 8 of the European Convention on Human Rights", *Revista Colombiana de derecho Internacional* 2008, nr. 11, 119-154

¹³⁰ Italië: Corte Costituzionale 18 december 1973, nr. 183/73, *S.E.W.* 1974, 260 en Duitsland: Bundesverfassungsgericht 25 juli 1979, *BverfGE*, 37, 271 *S.E.W.* 1975, 452

¹³¹ Zie o.m. L. RINCON-EIZAGA, "Human Rights in the European Union. Conflict between the Luxembourg and the Strasbourg courts regarding interpretation of article 8 of the European Convention on Human Rights", *Revista Colombiana de derecho Internacional* 2008, nr. 11, 119-154

liggen in de algemene beginselen van gemeenschapsrecht¹³². In zijn arrest Internationale Handelsgesellschaft boog het Hof van Justitie dit standpunt toe naar de nationale grondrechten, door erop te wijzen dat de algemene beginselen van gemeenschapsrecht voortvloeien uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten¹³³. En in het arrest Nold stelde het Hof van Justitie dat algemene beginselen van gemeenschapsrecht ook gevonden kunnen worden in internationale wilsverklaringen over de bescherming van de rechten van de mens waaraan de lidstaten hebben meegewerkt of waarbij zij zijn aangesloten¹³⁴. Door deze rechtspraak werd het mogelijk voor het Hof van Justitie om nationale wetten, in de mate dat zij binnen het toepassingsgebied van het gemeenschapsrecht vallen, alsook communautaire bepalingen te toetsen aan het EVRM¹³⁵. Het Hof van Justitie heeft bijgevolg ook nationale wetten en communautaire bepalingen getoetst aan het recht op privéleven als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht. Vooral bij inspecties die werden uitgevoerd in het kader van de mededinging, kwam het recht op privéleven regelmatig aan bod¹³⁶. Het Hof van Justitie heeft vanuit die context op verschillende momenten een interpretatie gegeven aan artikel 8 EVRM, die overigens niet steeds samenliep met de interpretatie die eraan werd gegeven door het EHRM¹³⁷.

49. Sinds de tweede helft van de jaren '70 van de vorige eeuw zou vooral onder impuls van het Europees Parlement worden gewerkt aan de uitbouw van een eigen communautaire

¹³² HvJ 12 november 1969, STAUDER, nr. 29/69, zie hierover T. BARKHUYSEN, en A.W. BOS, "De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht", *Jbplus* 2011, 4

¹³³ HvJ 17 december 1970, INTERNATIONALE HANDELSGESELLSCHAFT, nr. 11/70; zie hierover eveneens; T. BARKHUYSEN, en A.W. BOS, "De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht", *Jbplus* 2011, 4

¹³⁴ HvJ 14 mei 1974, NOLD, nr. 4/73; zie hierover eveneens: T. BARKHUYSEN, en A.W. BOS, "De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht", *Jbplus* 2011, 4

¹³⁵ Zie bv. HvJ 28 oktober 1975, RUTILI, C-36/75, waarin het Europees Hof van Justitie verschillende bepalingen van het EVRM inriep om te oordelen over de beperkingen van de bevoegdheden van de lidstaten in verband met de controle van buitenlanders. Het Hof van Justitie gebruikt met andere woorden het EVRM als een mensenrechtenstandaard om het begrip "public policy", als uitzondering op het vrij verkeer van werknemers, te interpreteren. Het vrij verkeer van werknemers kan met andere woorden slechts beperkt worden in de mate dat dit is toegestaan door het EVRM, met name wanneer dit noodzakelijk is voor de belangen van nationale veiligheid "in een democratische samenleving"; zie ook bv. HvJ 13 december 1979, HAUER, C-44/79: In deze zaak onderzoekt het Hof van Justitie of een Gemeenschapsverordening in overeenstemming is niet alleen met de Duitse grondrechten en de grondwetten van de andere lidstaten, maar ook of deze Verordening in overeenstemming is met het recht op eigendom zoals omschreven in het EVRM.

¹³⁶ L. RINCON-EIZAGA, "Human Rights in the European Union. Conflict between the Luxembourg and the Strasbourg courts regarding interpretation of article 8 of the European Convention on Human Rights", *Revista Colombiana de derecho Internacional* 2008, nr. 11, 135; M.L.W.M. VIERING, "Straatsburgse rechten in Luxemburgse rechtspraak" in BESSELINK, L.F.M. en KUMMELING, H.R.B.M. (red.), *Grenzen aan grenzenloosheid*, 1998, Tjeenk Willink, Deventer, 84. Zie bijvoorbeeld HvJ 26 juni 1980, zaak 136/79, NATIONAL PANASONIC, overweging 19 waarin het Hof van Justitie verwees naar artikel 8 EVRM; HvJ 21 september 1989 HOECHST, C-46/87 en C-227/88: "(...) it should be observed that, although the existence of such a right (the inviolability of the home) must be recognized in the Community legal order as a principle common to the laws of the member states, (...)" alsook HvJ 17 oktober 1989, 85/87, DOW BENELUX NV en HvJ 17 oktober 1989, 97/87, 98/87, 99/87 (DOW CHEMICAL IBERICA SA AND ALCUDIA EMPRESA NACIONAL DEL PETROLEO SA); HvJ 8 april 1992 C-62/90, Commissie/Duitsland, overweging 25. Het recht op privéleven werd evenwel ook buiten de context van het recht op bescherming van de woonst, als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht beschouwd (zie bv. HvJ 5 oktober 1994, C-404/92 X./Commissie, overweging 17; in deze zaak werd gesteld dat het onderwerpen van een potentiële EG-ambtenaar voor zijn indiensttreding aan een Hiv-test moet worden beschouwd als een schending van het recht op privéleven dat onder meer het recht omvat om zijn gezondheidstoestand geheim te houden.

¹³⁷ L. RINCON-EIZAGA, "Human Rights in the European Union. Conflict between the Luxembourg and the Strasbourg courts regarding interpretation of article 8 of the European Convention on Human Rights", *Revista Colombiana de derecho Internacional* 2008, nr. 11, 133 met verwijzing naar o.m. D. SPIELMAN, "Human Rights Case Law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: Conflicts, Inconsistencies and Complementarities" in P. ALSTON (ed.), *The European Union and Human Rights*, 1999, 757, 761-762

grondrechtenbescherming, in die periode nog vooral met beginselverklaringen¹³⁸. In de jaren '90 van de vorige eeuw zou een verwijzing naar de grondrechten ook opduiken in de Verdragen. Het Verdrag van Maastricht van 1992 introduceerde het artikel F¹³⁹ dat bepaalt dat de Unie de grondrechten eerbiedigt *“zoals die worden gewaarborgd door het EVRM en zoals zij uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de Lidstaten voortvloeien, als algemene beginselen van gemeenschapsrecht”*¹⁴⁰. Door het Verdrag van Amsterdam kreeg het Hof van Justitie een geschreven basis voor zijn rechtspraak waarbij nationale wetten en gemeenschapswetgeving werden getoetst aan grondrechten, vanuit de idee dat deze grondrechten tot de algemene beginselen van het Unierecht behoorden¹⁴¹.

50. Daarnaast werd sinds eind de jaren '70 van de vorige eeuw gedacht aan een toetreding door de EU bij het EVRM¹⁴². In de jaren '90 van de vorige eeuw vroeg Commissie officieel aan de Raad om een onderhandelingsmandaat met de Raad van Europa, dit met steun van het Europees Parlement¹⁴³. Het Hof van Justitie gaf toen echter een negatief advies over de vraag of de toetreding van de Europese Gemeenschappen tot het EVRM wel verenigbaar is met het EG-verdrag¹⁴⁴, waardoor het EG-verdrag diende te wijzigen (zie hierover meer hierna).

¹³⁸ In deze periode werd immers duidelijk dat Griekenland, Spanje en Portugal tot de EEG zouden toetreden. Maar omdat deze landen nog op dictatoriale wijze geregeerd werden of zich nog maar pas van zulke regimes ontdaan hadden, vaardigde het Europees Parlement op 10 februari 1977 een politieke beginselverklaring over de vaststelling van grondrechten uit (Bull. EG 3-1977, 5). Deze beginselverklaring vormde de aanzet tot de Gemeenschappelijke Verklaring inzake grondrechtenbescherming van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie van 5 april 1977, waarin deze instellingen de rechtspraak van het Hof van Justitie in herinnering brachten en er zich toe verplichtten om bij de uitoefening van hun bevoegdheden de fundamentele rechten te eerbiedigen die voortvloeien uit het EVRM en de grondwetten van de lidstaten (Gemeensch. Verkl. Eur. Parl., Raad en Comm. inzake grondrechten 5 april 1977, PB. C. 27 april 1977, 103/1). In 1979 stelde de Commissie een memorandum op over de toetreding van de Europese Gemeenschappen tot het EVRM (Memorand. Comm. E.G. 4 april 1979 betreffende de toetreding van de Europese Gemeenschappen tot het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, Bull. EG 4-1979, punten 1.3.1-1.3.4 en Bull. EG Suppl. 2/79); zie later ook nog: Resol. Eur. Parl. 12 april 1989 houdende aanneming van de Verklaring van de grondrechten en de fundamentele vrijheden, PB. C. 16 mei 1989, 120/51

¹³⁹ Later artikel 6 lid 2 EU en – na de inwerkingtreding van het verdrag van Lissabon – artikel 6 lid 3 VWEU

¹⁴⁰ L. RINCON-EIZAGA, “Human Rights in the European Union. Conflict between the Luxembourg and the Strasbourg courts regarding interpretation of article 8 of the European Convention on Human Rights”, *Revista Colombiana de derecho Internacional* 2008, nr. 11, 119-154; T. BARKHUYSEN, en A.W. BOS, “De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht”, *Jbplus* 2011, 4

¹⁴¹ Zie hierover L. RINCON-EIZAGA, “Human Rights in the European Union. Conflict between the Luxembourg and the Strasbourg courts regarding interpretation of article 8 of the European Convention on Human Rights”, *Revista Colombiana de derecho Internacional* 2008, nr. 11, 133

¹⁴² In 1979 werd er een eerste memorandum over dit onderwerp uitgebracht (nl. Memorand. Comm. E.G. 4 april 1979 betreffende de toetreding van de Europese Gemeenschappen tot het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, Bull. EG 4-1979, punten 1.3.1-1.3.4 en Bull. EG Suppl. 2/79). In de 1990 bracht de Commissie een tweede memorandum uit over de toetreding van de Europese Gemeenschappen tot het EVRM (Med. Comm. E.G. 19 november 1990 betreffende de toetreding van de Europese Gemeenschap tot het Europees Verdrag van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, Bull. EG 10-1990, punt 1.3.218 en Bull. EG 11-1990, punt 1.3.203)

¹⁴³ Resol. Eur. Parl. 18 januari 1994 over de toetreding van de Gemeenschap tot het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, PB. C. 14 februari 1994, 44/32

¹⁴⁴ HvJ 28 maart 1996, Toetreding van de Gemeenschap tot het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, advies nr. 2/94, Jur. H.v.J. 1996, I, 1759.

§ 5 De richtlijn over de bescherming van de persoonsgegevens

51. Terwijl in Europa nog volop werd gewerkt aan een communautaire grondrechtenbescherming, kwam op het vlak van de bescherming van de persoonsgegevens in 1995 wel een Richtlijn tot stand¹⁴⁵, hierna verder de Richtlijn 95/46.

De Conventie nr. 108 betreffende de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens had immers in de beginjaren slechts een beperkt succes¹⁴⁶. Bovendien bleken de nationale wetten die in uitvoering van de Conventie nr. 108 waren tot stand gekomen, zeer divers¹⁴⁷, zodat er een zeer uiteenlopende rechtsbescherming was van de persoonsgegevens. De afwezigheid van een communautair beschermingssysteem van de persoonsgegevens, waardoor de bescherming van de persoonsgegevens in de Europese lidstaten niet op gelijkwaardige wijze werd geregeld, werd gezien als een obstakel voor het vrij verkeer van de persoonsgegevens, wat dan weer noodzakelijk is om het vrij verkeer van personen, goederen, diensten en kapitaal mogelijk te maken¹⁴⁸. De economische klemtoon van het Richtlijn 95/46 wordt ook vertolkt door de bepaling dat het vrije verkeer van persoonsgegevens tussen lidstaten niet mag worden beperkt noch verboden om redenen die met de bescherming van persoonsgegevens verband houden (artikel 1 lid 2 van de Richtlijn 95/46). De Richtlijn 95/46 wil tegelijkertijd met deze economische doelstelling een gelijkwaardige bescherming bieden aan de persoonsgegevens in alle lidstaten. Deze bescherming van de persoonsgegevens is erop gericht het fundamenteel recht op privéleven veilig te stellen, maar is er tevens op gericht eventuele andere aan de orde zijnde fundamentele rechten te waarborgen (zie artikel 1 lid 1 van de Richtlijn 95/46). Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht op het gelijkheids – en non-discriminatiebeginsel. De noodzaak om het beschermingsniveau op communautair vlak meer op elkaar af te stemmen, ging wel gepaard met de ambitie om een “hoog” gemeenschappelijk beschermingsniveau te garanderen¹⁴⁹. De in de Conventie nr. 108 neergelegde principes vormden duidelijk het uitgangspunt van de Richtlijn. De Richtlijn 95/46 grijpt echter ook duidelijk terug naar artikel 8 EVRM en het daarin vervatte recht op privéleven dat tot de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht wordt gerekend¹⁵⁰. Zowel de principes van de Conventie nr. 108 als de

¹⁴⁵ Richtlijn 95/49/EG betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van die gegevens; dit nadat reeds in 1990 de eerste ontwerp tekst tot stand was gekomen, over de wijzigingen en reactie in deze periode van 5 jaar: D. BAINBRIDGE, *EC Data protection directive*, London, Butterworths, 1996, 23-32

¹⁴⁶ Toen de Europese Commissie haar eerste voorstel tot Richtlijn lanceerde inzake de bescherming van persoonsgegevens in 1990, was de Conventie nr. 108 nog maar door 7 lidstaten geratificeerd, waarvan één lidstaat niet eens over een nationale wetgeving inzake de bescherming van de persoonsgegevens beschikte (Memorie van toelichting bij het Wetsontwerp van 20 mei 1998 tot omzetting van de Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van deze persoonsgegevens, 1997-1998, 1566/1, 3); zie ook D. BAINBRIDGE, *EC Data protection directive*, London, Butterworths, 1996, 22-23

¹⁴⁷ Memorie van toelichting bij het Wetsontwerp van 20 mei 1998 tot omzetting van de Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van deze persoonsgegevens, 1997-1998, 1566/1, 2-3; zie ook D. BAINBRIDGE, *EC Data protection directive*, London, Butterworths, 1996, 22-23

¹⁴⁸ Zie overweging 7, 8 en 9 van de Richtlijn 95/46

¹⁴⁹ Zie overweging 10 van de Richtlijn 95/46

¹⁵⁰ Zie overweging 10 en 11 van de Richtlijn 95/46

rechtspraak van het EHRM dienen voor de interpretatie van de Richtlijn 95/46 als een soort minimumstandaard te worden beschouwd¹⁵¹.

52. De Richtlijn 95/46 stelt niet alleen inhoudelijke eisen aan de wetgeving van de lidstaten betreffende bescherming van de persoonsgegevens maar stelt ook een aantal procedurele eisen, waarvan de verplichting tot de oprichting van een toezichthoudende overheid de meest opvallende is. Daarnaast voegt de Richtlijn 95/46 ook toe op welke gronden een verwerking überhaupt toelaatbaar kan zijn, en wordt dus uitgegaan van een principieel verbod van de verwerking van persoonsgegevens, tenzij de toelaatbaarheidsgronden van de Richtlijn 95/46 voorhanden zijn¹⁵².

53. De Richtlijn 95/46 kent een zeer ruim toepassingsgebied en treft zowel de verwerking van persoonsgegevens in de particuliere sector als in de overheidssector¹⁵³¹⁵⁴. Alleen de verwerking van persoonsgegevens in het kader van de openbare veiligheid, defensie, de veiligheid van de Staat en de activiteiten van de Staat op strafrechtelijk gebied, vallen buiten het toepassingsgebied van de Richtlijn 95/46 (zie artikel 3.2 van de Richtlijn 95/46)¹⁵⁵. De bescherming van de persoonsgegevens in het kader van de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken werd onderworpen aan een ander rechtsinstrument, met name het Kaderbesluit bescherming persoonsgegevens in strafzaken, dit pas in 2008¹⁵⁶. Dit Kaderbesluit is alleen van toepassing op de verwerking van persoonsgegevens die tussen de lidstaten worden uitgewisseld voor politieke en justitiële doeleinden (artikel 1 lid 2 onderdeel a van het Kaderbesluit 2008/977), en is dus niet van toepassing op de verwerking van de persoonsgegevens die voor doeleinden van politieke en justitiële doeleinden binnen de lidstaat worden verwerkt.

54. Na deze Richtlijn 95/46 zouden nog andere richtlijnen tot stand komen over de bescherming van de persoonsgegevens op het gebied van telecommunicatie¹⁵⁷, die echter voor dit onderzoek van geen belang zijn¹⁵⁸.

¹⁵¹ F. BOEHM, *Information Sharing and Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice. Towards Harmonized Data Protection Principles for Information Exchange at EU-level*, Berlin – Heidelberg, Springer, 2012, XII, 22, voetnoot 15

¹⁵² Zie hierover: Memorie van toelichting bij het Wetsontwerp van 20 mei 1998 tot omzetting van de Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van deze persoonsgegevens, 1997-1998, 1566/1, 6; zie ook B. VAN DER SLOOT, "Do privacy and data protection rules apply to legal persons and should they? A proposal for a two-tiered system", *Computer Law & Security Review* 2015, nr. 31, 34

¹⁵³ De organen en instellingen van de Unie zijn onderworpen aan de Verordening 45/2001 die de regels van de Richtlijn 95/46 hebben overgezet om ze van toepassing te laten zijn op de Europese instanties.

¹⁵⁴ In het oorspronkelijk ontwerp van richtlijn van 1990 waren nog verschillende regels voorgeschreven voor de overheidssector, wat op kritiek stootte van onder meer het VK en Frankrijk (D. BAINBRIDGE, *EC Data protection directive*, London, Butterworths, 1996, 25); de onderscheiden behandeling werd in het aangepaste voorstel van 1992 weer opgeheven.

¹⁵⁵ Artikel 3.2 van de Richtlijn 95/46 heeft het over de "activiteiten zoals bedoeld in de titels V en VI van het Verdrag betreffende de Europese Unie". Dit heeft te maken met de pijlerstructuur die sinds het verdrag van Maastricht van 1992 werd ingevoerd. In aanvulling op het toen bestaande EG-verdrag ontstond toen het overkoepelende EU-verdrag waarin naast de EG (eerste pijler), ook samenwerkingsafspraken werden vastgelegd aangaande een gemeenschappelijk buitenlands – en veiligheidsbeleid (tweede pijler) en inzake politie en justitie (derde pijler).

¹⁵⁶ Kaderbesluit 2008/977/JBZ.

¹⁵⁷ Zie Richtlijn 97/66 inzake de harmonisatie van de nationale gegevensbeschermingsregels in de telecommunicatiesector, later vervangen door de Richtlijn 2002/58 (deze richtlijnen bevat regels over de beveiliging van netwerken, over het vertrouwelijk karakter van de communicatie (onder meer in verband met het gebruik van cookies), de bescherming van de verkeersgegevens, ...) en later nog gewijzigd door de Richtlijn

55. In België werd uitvoering gegeven aan de Richtlijn 95/46 door de grondige wijziging van de toen al bestaande Wet Bescherming Persoonsgegevens van 8 december 1992 door de wet van 11 december 1998¹⁵⁹. Deze wet trad volledig in werking vanaf 1 september 2001 en er kwam een uitvoeringsbesluit tot stand op 13 februari 2001 (hierna verder het “Uitvoeringsbesluit”). Vermits het de lidstaten vrijstond om bij de omzetting van de Richtlijn 95/46 een breder toepassingsgebied te hanteren, heeft België de verwerking van persoonsgegevens in het kader van de overheidsactiviteiten die in de Richtlijn 95/46 waren uitgesloten (strafvervolgning, veiligheidsbeleid, ...), principieel wel onder het toepassingsgebied van de Wet Verwerking Persoonsgegevens laten vallen, zij het dat er op bepaalde principes uitvoerige uitzonderingen worden gemaakt¹⁶⁰.

§ 6 De invoering van het recht op privéleven in de Belgische Grondwet

56. Bij de grondwetsherziening van 1993-1994 werd het artikel 22 in de Belgische Grondwet ingevoerd¹⁶¹ waardoor het recht op privéleven ook in België een grondrechtelijke bescherming kreeg¹⁶². Het artikel luidt als volgt: *“Eenieder heeft recht op de eerbiediging van zijn privéleven en zijn gezinsleven, behoudens in de gevallen en onder de voorwaarden door de wet bepaald. De wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel waarborgen de bescherming van dat recht”*¹⁶³. Het recht op bescherming van de persoonsgegevens werd niét opgenomen als grondrecht¹⁶⁴.

57. Artikel 22 van de Grondwet werd ingevoerd om een tegenwicht te vormen op het recht op openbaarheid van bestuur en de toegang tot de bestuursdocumenten¹⁶⁵. Hoewel

2009/136; in 2006 werd de zogenaamde dataretentierichtlijn aangenomen (Richtlijn 2006/24) over de bewaring van gegevens die in verband met communicatiediensten zijn verkregen, die op 8 april 2014 ongeldig werd verklaard door het Hof van Justitie wegens strijdigheid met artikel 7 en 8 van het Handvest (HvJ 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, DIGITAL RIGHTS IRELAND).

¹⁵⁸ Interessant is wel de vaststelling dat deze richtlijnen ook bescherming biedt aan rechtspersonen (zie hierover: H.R. KRANENBORG en L.F.M. VERHEY, *Wet bescherming persoonsgegevens in Europees perspectief*, Deventer, Kluwer, 2011, 44

¹⁵⁹ Wet van 11 december 1998 tot omzetting van de Richtlijn 95/49/EG van 24 oktober 1995 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van die gegevens, *BS* 3 februari 1999

¹⁶⁰ Zie artikel 3 Wet Verwerking Persoonsgegevens met uitzonderingen voor onder meer de verwerking van persoonsgegevens door de Staatsveiligheid

¹⁶¹ Gecoördineerde Grondwet van 17 februari 1994 (tekst van artikel 22 GW werd goedgekeurd in de Kamer op 27 oktober 1993, in de Senaat geamendeerd en goedgekeurd op 23 december 1993, vervolgens werd er in de Kamer gestemd op 19 januari 1994 en bekendgemaakt in het Belgische Staatsblad op 12 februari 1994

¹⁶² In Nederland werd het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer reeds ingevoerd in 1983 (artikel 10 van de Nederlandse Grondwet) – zie hierover P. BLOK, *Het recht op privacy. Een onderzoek naar de betekenis van het begrip “privacy” in het Nederlandse en Amerikaanse recht*, Boom JU, 2002, 41-43; H.R. KRANENBORG, en L.F.M. VERHEY, *Wet bescherming persoonsgegevens in Europees perspectief*, Deventer, Kluwer, 2011, 1

¹⁶³ Zie hierover: S. DE RAEDT en A. VAN DE VIJVER, “Grondrechten en bronnen” in S. DE RAEDT en A. VAN DE VIJVER, *Grondrechten in fiscalibus*, Brussel, Larcier, 2016, 3-19

¹⁶⁴ Merk op dat een aantal Europese landen aan de bescherming van de persoonsgegevens wel een grondwettelijke bescherming verleenden. Dit gebeurde met name in Portugal in 1976 en in Spanje en Oostenrijk in 1978. Geen van deze landen waren op dat moment deel van de toenmalige Europese Gemeenschap (Portugal en Spanje werden pas lid in 1986; Oostenrijk in 1995). Ook Nederland heeft de bescherming van de persoonsgegevens grondwettelijk verankerd in 2010 (artikel 10.2 van de Nederlandse Grondwet) - zie ook H.R. KRANENBORG en L.F.M. VERHEY, *Wet bescherming persoonsgegevens in Europees perspectief*, Deventer, Kluwer, 2011, 55

¹⁶⁵ Verslag, *Gedr. St. Kamer 1992-1993*, 997/5, 2; *Hand. Kamer 1993-1994*, 27 oktober 1993, 84; zie ook E. BREMS, “De nieuwe grondrechten in de Belgische Grondwet en hun verhouding tot het internationale, inzonderheid het Europese Recht”, *T.B.P.* 1995, 625

het recht op eerbiediging van het privéleven in België al gewaarborgd werd door de rechtstreekse werking van artikel 8 EVRM en artikel 17 BUPO, is de invoering van het recht op privéleven in de Grondwet vooral van belang omdat, op het moment van de invoering van dit grondrecht in de Grondwet, de verruiming van de toetsingsbevoegdheid van het Grondwettelijk Hof, toen nog “Arbitragehof”, in het vooruitzicht werden gesteld, waardoor wetten, decreten en ordonnanties rechtstreeks aan de titel II van de Grondwet zouden kunnen worden getoetst. Dit biedt een hogere rechtsbescherming vermits een annulatieverzoek of prejudiciële vraag bij een intern Grondwettelijk Hof toegankelijker en efficiënter kunnen zijn dan een procedure voor het EHRM¹⁶⁶.

58. Bij de invoering van het artikel 22 GW werd door de grondwetgever gesteld dat het de bedoeling is een zo groot mogelijke concordantie na te streven met artikel 8 EVRM¹⁶⁷. Later zou het Grondwettelijk Hof vaak naar deze voorbereidende werken verwijzen om bij het bepalen van de inhoud van artikel 22 GW te kunnen verwijzen naar de rechtspraak van het EHRM inzake artikel 8 EVRM¹⁶⁸.

§ 7 Het Europees Handvest van de grondrechten

59. De uitbouw voor een communautaire grondrechtenbescherming, waarvoor al sinds de jaren '70 van de vorige eeuw de nood was ontstaan en waarvoor ook sinds die tijd inspanningen waren geleverd, vooral onder impuls van het Europees Parlement, kreeg in juni 1999 haar eindpunt, toen de Europese Raad besloot om de in de Europese Unie vigerende grondrechten in een Handvest te consolideren¹⁶⁹. Het Handvest werd op 7 december 2000 te Nice formeel afgekondigd door het Europees Parlement, de Raad en de Commissie en omvat 54 artikelen waarin alle grondrechten die zijn opgenomen in het EVRM worden verenigd samen met een aantal “nieuwe” grondrechten, o.m. grondrechten die verband houden met biotechnologie en genetische manipulatie¹⁷⁰. Dit Handvest werd bindend met de inwerkingtreding van het verdrag van Lissabon van 13 september 2007¹⁷¹, en trad in werking op 1 december 2009¹⁷².

¹⁶⁶ E. BREMS, “De nieuwe grondrechten in de Belgische Grondwet en hun verhouding tot het internationale, inzonderheid het Europese Recht”, *T.B.P.* 1995, 626

¹⁶⁷ *Parl. St. Kamer, 1992-1993, 997/5, 2*

¹⁶⁸ Het Grondwettelijk Hof zal terzake bovendien stellen dat “wanneer een verdragsbepaling die België bindt, een draagwijdte heeft die analoog is met die van een of meer van de grondwetsbepalingen, dan vormen de waarborgen vervat in die verdragsbepalingen een onlosmakelijk geheel met de waarborgen die in de betrokken grondwetsbepaling zijn opgenomen”. Zie bijvoorbeeld Arbitragehof 20 oktober 2004, 158/2004; Arbitragehof 20 oktober 2004, 162/2004; Arbitragehof 19 januari 2005, 16/2005; GwH 10 april 2008, 61/2008. Voorbeelden in fiscale zaken zijn: Grondwettelijk Hof 14 februari 2013, 06/2013, overweging B.5.6 (inzake de conformiteit van de wijzigingen bankgeheim aan artikel 22 GW) en Grondwettelijk Hof 18 april 2013, 54/2013, overweging B.3.2. (conformiteit inwinning informatie i.v.m. roerende inkomsten in het kader van de bijkomende heffing van 4 % roerende voorheffing)

¹⁶⁹ Zie hierover: P. VAN ELSUWEGE, P. DEVISSCHER en A. VAN BOSSUYT, “Het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie: implicaties voor de nationale rechtsorde”, *TPR* 2010-2, 529-579; L. RINCON-EIZAGA, “Human Rights in the European Union. Conflict between the Luxembourg and the Strasbourg courts regarding interpretation of article 8 of the European Convention on Human Rights”, *Revista Colombiana de derecho Internacional* 2008, nr. 11, 144; S. DE RAEDT en A. VAN DE VIJVER, “Grondrechten en bronnen” in S. DE RAEDT en A. VAN DE VIJVER, *Grondrechten in fiscalibus*, Brussel, Larcier, 2016, 14 ev.

¹⁷⁰ Zie hierover: L. RINCON-EIZAGA, “Human Rights in the European Union. Conflict between the Luxembourg and the Strasbourg courts regarding interpretation of article 8 of the European Convention on Human Rights”, *Revista Colombiana de derecho Internacional* 2008, nr. 11, 144

¹⁷¹ Zie artikel 6 lid 1 VEU: “De Unie erkent de rechten, vrijheden en beginselen die zijn vastgesteld in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie van 7 december 2000, als aangepast op 12 december 2007 te Straatsburg, dat dezelfde rechtskracht als de Verdragen heeft. De bepalingen van het Handvest houden geenszins een verruiming in van de bevoegdheden van de Unie zoals bepaald bij de Verdragen. De rechten,

60. Het recht op bescherming van het privéleven, geïnspireerd op het EVRM, is opgenomen in het Handvest onder het artikel 7 als volgt: *“Eenieder heeft recht op de eerbiediging van zijn privéleven, zijn familie – en gezinsleven, zijn woning en zijn communicatie.”* Artikel 52 lid 3 van het Handvest bepaalt uitdrukkelijk dat wanneer het Handvest rechten bevat die corresponderen met rechten welke zijn gegarandeerd door het EVRM, de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde zijn als die welke er door het EVRM aan worden toegekend¹⁷³. In de Toelichting bij het Handvest wordt uitdrukkelijk gesteld dat artikel 7 correspondeert met artikel 8 EVRM. Het Hof van Justitie zal bij de interpretatie van artikel 7 van het Handvest dan ook verwijzen naar de rechtspraak van het EHRM¹⁷⁴.

61. Daarnaast wordt het recht op bescherming van de persoonsgegevens als afzonderlijk grondrecht opgenomen onder het artikel 8 van het Handvest, als volgt: *“1. Eenieder heeft recht op bescherming van de hem betreffende 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 op toegang tot de over hem verzamelde gegevens en op rectificatie daarvan. 3. Een onafhankelijke autoriteit ziet toe op de naleving van deze regels”*. Door het Handvest wordt het recht op bescherming van de persoonsgegevens dus als een fundamenteel recht erkend. Tegelijkertijd wordt er aan dit grondrecht een zekere autonomie toegekend, los van het recht op privéleven, zodat een schending van het recht op bescherming van de persoonsgegevens kan worden gesanctioneerd, los van de schending van het recht op privéleven¹⁷⁵. Anderzijds kan een verwerking van persoonsgegevens in beginsel een aantasting van de beide grondrechten opleveren¹⁷⁶.

vrijheden en beginselen van het Handvest worden uitgelegd overeenkomstig de algemene bepalingen van titel VII van het Handvest betreffende de uitlegging en toepassing ervan, waarbij de in het Handvest bedoelde toelichtingen, waarin de bronnen van deze bepalingen vermeld zijn, terdege in acht genomen worden”; L. RINCON-ELZAGA, “Human Rights in the European Union. Conflict between the Luxembourg and the Strasbourg courts regarding interpretation of article 8 of the European Convention on Human Rights”, *Revista Colombiana de derecho Internacional* 2008, nr. 11, 145

¹⁷² Met uitzondering van Polen en VK die een uitzonderingspositie bedongen via een protocol dat beoogt de grondrechtelijke bescherming van burgers bij de rechter op grond van het Handvest niet uit te breiden ten opzichte van de situatie voor de inwerkingtreding van het verdrag van Lissabon (T. BARKHUYSEN, en A.W. BOS, “De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht”, *Jbplus* 2011, 5)

¹⁷³ Zie ook artikel 6 lid 3 van de VEU: *“De grondrechten, zoals zij worden gewaarborgd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en zoals zij voortvloeien uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben, maken als algemene beginselen deel uit van het recht van de Unie.”*

¹⁷⁴ Zie bv. HvJ 5 oktober 2010 C-400/10 J. McB., overweging 53; HvJ 15 november 2011, C-256/11, DERECI e.a., overweging 70; HvJ 17 december 2015 C-419/14 WEBMINDLICENCES Kft, randnummer 77

¹⁷⁵ B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, Brussel, Larcier, 2008, 41; Bepaalde auteurs wijzen op het gevaar van het afzonderlijk erkennen van het recht op bescherming van de persoonsgegevens als grondrecht nu het risico bestaat dat hierdoor dit recht wordt geïnterpreteerd, los van zijn roots, namelijk het recht op privéleven: E. DEGRAVE en Y. POULLET, “Le droit au respect de la vie privée face aux nouvelles technologies” in M. VERDUSSEN en N. BONBLED (eds.), *Les droits constitutionnels en Belgique*, Brussel, Bruylant, 2011, 1011. Anderzijds heeft het erkennen van het recht op bescherming van de persoonsgegevens het voordeel dat de bescherming van de persoonsgegevens niet alleen geldt voor de verwerkingen van persoonsgegevens die onder het toepassingsgebied vallen van de Richtlijn 95/46 maar ook voor de verwerking van persoonsgegevens binnen bijvoorbeeld de strafrechtelijke sfeer. Bovendien verleent dit aan de wettelijke bepalingen inzake de verwerking van persoonsgegevens een soort grondwettelijke privilege, waardoor de verwerking van persoonsgegevens ook aan de controle van het Grondwettelijk Hof kan worden onderworpen (E. DEGRAVE en Y. POULLET, “Le droit au respect de la vie privée face aux nouvelles technologies” in M. VERDUSSEN en N. BONBLED (eds.), *Les droits constitutionnels en Belgique*, Brussel, Bruylant, 2011, 1011)

¹⁷⁶ HvJ 17 oktober 2013 C-291/12 SCHWARZ, overweging 25

62. Artikel 52, lid 1 van het Handvest bepaalt onder welke voorwaarden beperkingen kunnen worden gesteld aan de uitoefening van de in het Handvest neergelegde rechten, dus ook aan de rechten van artikel 7 en 8 van het Handvest. Met name zijn beperkingen mogelijk voor zover bij wet in deze beperkingen is voorzien, de beperkingen de wezenlijke inhoud van die rechten eerbiedigen, en, met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel, noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten van anderen. De analogie met de voorwaarden waaronder een uitzondering op het verbod op inmenging in het privéleven mogelijk is conform artikel 8 lid 2 EVRM, valt meteen op.

63. Het Verdrag van Lissabon van 13 december 2007, waardoor het Handvest bindend werd, zorgt er bovendien voor dat de Unie rechtspersoonlijkheid verkrijgt, waardoor de toetreding tot het EVRM mogelijk wordt¹⁷⁷. Een toetreding van de EU tot het EVRM moet verhinderen dat het niveau van grondrechtenbescherming van het EHRM afwijkt van het Hof van Justitie én dat het EHRM het laatste woord krijgt. Met de inwerkingtreding van het 14^{de} protocol bij het EVRM per 1 juni 2010 staat het EVRM ook zelf de toetreding van de EU toe¹⁷⁸. Op 7 juli 2010 is de Europese Commissie onderhandelingen gestart met de Raad van Europa over de toetreding van de EU tot het EVRM. De Stuurgroep voor Mensenrechten van de Raad van Europa (CDDH) en de Europese Commissie hebben op 5 april 2013 een ontwerpverdrag voor de toetreding van de EU tot het EVRM gepresenteerd. Het ontwerpverdrag werd voorgelegd aan het Hof van Justitie voor advies, maar dit advies van 18 december 2014 stelt dat het ontwerpakkoord betreffende de toetreding van de EU tot het EVRM onverenigbaar is met de bepalingen van het Unierecht¹⁷⁹. De Europese Commissie moet nu terug naar de onderhandelingstafel.

§ 8 Modernisering van de regels betreffende bescherming van de persoonsgegevens

64. De in de jaren '80 en '90 van de vorige eeuw tot stand gekomen rechtsinstrumenten betreffende de bescherming van de persoonsgegevens zouden bij het begin van de jaren 2000 al in vraag worden gesteld. Enerzijds waren er sinds het millennium een aantal belangrijke technologische evoluties vast te stellen, die de vraag doen rijzen of de bestaande persoonsgegevensbeschermingswetgeving nog wel aangepast is aan deze maatschappelijke evolutie. Hierbij kan onder meer gedacht worden aan de enorme groei in capaciteit van de computers en communicatietechnologie, alsook de revolutie van het internet (met inbegrip van de specifieke privacyvraagstukken bij cloud computing, socialenetwerksites, ...) en de technische ontwikkelingen op het vlak van identificatietechnieken, alsook op het vlak van intelligente systemen die op basis van (al dan niet op het internet verzamelde) data profielen kunnen opstellen over iemands noden en wensen¹⁸⁰. Anderzijds is er een aanzienlijke toename van de grensoverschrijdende stromen van persoonsgegevens, niet alleen in de particuliere sector, maar ook in de publieke sectoren, waarbij de vraag kon worden gesteld of het systeem van handhaving van de bescherming van de

¹⁷⁷ T. BARKHUYSEN, en A.W. BOS, "De betekening van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht", *Jbplus* 2011, 5

¹⁷⁸ T. BARKHUYSEN, en A.W. BOS, "De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht", *Jbplus* 2011, 5

¹⁷⁹ Advies 2/13

¹⁸⁰ Zie de mededeling 'Een integrale aanpak van de bescherming van de persoonsgegevens in de Europese Unie' van 4 november 2010 (COM(2010)0609 – blz. 2 tot 5), zie ook overweging 6 bij de Verordening 2016/679

persoonsgegevens zoals dit in de Richtlijn 95/46 was voorgeschreven, wel aangepast was aan deze toegenomen internationalisering¹⁸¹. De toename van de internationale uitwisseling van gegevens tussen overheden was op verschillende fronten merkbaar. In het kader van dit onderzoek is uiteraard de toegenomen vraag naar uitwisseling van informatie met het oog op de belastingheffing van belang. Evenwel heeft wellicht de toegenomen vraag aan verzameling, opslag en internationale uitwisseling van persoonsgegevens ten behoeve van veiligheids – en informatiediensten het debat over de modernisering van het persoonsgegevensbeschermingsrecht, het meest beïnvloed. Naar aanleiding van een reeks terroristische aanslagen¹⁸² leek het recht van de staat op informatie immers vaak te primeren op het individuele recht op privacy¹⁸³. In die context dient de dataretentierichtlijn van 2006¹⁸⁴ te worden gesignaleerd waarbij telecomoperatoren verplicht werden gedurende een periode van 6 tot 24 maanden de gegevens bij te houden over het telefoon- en e-mailverkeer van burgers ten behoeve van de opsporing en vervolging van ernstige misdrijven. Het Hof van Justitie zou deze Richtlijn evenwel in april 2014 vernietigen wegens strijdigheid met het Handvest¹⁸⁵.

65. De vraag naar modernisering van de bestaande rechtsinstrumenten was op meerdere fronten merkbaar. In 2009 werd aangekondigd dat OESO-Guidelines van 1980 zouden worden gemoderniseerd¹⁸⁶. In 2013 rondde de OESO de bespreking van de herziening van haar Guidelines af¹⁸⁷. Van belang is dat de 8 inhoudelijke basisprincipes intact blijven¹⁸⁸. Er wordt wel meer de klemtoon gelegd op risicomanagement en een betere afdwingbaarheid van de privacyregels¹⁸⁹.

66. Sinds 2010 werd ook op het niveau van de Raad van Europa gedacht aan de modernisatie van de Conventie nr. 108¹⁹⁰, teneinde ze aan te passen aan de technologische revoluties. In dit modernisatieproces wilde men vooral coherent blijven met de andere rechtsinstrumenten betreffende bescherming van de persoonsgegevens¹⁹¹. Ook hier blijven

¹⁸¹ Zie de mededeling ‘Een integrale aanpak van de bescherming van de persoonsgegevens in de Europese Unie’ van 4 november 2010 (COM(2010)0609 – blz. 2 tot 5); zie ook overweging 5 van de Verordening 2016/679

¹⁸² Zie onder meer “9/11”, aanslagen in Madrid in maart 2004, in juli 2005 in London

¹⁸³ G. NARDELL, “Levelling up: Data privacy and the European Court of Human Rights” in S. GUTWIRTH, Y. POULLET, en P. DE HERT, (ed), *Data protection in a profiled World*, Dordrecht, Springer, 2010, 44-45

¹⁸⁴ Richtlijn 2006/24/EG betreffende de bewaring van gegevens die zijn gegenereerd of verwerkt in verband met het aanbieden van openbaar beschikbare elektronische communicatiediensten of van openbare communicatienetwerken en tot wijziging van Richtlijn 2002/58/EG. De dataretentierichtlijn werd omgezet in Belgisch recht door de wet van 30 juli 2013 die o.m. artikel 126 van de wet van 13 juni 2005 op de elektronische communicatie wijzigde.

¹⁸⁵ HvJ 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, DIGITAL RIGHTS IRELAND; waarna ook de Belgische dataretentiewetgeving (Wet van 30 juli 2013 houdende wijziging van de artikelen 2, 126 en 145 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie en van artikel 90decies van het Wetboek van strafvordering) werd vernietigd door het Grondwettelijk Hof bij arrest van 11 juni 2015 (GwH 11 juni 2015, 84/2015)

¹⁸⁶ P. DE HERT, en V. PAPAConstantinou, “the council of Europe data protection convention reform: analysis of the new text en critical comment on its global ambition”, *Computer Law en Security Review* 2014, nr. 30, 634

¹⁸⁷ Recommendation of the Council concerning Guidelines governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of personal data, C(80)58/FINAL, as amended on 11 July 2013 by C(2013)79

¹⁸⁸ M. KUSCHEWSKY, “De new privacy guidelines of the OECD: what changes for business?”, *Journal of European Competition Law and Practice*, 2014, vol. 5, nr. 3, 147

¹⁸⁹ Toelichting bij de herziening van de Guidelines op de website van OECD.

¹⁹⁰ Zie position paper distributed at 32nd International Conference of Data Protection and Privacy Commissioners, 27-29 October 2010, Jerusalem, Israel, www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/modernisation_en.asp

¹⁹¹ Draft Explanatory Report on the Modernization of the Convention 108 (www.coe.int)

de basisprincipes van het recht op de bescherming van persoonsgegevens in de ontwerp teksten overeind. Zij worden hier en daar enkel licht gemoderniseerd, wat vooral betekent dat zij wordt aangepast aan de teksten van de Europese rechtsinstrumenten. De ontwerp teksten zijn goedgekeurd op 15-16 juni 2016 door een intergouvernementeel ad hoc comité voor data protectie en werden inmiddels voorgelegd aan het comité van ministers¹⁹².

67. Ook sinds 2010 werd er op niveau van de Europese instellingen gewerkt aan de herziening van de Richtlijn 95/46¹⁹³. Op 25 januari 2012 werden de eerste teksten van een ontwerp van Verordening betreffende de bescherming van de persoonsgegevens gepubliceerd¹⁹⁴. Ook hier valt meteen op dat de Europese Commissie van oordeel was dat de inhoudelijke krachtlijnen van het bestaande wettelijk kader nog overeind stonden¹⁹⁵. Er waren evenwel verschillende knelpunten opgedoken die voornamelijk te wijten waren aan de verschillende wijze waarop deze krachtlijnen in de lidstaten werden geïmplementeerd. Dit had rechtsonzekerheid tot gevolg, wat zijn negatieve invloed had, niet alleen voor de particuliere sectoren, maar tevens voor de overheid die aldus wordt belemmerd in de uitoefening van haar taken waarbij de internationale uitwisseling van gegevens soms vereist is¹⁹⁶. Om deze rechtsonzekerheid weg te werken werd geopteerd voor de opheffing van de Richtlijn 95/46 en de vervanging ervan door een Verordening, die rechtstreeks van toepassing is in alle lidstaten¹⁹⁷. In deze Verordening blijven de inhoudelijke krachtlijnen van de Richtlijn 95/46 dan ook in grote mate overeind, en worden vooral aanpassingen gedaan op vlak van de handhaving en sanctionering, die van minder belang zijn bij de beoordeling van de draagwijdte van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens bij de inzameling van informatie door de fiscale administratie¹⁹⁸.

Voorbeelden van wijzigingen zijn de verstrakking van de toestemming als toelaatbaarheidsgrond (artikel 7 van de Verordening 2016/679)(de toestemming speelt in het kader van de inzameling van informatie door de fiscale administratie evenwel geen rol van betekenis), het invoeren van het begrip “accountability” (artikel 24 en volgende van de Verordening 2016/679) (wat een regenschermbegrip is voor een hele reeks bijkomende verplichtingen voor de verwerkingsverantwoordelijke betreffende onder meer het bijhouden van documentatie over de verwerkingen), het uitvoeren van zogenaamde PIA’s (Privacy Impact Assessments) (artikel 35 van de Verordening 2016/679), het aanduiden van Data

¹⁹² <http://www.coe.int/en/web/data-protection/modernisation-convention108>

¹⁹³ P. DE HERT, en V. PAPAConstantinou, “the council of Europe data protection convention reform: analysis of the new text en critical comment on its global ambition”, *Computer Law en Security Review* 2014, nr. 30, 633

¹⁹⁴ Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, COM(2012)0011; voor een commentaar: C. CUIJPERS, P. VAN EECKE, E. KINDT en H. DE VRIES, “Een eerste verkenning van het Voorstel Verordening bescherming persoonsgegevens”, *Computerrecht* 2012, afl. 3, 185-199

¹⁹⁵ Zie ook overweging 9 van Verordening 2016/679; Nochtans werd door de rechtsleer opgeroepen om bepaalde inhoudelijke principes bij te sturen of te laten varen, zie bv. L. MOEREL, *Big data protection. How to make the draft EU Regulation on data protection future proof?* Lecture delivered by Prof. Dr. L. Moerel, Tilburg University, 14 februari 2014, 63 p.

¹⁹⁶ Overweging 9 van Verordening 2016/679

¹⁹⁷ Nochtans zal blijken dat de Verordening 2016/679 toelaat dat de lidstaten op diverse vlakken uitzonderingen kunnen maken, zie hierover C. CUIJPERS, P. VAN EECKE, E. KINDT en H. DE VRIES, “Een eerste verkenning van het Voorstel Verordening bescherming persoonsgegevens”, *Computerrecht* 2012, afl. 3, 185-199

¹⁹⁸ Voor een commentaar en overzicht van een aantal belangrijke wijzigingen: D.J. HOLVAST, “Algemene Verordening gegevensbescherming: veel gespin en weinig wol”, *P&I* 2016, 98-103; N. WISMAN, “de EU Algemene Verordening Gegevensbescherming: de stand van zaken”, *P&I*, 2013, 69-73;

Protection Officers (artikel 37 van de Verordening 2016/679), het begrip “data portability”, dat moet toestaan dat burgers gemakkelijker hun persoonsgegevens kunnen overdragen van de ene dienstverlener naar de andere en het toepasselijk maken van de regels betreffende persoonsgegevensbescherming op buiten de Unie gevestigde ondernemingen die bepaalde activiteiten ontwikkelen binnen de Unie¹⁹⁹.

Op 4 mei 2016 werden de officiële tekst van de Verordening gepubliceerd. Deze Verordening treedt in werking op 24 mei 2016 en is van toepassing vanaf 25 mei 2018. De Richtlijn 95/46 en de Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens worden dan ingetrokken.

68. Tegelijkertijd met het ontwerp van Verordening betreffende bescherming van de persoonsgegevens, werd in 2012 een voorstel van Richtlijn gelanceerd met betrekking tot de bescherming van de persoonsgegevens in strafzaken²⁰⁰. De beweegredenen om dit voorstel van Richtlijn te doen zijn dezelfde als deze voor het voorstel tot Verordening 2016/679, met name oordeelde men dat de gewijzigde technologische omstandigheden en de mondialisering van het gegevensverkeer, ook in het kader van de voorkoming, het onderzoek, de opsporing en de vervolging van strafbare feiten, alsook in het kader van de tenuitvoerlegging van straffen en de bescherming van de openbare veiligheid, een aanpassing van het bestaande kader vereisten²⁰¹. Bovendien werd het noodzakelijk geacht dat er binnen de Unie een gelijkwaardige bescherming van de persoonsgegevens zou zijn²⁰², waardoor de Richtlijn 2016/680 ook van toepassing is op interne verwerkingen van persoonsgegevens voor politie – en veiligheidsdoeleinden en niet alleen op de verwerking van persoonsgegevens in het kader van een politionele of justitiële samenwerking in strafzaken waarbij er een grensoverschrijdend element aanwezig is, zoals dit het geval was voor het Kaderbesluit van 2008. Gelet op de specifieke aard van de verwerking van persoonsgegevens in deze sector achtte men het nodig specifieke regels te behouden, afzonderlijk van deze opgenomen in de Verordening 2016/679²⁰³. Nochtans gelden een reeks basisbeginselen van het persoonsgegevensbeschermingsrecht zoals deze hierna zullen worden beschreven in afdeling 2 van dit hoofdstuk, in wezen ook voor de verwerking van persoonsgegevens voor politie – en veiligheidsdoeleinden. Met name gelden ook hier de beginselen van finaliteit, proportionaliteit en transparantie (artikel 4 lid 1 van de Richtlijn 2016/680), zij het dat specifieke accenten worden gelegd. Hierbij kan onder meer worden gedacht aan het uitdrukkelijk onderscheid tussen verschillende categorieën van betrokkenen, zoals bijvoorbeeld verdachten, veroordeelden, slachtoffers en derden (artikel

¹⁹⁹ Merk op dat B. VAN DER SLOOT meent dat de Verordening 2016/679 de principes die aan de basis hebben gelegen van het dataproductierecht hebben verlaten. B. VAN DER SLOOT verwijst hierbij naar de FIP's die aan de oorsprong hebben gelegen van het dataproductierecht en die in wezen inzetten op wederzijdse rechten en plichten van de verwerkingsverantwoordelijke en de betrokkene, waarbij een belangenafweging moet plaats vinden die uiteindelijk moeten leiden tot een redelijke en zorgvuldige gegevensverwerking. Deze principes worden ingeruild voor rechten die zien op specifieke technische ontwikkelingen (zoals het recht op dataportabiliteit) en voor een stelsel waarbij de overheid en handhavingsorganen een toegenomen rol krijgen toebedeeld (B. VAN DER SLOOT, “De nieuwe consumentenrechten in de algemene verordening gegevensbescherming: vergeten worden, dataportabiliteit en profilering”, *Tijdschrift voor consumentenrecht en handelspraktijken* 2012, 250-259)

²⁰⁰ Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens door bevoegde autoriteiten met het oog op de voorkoming, het onderzoek, de opsporing en de vervolging van strafbare feiten of de tenuitvoerlegging van straffen en betreffende het vrij verkeer van die gegevens, COM(2012)0010.

²⁰¹ Overweging 3 van de Richtlijn 2016/680

²⁰² Overweging 15 van de Richtlijn 2016/680

²⁰³ Overweging 11 van de Richtlijn 2016/680

6 van de Richtlijn 2016/680)²⁰⁴, het onderscheid tussen persoonsgegevens die op feiten zijn gebaseerd en persoonsgegevens die op een persoonlijk oordeel zijn gebaseerd (artikel 7 lid 1 van de Richtlijn 2016/680) en het feit dat de verplichting tot informatieverstrekking kan worden uitgesteld, beperkt of achterwege gelaten wanneer dit noodzakelijk is voor één van de doelstellingen van de Richtlijn 2016/680 (artikel 13 lid 2 van de Richtlijn 2016/680)²⁰⁵. Deze Richtlijn kwam tot stand op 27 april 2016 (Richtlijn 2016/680) en is van toepassing vanaf 6 mei 2018. Op dat ogenblik wordt het Kaderbesluit 2008/977/JBZ ingetrokken.

Onderafdeling 3 Motivering voor de keuze van de onderzochte rechtsbronnen en voor de methodologie bij de studie van deze rechtsbronnen

69. Uit het historisch onderzoek is in ieder geval gebleken dat een relevant onderzoek naar de draagwijdte van het recht op privéleven bij de inzameling van informatie door de fiscale administratie, een onderzoek vereist naar enerzijds het recht op privéleven als grondrecht en anderzijds naar het recht op de bescherming van de persoonsgegevens. Hierna wordt tussen beide rechten een onderscheid gemaakt voor het motiveren van de gekozen rechtsbron en de methodologie bij de studie ervan.

§ 1 Onderzoek naar de draagwijdte van het recht op privéleven als grondrecht

I. Motivering voor de keuze van de onderzochte rechtsbron

70. Uit het historisch onderzoek blijkt in ieder geval dat de oudste en belangrijkste rechtsbron die het recht op privéleven garandeert, artikel 8 van het EVRM is.

71. Artikel 17 van het BUPO-verdrag garandeert eveneens het recht op privéleven, maar is in vergelijking met artikel 8 EVRM veel vager en biedt daardoor minder rechtsbescherming. In artikel 17 van het BUPO-verdrag staat immers alleen vermeld dat de inbreuk niet arbitrair of onwettig mag zijn, terwijl artikel 8 EVRM veel duidelijker is wat betreft de voorwaarden waaronder wel of niet een inmenging toegelaten is. Hoewel artikel 17 van het BUPO-verdrag, net als artikel 8 EVRM rechtstreekse werking en voorrang heeft in de interne Belgische rechtsorde²⁰⁶, wordt het in de interne rechtspraak zelden getoetst²⁰⁷, wellicht omwille van deze vaagheid. Bovendien is er voor het BUPO geen rechtsprekend orgaan dat artikel 17 BUPO interpreteert, zoals dit wel het geval is voor het EVRM dat door het EHRM wordt geïnterpreteerd.

72. Uit het historisch onderzoek is bovendien gebleken dat artikel 8 EVRM de inspiratiebron geweest is voor andere meer recente rechtsbronnen van het recht op

²⁰⁴ Overweging 31 van de Richtlijn 2016/680

²⁰⁵ Overweging 44 van de Richtlijn 2016/680

²⁰⁶ Het Hof van Cassatie heeft erkend dat artikel 8 EVRM, wat betreft de negatieve verplichting van de overheid om zich te onthouden van inmenging in het privéleven, rechtstreekse werking heeft (Cass. 10 mei 1985, *Arr. Cass.* 1984-1985, p. 1230, met concl. Adv. Gen. TILLEKAERTS; Cass. 6 maart 1986, *R.W.* 1986-87, 236, noot P. SENAEVE, zie ook J. VELU en R. ERGEC, *la convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 1990, 532); zie ook S. LAMBRECHT, "Grondrechtenbescherming door de hoogste rechtscolleges en hun onderlinge verhouding" in S. DE RAEDT en A. VAN DE VIJVER, *Grondrechten in fiscalibus*, Brussel, Larcier, 2016, 20 ev.

²⁰⁷ L.F.M. VERHEY, *Horizontale werking van grondrechten in het bijzonder het recht op privacy*, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1992, 205

privéleven als grondrecht, met name artikel 22 van de Grondwet en artikel 7 van het Handvest. De Belgische en Europese grondwetgever hebben bij de invoering van respectievelijk artikel 22 van de Grondwet en artikel 7 van het Handvest uitdrukkelijk de bedoeling gehad om de rechtsbescherming verleend door deze artikelen te laten samenvallen met deze van artikel 8 EVRM²⁰⁸.

73. De tekstuele verschillen tussen artikel 8 EVRM en artikel 22 van de GW enerzijds en artikel 8 EVRM en artikel 7 van het Handvest anderzijds, hebben dan ook in de regel weinig praktisch belang.

74. Wat betreft artikel 22 van de Grondwet valt vooreerst op dat enkel wordt verwezen naar het recht op de eerbiediging van het privéleven en het gezinsleven, en niet naar het recht op woning en correspondentie. Op het moment van de invoering van artikel 22 GW bij de grondwetsherziening van 1993-1994 was er al een bescherming van het recht op woning en het recht op correspondentie door de artikelen 15²⁰⁹ en 29²¹⁰ van de Grondwet. Nochtans is de draagwijdte van artikel 15 en 29 van de Grondwet beperkter gebleken dan het recht op bescherming van de woning en van de correspondentie, zoals vermeld in artikel 8 EVRM en zoals geïnterpreteerd door het EHRM²¹¹. Nu de grondwetgever evenwel de bedoeling heeft gehad aan artikel 22 van de GW dezelfde inhoudelijke draagwijdte te verlenen als artikel 8 EVRM, mag worden aangenomen dat het recht op woning en het recht op correspondentie, zoals bedoeld in artikel 8 EVRM en zoals ingevuld door de rechtspraak van het EHRM, ook in de Belgische rechtsorde gegarandeerd worden hetzij op grond van artikel 15 en 29 van de Grondwet, hetzij op grond van artikel 22 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 8 EVRM.

Daarnaast bepaalt artikel 22 van de Grondwet maar één voorwaarde waaraan voldaan moet zijn opdat een inmenging in het privéleven toegelaten zou zijn, met name dat de gevallen en de voorwaarden door de wet zouden worden bepaald, terwijl artikel 8 EVRM naast een legaliteitsvereiste ook een legitimiteitsvereiste (de inmenging moet een welbepaald legitiem doel beogen) en een noodzakelijkheidsvereiste (de inmenging moet noodzakelijk zijn om het legitieme doel te bereiken) stelt. Ook betreffende artikel 22 van de Grondwet zal het Grondwettelijk Hof evenwel, naar analogie met artikel 8 EVRM en de rechtspraak van het EHRM, vereisen dat er slechts sprake kan zijn van een inmenging in het privéleven in de mate dat de wettelijke bepaling voldoende precies is, dat de inmenging beantwoordt aan een dwingende maatschappelijke behoefte en evenredig is met de nagestreefde wettige

²⁰⁸ Randnummers 58 en 60

²⁰⁹ Artikel 15 van de Grondwet bepaalt: *“De woning is onschendbaar; geen huiszoeking kan plaatshebben dan in de gevallen die de wet bepaalt en in de vorm die zij voorschrijft.”*

²¹⁰ Artikel 29 van de Grondwet bepaalt: *“Het briefgeheim is onschendbaar. De wet bepaalt welke agenten verantwoordelijk zijn voor de schending van het geheim der aan de post toevertrouwde brieven”*

²¹¹ Zo zal artikel 29 van de Grondwet alleen bescherming verlenen aan geschreven communicatie terwijl artikel 8 EVRM ook rechtsbescherming verleent aan elektronische of mondelinge communicatie. Artikel 29 van de Grondwet geldt bovendien enkel voor aan de post toevertrouwde brieven (zie bv. GwH 14 februari 2013, 6/2013 overweging B.5.4), terwijl deze beperking ook niet geldt voor artikel 8 EVRM. Artikel 15 van de Grondwet zal ook enkel rechtsbescherming verlenen tegen het fysiek binnentreden in de woonst en niet bijvoorbeeld ingeval van videosurveillance, wat wel onder het toepassingsgebied valt van artikel 8 EVRM. Zie hierover: E. DEGRAVE en Y. POULLET, *“Le droit au respect de la vie privée face aux nouvelles technologies”* in M. VERDUSSEN en N. BONBLED (eds.), *Les droits constitutionnels en Belgique*, Brussel, Bruylant, 2011, 1008 - 1009.

doelstelling²¹². Gelet op de bedoeling van de grondwetgever en de rechtstreekse werking en voorrang van artikel 8 EVRM, is dit een logische benadering van het Grondwettelijk Hof.

Het tekstuele onderscheid tussen artikel 8 EVRM en artikel 22 van de Grondwet is in de Belgische rechtsorde maar voor één element van belang. Met name vereist artikel 22 van de Grondwet dat de gevallen en voorwaarden voor een inmenging in het privéleven “door” een wet zouden worden bepaald, wat in Belgisch grondwetsjargon inhoudt dat er sprake moet zijn van een formele wet²¹³, terwijl de rechtspraak van het EHRM de legaliteitsvereiste van artikel 8 EVRM soepel interpreteert en genoeg neemt met een “materiële wet”²¹⁴. Artikel 22 van de Grondwet is hier dus strenger dan artikel 8 EVRM en biedt dus een ruimere rechtsbescherming²¹⁵. Een bepaling met ruimere rechtsbescherming gaat evenwel altijd voor²¹⁶. In de onderafdeling 1 van afdeling 2 hierna, waarin getracht wordt om de draagwijdte van het recht op privéleven in het algemeen in kaart te brengen, wordt voor wat betreft de legaliteitsvereiste dus teruggegrepen naar artikel 22 van de GW in plaats van naar artikel 8 EVRM.

75. Wat betreft artikel 7 van het Handvest valt op dat dit artikel het recht op communicatie waarborgt, terwijl in artikel 8 EVRM sprake is van het recht op correspondentie. In de gepubliceerde Toelichting bij artikel 7 van het Europees Handvest wordt evenwel gesteld dat het woord “correspondentie” van artikel 8 EVRM in artikel 7 van het Handvest is vervangen door het woord “communicatie”, “om rekening te houden met de technische ontwikkelingen”. Bovendien werd in de rechtspraak van het Hof van Justitie bevestigd dat er overeenstemming is tussen het begrip “communicatie” in het Handvest en “correspondentie” in het EVRM²¹⁷.

Artikel 7 van het Handvest schrijft bovendien niet voor onder welke voorwaarden er een inmenging kan zijn in het recht op privéleven. De mogelijkheid voor de instellingen en de

²¹² Zie bijvoorbeeld Arbitragehof 21 december 2004, nr. 202/2004, overweging B.17.2; Arbitragehof 19 mei 2005, 131/2005, overweging nr. B.5.5; GwH 16 juli 2015, nr. 107/2015, overweging B.4.3

²¹³ Zie bv. GwH 16 juli 2015, nr. 107/2015, overweging B.4.3 waarin wordt gesteld dat woorden “*behoudens in de gevallen en onder de voorwaarden door de wet bepaald*” inhouden dat een overheidsinmenging in het privéleven slechts kan wanneer er voldoende precieze wettelijke regels zijn “*aangenomen door een democratisch verkozen orgaan*”, waarbij elke inmenging dient te beantwoorden aan een dwingende maatschappelijke behoefte en evenredig dient te zijn met de nagestreefde wettige doelstelling”, en eerder al Arbitragehof 21 december 2004, nr. 202/2004, overweging B.4.3 en B.6.3; GwH 26 juni 2008, nr. 95/2008, overweging B.42; GwH 18 maart 2010, nr. 29/2010, overweging B.16.1; GwH 14 februari 2013, nr. 6/2013, overweging B.5.7 en overweging B.9.1; GwH 18 april 2013, 54/2013, overweging B.3.3; GwH 16 mei 2013, nr. 66/2013, overweging B.11.1; zie ook E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et controle*, Brussel, Larcier, 2014, 145; D. DE BOT, “Artikel 22 Grondwet en het onderscheid tussen privacyrecht en gegevensbeschermingsrecht. Een formele wet is niet altijd nodig wanneer de overheid gegevens verwerkt, maar toch vaak”, *CDPK* 2013, 360

²¹⁴ Zie hierover ook hierna onderafdeling over de draagwijdte van het recht op privéleven

²¹⁵ Zie hierover E. BREMS, “De nieuwe grondrechten in de Belgische Grondwet en hun verhouding tot het internationale, inzonderheid het Europese Recht”, *T.B.P.* 1995, 626; E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et controle*, Brussel, Larcier, 2014, 144;

²¹⁶ Op grond van artikel 53 EVRM kan geen bepaling van het EVRM worden uitgelegd als een beperking op de rechten van de mens zoals deze gewaarborgd worden door de lidstaten.

²¹⁷ HvJ 5 oktober 2010, C-400/10 (J. McB): In dit arrest wordt expliciet opgemerkt dat er een tekstueel verschil zit tussen beide bepalingen, maar dat desondanks de rechten neergelegd in artikel 7 van het Handvest corresponderen met deze van artikel 8 EVRM en dat de inhoud en reikwijdte van deze bepalingen dus gelijk is. Vermits het begrip “correspondentie” in het EVRM door het EHRM reeds zo werd uitgelegd dat hieronder elke vorm van “communicatie” valt, is er inderdaad geen inhoudelijk verschil. De keuze voor het woord “communicatie” vormt dus een codificatie van de rechtspraak van het EHRM inzake het begrip “correspondentie” (T. BARKHUYSEN, en A.W. BOS, “De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht”, *Jbplus* 2011, 21)

organen van de EU enerzijds en de lidstaten anderzijds om de uitoefening van alle in het Handvest erkende rechten en vrijheden te beperken, wordt in algemene zin geregeld in het artikel 52, lid 1 van het Handvest. Volgens dit artikel moet een beperking voldoen aan 5 cumulatieve voorwaarden. De beperking moet (1) bij wet worden gesteld, (2) de wezenlijke inhoud van de rechten en vrijheden eerbiedigen, (3) voldoen aan het proportionaliteitsbeginsel, (4) noodzakelijk zijn en (5) daadwerkelijk beantwoorden aan de door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Hoewel in de gepubliceerde Toelichting bij het Handvest wordt gesteld dat de beperkingen die rechtmatig kunnen worden gesteld aan de in artikel 7 van het Handvest beschermde rechten, dezelfde zijn als die welke in het kader van artikel 8 EVRM zijn toegestaan, worden er in artikel 52 lid 1 van het Handvest dus 5 voorwaarden gesteld, terwijl er in artikel 8 lid 2 EVRM slechts 3 voorwaarden worden gesteld.

Nochtans moet aan deze vaststelling niet al te veel belang worden gehecht. Een eerste verschil tussen artikel 52 lid 1 van het Handvest en artikel 8 lid 2 EVRM, is het feit dat de voorwaarde dat een beperking de wezenlijke inhoud van de rechten en vrijheden moet eerbiedigen, niet voorkomt in de tekst van het EVRM, doch de voorwaarde komt wel voor in de rechtspraak van het EHRM, zonder dat het er evenwel als een vast criterium wordt gehanteerd²¹⁸. De voorwaarde dat een beperking de wezenlijke inhoud van de rechten en vrijheden moet eerbiedigen kwam wel voor in de rechtspraak van het Hof van Justitie, zodat de opname van deze voorwaarde in het Handvest een codificatie vormt van deze rechtspraak. Daarnaast valt op dat de beperking niet alleen moet voldoen aan het proportionaliteitsbeginsel, maar *ook* noodzakelijk moet zijn (voorwaarde 4 en 5). Hierna zal uit de studie van de rechtspraak van het EHRM betreffende artikel 8 EVRM blijken dat de noodzakelijkheidsvereiste die in de tekst van artikel 8 lid 2 van het EVRM wordt gesteld, door het EHRM wordt gecontroleerd door zowel na te gaan of de maatregelen wel *noodzakelijk* is om het beoogde legitieme doel te bereiken, als door na te gaan over de maatregel wel *proportioneel* is met het beoogde doel en hierbij een belangenafweging te maken. Hierna zal overigens eveneens blijken dat beide criteria in wezen met elkaar verweven zijn in die zin dat een maatregel die niet noodzakelijk is om een beoogd doel te bereiken, ook nooit kan worden beschouwd als een evenredige maatregel. Ook de verwijzing naar het proportionaliteitsbeginsel in artikel 52 lid 1 van het Handvest vormt dus geen inhoudelijke afwijking van de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 lid 2 EVRM, zoals dit door het EHRM wordt ingevuld. De verwijzing naar het proportionaliteitsbeginsel in artikel 52 lid 1 van het Handvest kan wellicht worden verklaard vanuit de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie op grond waarvan het evenredigheidsbeginsel als een zelfstandig algemeen beginsel van gemeenschapsrecht wordt beschouwd²¹⁹, ondertussen ook opgenomen in

²¹⁸ Zie hierover F. DEBUSSERE, "Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie", *jura falconis*, 2001-2002, nr. 1, 51

²¹⁹ Volgens deze rechtspraak moet *elke* handeling in uitvoering van het gemeenschapsrecht volgens dit beginsel "binnen de grenzen blijven van wat geschikt en noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de rechtmatige doelstellingen die met de betrokken regeling wordt nagestreefd, met dien verstande dat, wanneer een keuze mogelijk is tussen meerdere geschikte maatregelen, die maatregel moet worden gekozen die de minste belasting met zich brengt, en dat de veroorzaakte nadelen niet onevenredig mogen zijn aan het nagestreefde doel" (zie HvJ 13 november 1990, C-331-88, FEDESA, overweging 13; HvJ 5 oktober 1994, C-133/93, C-300/93 en C-362/93, CRISPOLTONI, overweging 41; HvJ 12 juli 2001, C-189/01, JIPPES, overweging 80-81; HvJ 8 juli 2010, C-343/09, AFTON CHEMICAL, overweging 45). Ook in het kader van de beoordeling van maatregelen die erop gericht zijn de juiste heffing van de belasting te verzekeren, zal het Hof van Justitie stellen dat de lidstaten bij

artikel 5 VEU²²⁰. Kortom, de voorwaarden waaraan een beperking van een grondrecht moeten voldoen onder het Handvest wijken niet af van de voorwaarden gehanteerd door het EHRM betreffende artikel 8 EVRM²²¹. In de praktijk zal het Hof van Justitie de conformiteit met artikel 7 van het Handvest controleren door de bestreden maatregel doorgaans²²² te toetsen aan *drie* voorwaarden, net als dit het geval is in de rechtspraak van het EHRM, nl. (1) of er een wettelijke basis was; (2) of de inmenging beantwoordt aan en door de Unie erkende doelstelling van algemeen belang en (3) of de inmenging evenredig is²²³. Voor de inhoudelijke invulling van de voorwaarde dat de inmenging evenredig moet zijn verwijst het Hof van Justitie dan ook vaak naar de omschrijving die het aan het evenredigheidsbeginsel als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht heeft gegeven²²⁴, al wordt evenzeer en in de toepassing in concreto van dit principe verwezen naar de rechtspraak van het EHRM²²⁵. De invulling van het evenredigheidsbeginsel als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht overlapt ook met de invulling van de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 EVRM. Het evenredigheidsbeginsel als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht omvat immers drie componenten, die – zoals hierna zal blijken – ook volledig terug te vinden zijn in de wijze waarop het EHRM de noodzakelijkheidsvereiste toetst. Met name moet een maatregel, om conform te zijn aan het evenredigheidsbeginsel als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht, (1) binnen de grenzen blijven van wat *geschikt* en *noodzakelijk* is voor de verwezenlijking van de rechtmatige doelstellingen die met de betrokken regeling wordt nagestreefd, met dien verstande dat, (2) wanneer een keuze mogelijk is tussen meerdere geschikte maatregelen, die maatregel moet worden gekozen die de *minste belasting* met zich brengt, en (3) dat de veroorzaakte nadelen *niet onevenredig* mogen zijn aan het nagestreefde doel. Het feit dat de noodzakelijkheids/evenredigheidstoets dus op dezelfde wijze gebeurt, is in overeenstemming met artikel 6 lid 3 van de VEU op grond waarvan alle grondrechten, zoals

de uitoefening van hun bevoegdheden de algemene rechtsbeginselen die deel uitmaken van de rechtsorde van de Unie, waaronder met name het rechtszekerheids-, het evenredigheids- en het vertrouwensbeginsel, moeten naleven (HvJ 7 december 2010, C-285/09, R., overweging 45 met verwijzing naar HvJ 18 december 1997, C-286/94, C-340/95, C-401/95 en C-47/96, MOLENHEIDE e.a., overweging 48; HvJ 11 mei 2006, C-384/04, FEDERATION OF TECHNOLOGICAL INDUSTRIES e.a., overweging 29 en 30, en HvJ 21 februari 2008, C-271/06, NETTO SUPERMARKET, overweging 18). Wat in het bijzonder het evenredigheidsbeginsel betreft, stelt het Hof van Justitie dat de maatregelen die de lidstaten kunnen vaststellen, overeenkomstig dit beginsel “*niet verder mogen gaan dan wat nodig is ter bereiking van het doel om de juiste heffing van de belasting en de voorkoming van fraude te waarborgen*” (HvJ 29 juli 2010 C-188/09 PROFACTOR, overweging 26; HvJ 17 december 2015 C-419/14 WEBMINDLICENCES KfT, overweging 74)

²²⁰ Artikel 5.1 VEU: “*De afbakening van de bevoegdheden van de Unie wordt beheerst door het beginsel van bevoegdheidstoedeling. De uitoefening van die bevoegdheden wordt beheerst door de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid.*” en artikel 5.4 VEU: “*Krachtens het evenredigheidsbeginsel gaan de inhoud en de vorm van het optreden van de Unie niet verder dan wat nodig is om de doelstellingen van de Verdragen te verwezenlijken.*”

²²¹ Zie ook Background paper van de Europese Toezichthouder voor Gegevensbescherming (EDPS): “*developping a “toolkit” for assessing the necessity of measures that interfere with fundamental rights*, 16 juni 2016 waarin de EDPS stelt dat het begrip “*necessity*” op dezelfde wijze wordt ingevuld door het HvJ als door het EHRM

²²² In de zaak DIGITAL RIGHTS zal het Hof van Justitie ook uitdrukkelijk controleren of de wezenlijke inhoud van het recht niet is geschonden: HvJ 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, DIGITAL RIGHTS IRELAND

²²³ Zie bv. HvJ 9 november 2010, C-92/09 en C-93/09, VOLKER und MARKUS SCHECKE HvJ 17 december 2015 C-419/14 WEBMINDLICENCES KfT, randnummer 73.

²²⁴ HvJ 29 juli 2010, C-188/09, PROFACTOR, overweging 26; HvJ 9 november 2010, C-92/09 en C-93/09, VOLKER en MARCUS SCHECKE en HARTMUT EIFERT, overweging 74; HvJ 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, DIGITAL RIGHTS IRELAND, overweging 46; HvJ 17 december 2015 C-419/14 WEBMINDLICENCES KfT, overweging 74

²²⁵ HvJ 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, DIGITAL RIGHTS IRELAND, overweging 47; HvJ 17 december 2015 C-419/14 WEBMINDLICENCES KfT, overweging 75 ev.

gewaarborgd door het EVRM, als algemene beginselen deel uitmaken van het recht van de Unie²²⁶.

76. Tot slot moet worden opgemerkt dat artikel 7 van het Handvest in het kader van dit onderzoek slechts in een veel beperkter aantal gevallen zal kunnen worden ingeroepen, dan dit het geval is voor de artikelen 8 EVRM en 22 van de Grondwet. Daar waar deze laatste twee bepalingen in principe als toetssteen kunnen worden gebruikt voor elk overheidsoptreden, zal het Handvest slechts kunnen worden ingeroepen ten aanzien van overheids-handelingen waarmee in wezen uitvoering wordt gegeven aan het Unierecht²²⁷. Dit laatste moet weliswaar ruim worden geïnterpreteerd. Het opleggen van belastingboeten en het instellen van een strafvervolging bijvoorbeeld wordt immers ook beschouwd als een handeling waarbij het Unierecht wordt ten uitvoer gelegd in de mate dat deze belastingboeten en strafvervolging verband houden met de naleving van de btw-Richtlijn²²⁸. Ondanks deze ruime interpretatie kan wel worden gesteld dat – *in principe* - het verzamelen van informatie met het oog op het vestigen van de inkomstenbelastingen niet aan artikel 7 van het Handvest kan worden getoetst. Dit betekent niet dat geen enkele vorm van verzameling van informatie in het kader van de inkomstenbelastingen aan het Handvest zou kunnen worden getoetst. De verzameling van informatie die gebaseerd is op de Europese richtlijnen betreffende uitwisseling van belastinginformatie, zal bijvoorbeeld wel aan het Handvest kunnen worden getoetst²²⁹.

77. Tot slot kan nog worden benadrukt dat de rechtsbescherming die door artikel 8 EVRM wordt verleend, als een absolute minimumgrens dient te worden beschouwd. Deze gedachte wordt vertolkt door artikel 53 van het EVRM zelf waarin staat dat geen bepaling van het EVRM zal worden uitgelegd als beperkingen op te leggen of inbreuk te maken op de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, welke verzekerd kunnen worden als gevolg van de wetten van enige hoge verdragsluitende partij of als gevolg van enig ander verdrag waarbij de hoge verdragsluitende partij, partij is.

²²⁶ Zie ook: Background paper van de Europese Toezichthouder voor Gegevensbescherming (EDPS): “developping a “toolkit” for assessing the necessity of measures that interfere with fundamental rights, 16 juni 2016, waarin naar artikel 6(3) van de VEU wordt verwezen om de stelling in te nemen dat voor de invulling van het begrip “necessity” in artikel 7 en 8 van het Handvest (ook) moet worden teruggegrepen naar de rechtspraak van het EHRM inzake de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 lid 2 van het EVBM

²²⁷ Artikel 51 van het Handvest: “De bepalingen van dit Handvest zijn gericht tot de instellingen, organen en instanties van de Unie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, alsmede, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen, tot de lidstaten (...)”. Voor toepassingen in Belgische zaken: HvJ 1 maart 2011, C-457/09, CHARTRY, overweging 25 (Belgische zaak over de al dan niet terugwerkende kracht van artikel 49 van de programmawet van 9 juli 2004 (B.S. 15 juli 2004) op grond waarvan een dwangbevel moet worden geïnterpreteerd als een verjaringsstuitende handeling in de zin van artikel 2244 van het Belgisch Burgerlijk Wetboek, zelfs indien de belastingschuld wordt betwist) en HvJ 22 september 2011, C-538/10, LEBRUN (eveneens een Belgische zaak over een gemeentelijk belastingreglement). Zie hierover: H. SEVERIJNS, “Inroepbaarheid van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie”, *Jura Falc.* 2013-14, afl. 4, 1003-1035

²²⁸ HvJ 26 februari 2013, C-617/10, AKERBERG FRANSSON

²²⁹ Volledigheidshalve moet worden opgemerkt dat het Handvest ook alleen kan worden ingeroepen ten aanzien van overheids-handelingen genomen op of na 1 december 2009 (T. BARKHUYSEN en A.W. BOS, “De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht”, *Jbplus* 2011, 8). Is een overheids-handeling eerder gesteld dan moet worden teruggevallen op de door het Hof van Justitie ontwikkelde rechtspraak inzake de algemene beginselen van het Unierecht (zie rechtshistorisch onderzoek). Het Handvest is wel onmiddellijk van toepassing op toekomstige gevolgen van een situatie die is ontstaan voor 1 december 2009 (T. BARKHUYSEN, en A.W. BOS, “De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht”, *Jbplus* 2011, 8 met verwijzing naar HvJ 14 januari 2010)

78. Gelet op bovenstaande zal de draagwijdte van het recht op privéleven worden onderzocht door een onderzoek naar de draagwijdte van artikel 8 EVRM. Waar artikel 22 van de Grondwet een ruimere rechtsbescherming biedt, met name op het vlak van de legaliteitsvereiste (een formele wet is vereist), zal nader worden ingegaan op artikel 22 van de Grondwet.

II. Interpretatie van de gekozen rechtsbron

79. De draagwijdte van artikel 8 EVRM zal in wezen worden bepaald door het EHRM dat bevoegd is om dit artikel te interpreteren. Het onderzoek naar de draagwijdte van artikel 8 EVRM is dan ook op de eerste plaats gebeurd door een studie te maken van de rechtspraak van het EHRM betreffende artikel 8 EVRM, hoofdzakelijk doch niet uitsluitend toegespitst op uitspraken die relevant zijn voor de centrale onderzoeksvraag.

80. Artikel 8 EVRM wordt evenwel ook geïnterpreteerd door het Hof van Justitie. Dit is het geval in de zaken waarin het Hof van Justitie wordt gevraagd een maatregel te toetsen aan artikel 7 van het Handvest en het Hof van Justitie voor de interpretatie van artikel 7 van het Handvest teruggrijpt naar artikel 8 EVRM²³⁰. Ook in de periode voorafgaand aan de inwerkingtreding van het Handvest, zal het Hof van Justitie in zijn rechtspraak het recht op privéleven als algemeen rechtsbeginsel erkennen, waardoor ook de rechtspraak uit deze periode relevant kan zijn. Ook in zaken waarin het Hof van Justitie dient te oordelen over een verwerking van persoonsgegevens in de zin van de Richtlijn 95/46, zal het Hof van Justitie zich vaak uitspreken over de vraag of de aan de orde zijnde verwerking een inmenging vormde in het recht op privéleven zoals gegarandeerd door artikel 7 van het Handvest en artikel 8 EVRM²³¹. Het is overigens vooral in het kader van maatregelen van de gegevensverwerkingen dat de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake artikel 7 van het Handvest de laatste jaren een boost heeft gekregen. Een aantal mijlpaalarresten die in dat kader geveld zijn zullen bij de bespreking van de draagwijdte van het recht op privéleven aan bod komen²³².

81. Ook het Grondwettelijk Hof interpreteert op dezelfde wijze artikel 8 EVRM in de gevallen waarin het wordt gevraagd om een wettelijke bepaling te toetsen aan artikel 22 van de Grondwet. Het Grondwettelijk Hof zal dit grondwetsartikel met name interpreteren als onlosmakelijk geheel met artikel 8 EVRM. Het Grondwettelijk Hof heeft de gelegenheid gehad zich uit te spreken over een aantal fiscale onderzoeksmaatregelen, die in het kader van dit onderzoek worden bestudeerd, en hun conformiteit met artikel 22 GW. Uiteraard komen ook deze uitspraken aan bod in het kader van de bespreking van de draagwijdte van het recht op privéleven in het algemeen.

²³⁰ Zie bv. HvJ 5 oktober 2010 C-400/10 J. McB., overweging 53; HvJ 15 november 2011, C-256/11, DERECI e.a., overweging 70; HvJ 17 december 2015 C-419/14 WEBMINDLICENCES Kft, randnummer 77

²³¹ Zie bv. HvJ 20 mei 2003 C-465/00, C-138/01 en C-139/01, OSTERREICHISCHER RUNDFUNK, overweging 73.

²³² Zie o.m. de ook in de niet-gespecialiseerde media aan bod gekomen zaken Digital Rights Ireland (HvJ 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, DIGITAL RIGHTS IRELAND)

III. Verticale werking en onrechtstreekse horizontale werking van artikel 8 EVRM

82. Artikel 8 EVRM heeft in hoofdzaak een verticale werking. Het is een grondrecht dat is geconcipieerd om rechtsbescherming te bieden tegen het handelen van de overheid, dat als een inmenging in het privéleven dient te worden beschouwd. De studie van de rechtspraak waarbij invulling wordt gegeven aan artikel 8 EVRM is dan ook in hoofdzaak relevant voor de beoordeling van de gegevensinzameling *door de overheid*.

83. In het inleidend hoofdstuk werd evenwel aangegeven dat bij de studie van de gegevensstromen een onderscheid zal worden gemaakt tussen de belastingplichtige, de overheid en de derde/niet-overheid als bron van informatie. Hierbij zal ook – in het bijzonder in de afdeling over de rechtsbescherming - aandacht worden besteed aan het *aanwenden* door de fiscale administratie van informatie die zij heeft verkregen van een andere overheid of van een derde, die de informatie op hun beurt hebben verkregen met schending van het recht op privéleven. Wat betreft het verkrijgen van informatie van derden/niet-overheden die het recht op privéleven hebben geschonden van – in casu – de belastingplichtige ten aanzien van wie de fiscus de bedoelde gegevens voor taxatiedoeleinden aanwendt, rijst de vraag wat moet worden verstaan onder een “schending van het privéleven”. Kan de studie van de rechtspraak waarbij artikel 8 EVRM wordt geïnterpreteerd, bijdragen tot inzicht over welke handelingen van een derde (niet-overheid) als een schending van het privéleven moeten worden beschouwd?

84. Artikel 8 EVRM heeft niet alleen een verticale werking, maar in wezen ook een *onrechtstreekse horizontale werking*, dit in het kader van de in de rechtspraak van het EHRM ontwikkelde positieve plichtenleer²³³. Hoewel het essentiële voorwerp van artikel 8 EVRM erin bestaat om bescherming te bieden tegen de arbitraire inmenging door de overheid in het privéleven, heeft het EHRM al vrij snel in zijn rechtspraak aanvaard dat er uit artikel 8 EVRM ook positieve verplichtingen voortvloeien voor de lidstaten om het recht op privéleven te waarborgen²³⁴, te onderscheiden van de principiële negatieve verplichting voor de overheid om zich te onthouden van inmenging. Deze positieve verplichtingen voor de lidstaten houden in dat zij moeten instaan voor een effectieve rechtsbescherming van het recht op privéleven, hetzij door te zorgen voor een adequaat juridisch kader (taak van de wetgever), hetzij door het nationale recht toe te passen (uitvoerende macht en rechterlijke

²³³ Zie een van de meest recente studies over positieve plichtenleer: L. LAVRYSEN, *Human Rights in a positive state: rethinking the relationship between positive and negative obligations under the European Convention on Human Rights*, dissertation UGent, april 2016, 347 p.

²³⁴ Algemeen wordt het Belgische arrest Marckx hier al een mijlpaalarrest gezien: EHRM 13 juni 1979 MARCKX/België (§31). Het betreft ook een arrest in de context van artikel 8 EVRM. Er was sprake van een schending van artikel 8 EVRM omdat de Belgische wetgeving inzake erfrecht in de aan het Hof voorgelegde casus als ontoereikend werd beschouwd om rechtsbescherming te bieden in het kader van artikel 8 EVRM; zie ook: EHRM 26 maart 1985, X. en Y./Nederland (eveneens in de context van artikel 8 EVRM, waarbij de Nederlandse wetgeving ontoereikend werd beschouwd om rechtsbescherming te bieden in het kader van artikel 8 EVRM vermits een mentaal gehandicapt meisje geen klacht kon indienen tegen haar sexuele agressor). De positieve plichtenleer wordt soms ook afgeleid uit artikel 1 EVRM: “*De Hoge Verdragsluitende Partijen verzekeren eenieder, die ressorteert onder haar rechtsmacht, de rechten en vrijheden welke zijn vastgesteld in de Eerste Titel van dit Verdrag*” (zie bv. F. HENDRICKX, *Privacy en arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 1999, 22; L. LAVRYSEN, *Human Rights in a positive state: rethinking the relationship between positive and negative obligations under the European Convention on Human Rights*, dissertation Ugent, april 2016, 4 en verwijzingen aldaar)

macht) op een wijze die met het artikel 8 EVRM in overeenstemming is²³⁵. In artikel 22 van de GW wordt deze positieve verplichting overigens uitdrukkelijk opgenomen²³⁶. De lidstaten moeten niet alleen toezien op een adequate bescherming tegen schendingen van het recht op privéleven door de overheid²³⁷. Zij moeten er ook op toezien dat er voldoende rechtsbescherming is in het kader van schendingen van het recht op privéleven door privépersonen (hier bedoeld als: natuurlijke en rechtspersonen die niet tot de overheid kunnen worden gerekend)²³⁸. In de context van de positieve verplichtingen heeft artikel 8 EVRM dus een zekere onrechtstreekse²³⁹ horizontale werking²⁴⁰.

85. Deze uit de positieve plichtenleer afgeleide (onrechtstreekse) horizontale werking, impliceert evenwel nog niet dat artikel 8 EVRM ook op directe wijze doorwerkt in verhoudingen tussen privépersonen, in die zin dat privépersonen zich rechtstreeks op dit grondrecht kunnen beroepen in hun onderlinge verhouding²⁴¹. Wel blijkt het zo te zijn dat de rechtspraak van de meeste Europese lidstaten aan het recht op privéleven de facto en steeds vaker ook een zekere horizontale werking toekent, hetzij doordat wordt toegestaan dat de privépersoon zich in zijn verhouding ten opzichte van een andere privépersoon rechtstreeks op artikel 8 EVRM beroept, hetzij doordat de hoven en rechtbanken bij de invulling van open rechtsbegrippen (zoals goede trouw, openbare orde, billijkheid, zorgvuldigheid, ...) teruggrijpen naar het recht op privéleven²⁴². In de rechtsleer wordt dit

²³⁵ L.F.M. VERHEY, *Horizontale werking van grondrechten in het bijzonder het recht op privacy*, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1992, 59-60; F. HENDRICKX, *Privacy en arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 1999, 22-23

²³⁶ Artikel 22 lid 2 GW: "De wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel waarborgen de bescherming van dat recht"

²³⁷ Er kan bijvoorbeeld sprake zijn van een schending van de positieve plichten die voortvloeien uit artikel 8 EVRM doordat de lidstaat geen adequaat juridisch kader heeft dat toelaat dat een particulier inzage kan nemen van het dossier dat door een overheidsdienst wordt bijgehouden over diens jeugdijaren (EHRM 7 juli 1989 GASKIN/ VK)

²³⁸ Er kan bijvoorbeeld sprake zijn van een schending van de positieve plichten die voortvloeien uit artikel 8 EVRM doordat de lidstaat geen adequaat juridisch kader heeft dat toelaat dat strafvervolgning wordt ingesteld tegen een persoon die seksueel geweld pleegt ten aanzien van een mentaal gehandicapt persoon (EHRM 26 maart 1985, X. en Y./Nederland)

²³⁹ Want via de aansprakelijkheid van de staat

²⁴⁰ Ook wel derdenwerking genoemd. Het begrip is afkomstig uit Duitsland (Drittwirkung) en werd er als rechtsfiguur ontwikkeld in de jaren '50 bestemd om het recht aan te vullen daar waar het privaatrecht faalt in de bescherming van fundamentele rechten (B.J.DE VOS, *Horizontale werking van grondrechten*, Apeldoorn-Antwerpen, Maklu, 2010, 9 ev.). Zie over de positieve plichtenleer en de indirecte horizontale werking ervan: L.F.M. VERHEY, *Horizontale werking van grondrechten in het bijzonder het recht op privacy*, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1992, 48 ev.; P. DE HERT, *Artikel 8 EVRM en het Belgisch recht. De bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 45-55

²⁴¹ Het EHRM heeft ook gesteld dat ze over deze doorwerking in het nationale recht geen uitspraak wil doen: EHRM 28 juni 2001, VgT VEREIN GEGEN TIERFABRIKEN/Zwitserland (§46): "La Cour estime qu'il n'est pas souhaitable, encore moins nécessaire, d'élaborer une théorie générale concernant la mesure dans laquelle les garanties de la Convention doivent être étendues aux relations entre les personnes privées". Ondanks deze stelling gaat de invulling van de positieve verplichtingen van de lidstaat door het EHRM soms zo ver dat zij een de facto erkenning van de directe horizontale werking van grondrechten impliceert. Dit was bijvoorbeeld het geval in de zaak VAN KÜCK (EHRM 12 juni 2003, VAN KÜCK/Duitsland), waarbij het EHRM oordeelde dat Duitsland te kort schoot in haar positieve verplichtingen omdat de Duitse rechtbank een onevenredige bewijslast oplegde aan een persoon die aan de verzekeringsmaatschappij terugbetaling vroeg van de kosten van een ingreep in het kader van zijn transsexualiteit. Zie hierover ook L.F.M. VERHEY, *Horizontale werking van grondrechten in het bijzonder het recht op privacy*, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1992, 487 p.; F. HENDRICKX, *Privacy en arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 1999, 20 ev.; B.J.DE VOS, *Horizontale werking van grondrechten*, Apeldoorn-Antwerpen, Maklu, 2010, 298 p.; S. SOMERS, *Aansprakelijkheid en mensenrechten*, Intersentia, 2016, 34.

²⁴² Voor uitvoerige studies over de horizontale werking van grondrechten: L.F.M. VERHEY, *Horizontale werking van grondrechten in het bijzonder het recht op privacy*, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1992, 231-332 (onderzoek voor Nederland); F. HENDRICKX, *Privacy en arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 1999, 24 (België); Een eerste omvangrijke studie over de horizontale werking van grondrechten gebeurde echter pas in 2009 door N. Van Leuven in het kader van haar proefschrift over contracten en mensenrechten: N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia 2009, 582 p. (België); zie daarna ook B.J.DE VOS, *Horizontale werking*

respectievelijk de *directe horizontale* en de *indirecte horizontale werking* van grondrechten genoemd.²⁴³

86. In België ging de grondwetgever bij de invoering van artikel 22 van de Grondwet in 1993-1994 ervan uit dat deze bepaling ook een functie had in de bescherming tegen inmengingen van niet alleen de overheid, maar ook van particulieren²⁴⁴. In de Belgische rechtspraak blijken er al sinds de jaren '50 van de vorige eeuw uitspraken te zijn geveld waarbij er in horizontale verhoudingen al bijna intuïtief expliciet werd verwezen naar grondrechten, zonder dat daar veel discussie aan te pas is gekomen over de (al dan niet directe) horizontale werking van grondrechten²⁴⁵. Deze (al dan niet directe) horizontale doorwerking van grondrechten in particuliere verhoudingen blijkt in de rechtspraak evenwel niet zeer consequent te gebeuren²⁴⁶.

87. Wanneer de rechtspraak dan al toestaat dat privépersonen zich in hun onderlinge verhouding rechtstreeks beroepen op artikel 8 EVRM, dan wordt zeer verscheiden omgegaan met de invulling van dit grondrecht in particuliere verhoudingen²⁴⁷. Zo bijvoorbeeld oordeelde het Hof van Cassatie in een arrest van 9 september 2008 dat het gebruiken van een telefoongesprek dat is opgenomen door één van de deelnemers van dit gesprek, een inbreuk kan zijn op artikel 8 EVRM en dat de rechter in zijn beoordeling of dit het geval is moet rekening houden met de redelijke privacyverwachting²⁴⁸. In een arrest van het Hof van Cassatie van 27 februari 2001 werd dan weer nagegaan of de inmenging in het privéleven (nl. de camerabewaking van een werknemer) een legitiem doel diende (in casu was dit het geval omdat er redenen waren om aan te nemen dat de werknemer misdrijven pleegde en de camerabewaking gericht was op de aangifte van de feiten bij de overheid) en of de inmenging wel proportioneel was met dit legitiem doel²⁴⁹. De vereiste van de

van *grondrechten*, Apeldoorn-Antwerpen, Maklu, 2010, 298 p. (rechtsvergelijkend) en S. SOMERS, *Aansprakelijkheid en mensenrechten*, Intersentia, 2016, 788 p.

²⁴³ Zie over dit onderscheid bv. L. LAVRYSEN, *Human Rights in a positive state: rethinking the relationship between positive and negative obligations under the European Convention on Human Rights*, dissertation Ugent, april 2016, 12 met verwijzingen aldaar, maar ook: S. SOMERS, *Aansprakelijkheid en mensenrechten*, Intersentia, 2016, 186-187; F. HENDRICKX, *Privacy en arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 1999, 25. De indirecte horizontale werking van de grondrechten is een logisch gevolg van de verplichting van de hoven en rechtbanken om het nationaal recht verdragsconform te interpreteren.

²⁴⁴ *Parl.St.* Senaat 1993-1994, nr. 100-4/2°, 3

²⁴⁵ B.J.DE VOS, *Horizontale werking van grondrechten*, Apeldoorn-Antwerpen, Maklu, 2010, 39 en de verwijzingen aldaar. DE VOS signaleert dat de discussie over de directe horizontale werking van grondrechten pas in de jaren '80 in de Vlaamse doctrine is opgedoken, hoewel er dus al veel eerder de facto toepassing van werd gemaakt in de rechtspraak. Zie hierover ook: F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Brussel, Bruylant, 1990, 680; N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia 2009, 582 p. Voorbeelden: Cass. 6 april 1960, aangehaald door N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia 2009, 190-193 waarin toepassing werd gemaakt van de evenwichtsleer in het kader van burenhinder waarbij er geen fout voorhanden was in de zin van artikel 1382 BW. Volgens VAN LEUVEN liet het Hof van Cassatie hier het recht op eigendom direct en horizontaal doorwerken.

²⁴⁶ N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia 2009, 188; S. SOMERS, *Aansprakelijkheid en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 199 en 231. N. Van Leuven maakte in haar proefschrift een aantal hypothesen over de situaties waarin de grondrechten in de Belgische rechtsorde directe dan wel indirecte horizontale werking zouden krijgen. De rechtspraak van de lagere hoven en rechtbanken ondersteunen deze hypothesen evenwel niet.

²⁴⁷ Zie hierover N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia 2009, 190-193

²⁴⁸ Cass. 9 september 2008, www.cass.be

²⁴⁹ Cass. 27 februari 2001, www.cass.be; zie ook bv. Vred. Roeselare 24 juni 1998, *T. Vred.* 1998, 319, aangehaald door N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia 2009, 200-201, waarin de Vrederechter van Roeselare oordeelde dat een opdracht aan een privédetective om vrouwen heimelijk te fotograferen zonder dat daartoe een legitieme reden bestond (zoals huwelijkstrouw, ...), strijdig is met artikel 8 EVRM en de overeenkomst tussen de opdrachtgever en de detective dus nietig is.

wettelijke basis lijkt niet te worden gesteld als vereiste die ook in horizontale verhoudingen moet worden voldaan om te kunnen spreken van een schending van het recht op privéleven, zeker niet wanneer de inmenging in het grondrecht een contractuele basis kent²⁵⁰. Er wordt dus hoogstens alleen nagegaan of de inmenging proportioneel was en of zij een legitiem doel diende. Dit legitiem doel is dan wel niet noodzakelijk één van de legitieme doelen die worden opgesomd in artikel 8 lid 2 EVRM²⁵¹.

88. Bijgevolg kunnen we stellen dat in de Belgische rechtsorde er onzekerheid bestaat over de vraag of de rechter een handeling van een burger ten aanzien van een andere burger als een schending van het recht op privéleven zal willen beschouwen in de zin van artikel 8 EVRM. Vaak is dit vraagstuk ook een zeer theoretisch vraagstuk aangezien de nationale wetgeving vaak voldoende rechtsbescherming zal verlenen in het kader van handelingen die als een inmenging in het privéleven worden gevoeld. Zo zal de diefstal van financiële informatie van cliënten van een bank door een ex-werknemer van die bank, weliswaar worden gevoeld als een schending van het recht op privéleven van de betrokken cliënten, maar zal de strafrechtelijke sanctioneerbaarheid van deze schending, vaak als voldoende rechtsbeschermend worden gevoeld. Nochtans is de vraag of dit misdrijf ook een schending van het recht op privéleven vormt wel relevant, in de mate dat – wat hierna zal blijken in de afdeling over de rechtsbescherming – bij de aanwending door de fiscale administratie van gegevens die met schending van het recht op privéleven door een derde zijn verkregen een verdergaande rechtsbescherming wordt verleend, dan wanneer de gegevens zouden zijn bekomen op een weliswaar illegale of onzorgvuldige wijze, doch die niet als een schending van het recht op privéleven kan worden beschouwd. Los van de inconsistente houding die er in de Belgische rechtspraak blijkt te bestaan over de wijze waarop een schending van het recht op privéleven wordt beoordeeld, lijkt artikel 8 EVRM (behoudens wat betreft de legaliteitsvereiste) en de internationale rechtspraak waarbij invulling wordt gegeven aan dit grondrecht, ook in de verhouding tussen particulieren (of

²⁵⁰ Dit wordt afgeleid uit Cass. 27 april 2006 (*Arr.Cass.* 2006, afl. 4, 986) waarbij de uitoefening van het retentierecht werd beschouwd door de eiser als strijdig met artikel 1 van het Aanvullend Protocol bij het EVRM (recht op eigendom) dat een wettelijke basis voorschrijft als vereiste om het recht op eigendom te kunnen inperken. Het Hof van Cassatie stelt evenwel dat het rechtmatig uitoefenen van het retentierecht in de horizontale relatie die aan het Hof ter beoordeling werd voorgelegd geen schending vormde van het recht op eigendom. Zie hierover N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia 2009, 190 alsook S. SOMERS, *Aansprakelijkheid en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 232. Ook in de lagere rechtspraak wordt de vereiste van de wettelijke basis niet weerhouden om de schending van een grondrecht in horizontale verhouding te beoordelen (zie bv. arbrb. Brugge 13 december 1993, *Soc. Kron.* 1994, afl. 2, 79). Hiermee sluit het Hof van Cassatie in wezen aan bij de rechtspraak van het EHRM inzake de positieve verplichtingen van een lidstaat ten aanzien van het respect voor het recht op privéleven in horizontale verhoudingen. Ook wanneer het EHRM nagaat of een lidstaat is te kort gekomen in zijn positieve verplichtingen om rechtsbescherming te bieden in het kader van artikel 8 EVRM, zal er geen controle gebeuren van de aanwezigheid van de wettelijke basis (zie hierover L. LAVRYSEN, *Human Rights in a positive state: rethinking the relationship between positive and negative obligations under the European Convention on Human Rights*, dissertation Ugent, april 2016, 203 ev.). L. LAVRYSEN verdedigt nochtans dat deze controle van de legaliteit wel mogelijk moet zijn in het kader van de beoordeling van de positieve verplichtingen van de lidstaat ten aanzien van de bescherming van een grondrecht (L. LAVRYSEN, *Human Rights in a positive state: rethinking the relationship between positive and negative obligations under the European Convention on Human Rights*, dissertation Ugent, april 2016, 292-303)

²⁵¹ Ook dit komt overeen met de rechtspraak van het EHRM inzake de positieve verplichtingen (L. LAVRYSEN, *Human Rights in a positive state: rethinking the relationship between positive and negative obligations under the European Convention on Human Rights*, dissertation Ugent, april 2016, 204 ev.) Ook hier verdedigt L. LAVRYSEN dat deze legitieme doelen van § 2 EVRM bruikbaar zijn in het kader van de beoordeling van de positieve verplichtingen (L. LAVRYSEN, *Human Rights in a positive state: rethinking the relationship between positive and negative obligations under the European Convention on Human Rights*, dissertation Ugent, april 2016, 303)

meer algemeen tussen niet-verheden) de enige relevante toetssteen om te beoordelen of er sprake is van een schending van het recht op privéleven.

§ 2 Onderzoek naar de draagwijdte van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens

I. Motivering voor de keuze van de onderzochte rechtsbron

89. In tegenstelling tot het recht op privéleven als grondrecht, dat in verschillende rechtsbronnen wordt vermeld, wordt het *algemeen* recht op de bescherming van de persoonsgegevens²⁵², vanuit Belgisch perspectief in wezen slechts door één rechtsbron beheerst. Dit is met name de Richtlijn 95/46 zoals die naar Belgisch recht werd omgezet in 1998 door de Wet Verwerking Persoonsgegevens. De Richtlijn 95/46 en de Wet Verwerking Persoonsgegevens zijn dan ook het belangrijkste uitgangspunt bij het onderzoek naar de draagwijdte van het recht op bescherming van de persoonsgegevens. Deze Richtlijn 95/46 wordt evenwel met ingang van 25 mei 2018 opgeheven om plaats te maken voor de Verordening 2016/679. Bijgevolg wordt bij het onderzoek naar de draagwijdte van het recht op bescherming van de persoonsgegevens beide rechtsinstrumenten als uitgangspunt genomen.

90. De Richtlijn 2016/680 heeft de verwerking van persoonsgegevens in het kader van het strafrecht en in het kader van de openbare veiligheid tot voorwerp (zie hierover randnummer 68 hierboven). De Richtlijn 2016/680 is van toepassing op elke verwerking van persoonsgegevens door de openbare overheid²⁵³ met het oog op de voorkoming, het onderzoek, de opsporing en de vervolging van strafbare feiten of de tenuitvoerlegging van straffen, met inbegrip van de bescherming tegen en de voorkoming van gevaren voor de openbare veiligheid (artikel 1 lid 1 en artikel 2 lid 1 van de Richtlijn 2016/680). Onder het begrip openbare overheid dient te worden verstaan, iedere overheidsinstantie die bevoegd is voor één van de voormelde politie – of veiligheidsdoeleinden (artikel 3, 7 a van de Richtlijn 2016/680). Hoewel de overtreding van de bepalingen van het wetboek inkomstenbelastingen strafrechtelijke gesanctioneerd kunnen worden (artikel 449 ev. W.I.B. 1992), zijn de regels van de Richtlijn 2016/680 niet van toepassing op de verwerking van persoonsgegevens die het voorwerp uitmaken van *dit onderzoek* dat beperkt is tot de inwinning van informatie met het oog op belastingheffing²⁵⁴. Ook wanneer een fiscale administratie de voor belastingdoeleinden verwerkte gegevens vervolgens doorgeeft aan bijvoorbeeld het openbaar ministerie met het oog op strafvervolging, blijven de verwerkingen van de persoonsgegevens door deze fiscale administratie onderworpen aan de Verordening 2016/679²⁵⁵. Omgekeerd zal ook het doorgeven van persoonsgegevens die

²⁵² De term “algemeen recht op de bescherming van de persoonsgegevens” wordt hier gebruikt om het te onderscheiden de rechtsregels waarin het recht op de bescherming van de persoonsgegevens wordt geregeld in specifieke omstandigheden of voor specifieke sectoren, en waarvoor soms meerdere rechtsbronnen bestaan.

²⁵³ En, daarmee gelijkgesteld, iedere andere instantie of entiteit die krachtens het recht van de lidstaat gemachtigd is om het openbaar gezag uit te oefenen in het kader van één van de doelstellingen van de Richtlijn 2016/680 (artikel 3, 7° b van de Richtlijn 2016/680)

²⁵⁴ Opgemerkt kan worden dat de Richtlijn 2016/680 mogelijks wel van toepassing kan zijn op de verwerking van persoonsgegevens door bepaalde afdelingen van de FOD Financiën

²⁵⁵ Zie overweging 11 van de Richtlijn 2016/680 waar wordt aangegeven dat ook bijvoorbeeld financiële instellingen die persoonsgegevens verwerken voor andere doeleinden dan politie – en veiligheidsdoeleinden,

oorspronkelijk werden ingezameld voor doeleinden bedoeld in de Richtlijn 2016/680 (dus politie – en veiligheidsdoeleinden), aan overheidsinstanties met het oog op het realiseren van andere doeleinden dan deze bedoeld in de Richtlijn 2016/680 (bijvoorbeeld fiscale doeleinden), worden beheerst door de regels van de Verordening 2016/679 en niet door de Richtlijn 2016/680 (artikel 9 lid 1 van de Richtlijn 2016/680)²⁵⁶. Het doorgeven van persoonsgegevens door het openbaar ministerie, die deze persoonsgegevens aanvankelijk inzamelde met het oog op een strafonderzoek, aan de fiscale administratie, met het oog op de vestigen van de belastingen (deze gegevensstroom wordt besproken in hoofdstuk 3 hierna), is dus een verwerking van persoonsgegevens die wordt beheerst door de Verordening 2016/679.

91. Uit het historisch onderzoek is gebleken dat de beide rechtsinstrumenten inhoudelijk in wezen door dezelfde krachtlijnen worden beheerst (zie hierover randnummer 67). In het onderzoek naar de draagwijdte van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens wordt ook getracht precies de diverse krachtlijnen en beginselen die dit recht beheersen, te identificeren en de juiste betekenis ervan te kennen. Uit de afdeling over de herkomst van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens is gebleken dat de inhoudelijke krachtlijnen van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens zijn:

- (1) de verwerking van de persoonsgegevens is slechts toegelaten in een limitatief aantal gevallen (vraag naar de toelaatbaarheid van de gegevensverwerking),
- (2) in de mate dat de verwerking van de persoonsgegevens toelaatbaar is, dient deze verwerking te gebeuren conform een aantal kwaliteitsvereisten, met als hoekstenen het finaliteitsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel en
- (3) ten slotte moet aan de betrokkenen een aantal rechten worden verleend die kaderen in het transparantiebeginsel (recht op informatie, toegang en dergelijke meer).

Het is gebleken dat deze beginselen ook de basis vormen van een reeks andere internationale rechtsbronnen van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens, zodat mag worden gesteld dat deze beginselen mondiale erkenning genieten. Omdat deze inhoudelijke krachtlijnen van de Richtlijn 95/46 ook in de Verordening 2016/679 verder worden gehanteerd, zal de wijze waarop deze krachtlijnen van de Richtlijn 95/46 werden geïnterpreteerd, verder doorwerken naar de Verordening 2016/679, behoudens uiteraard waar de Verordening uitdrukkelijk afwijkt van de Richtlijn 95/46.

92. Vermits in het kader van dit onderzoek wordt gezocht naar de inhoudelijke krachtlijnen van het persoonsgegevensbeschermingsrecht, worden bepalingen in de Richtlijn 95/46 en de Verordening 2016/679 betreffende de sanctionering van een schending van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens of betreffende enige andere vorm van preventieve rechtsbescherming niet op dezelfde wijze geanalyseerd als de bepalingen die van belang zijn voor het achterhalen van de inhoudelijke krachtlijnen van het persoonsgegevensbeschermingsrecht. Deze bepalingen worden wel kort aangehaald in de afdeling over de rechtsbescherming.

onder de Verordening 2016/679 vallen, ook al zal deze financiële instelling deze persoonsgegevens verder verwerken om tegemoet te komen aan een wettelijke verplichting en in dat kader bijvoorbeeld persoonsgegevens bewaren met het oog op het onderzoek, de opsporing en de vervolging van strafbare feiten

²⁵⁶ Overweging 34 van de Richtlijn 2016/680

93. Er wordt ook niet ingegaan op de regels betreffende het doorgeven van persoonsgegevens aan landen buiten de Europese Unie (artikel 25 en 26 van de Richtlijn 95/46²⁵⁷, artikel 21 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens, artikel 44 tot 50 van de Verordening 2016/679²⁵⁸). De onderzochte gegevensstromen zijn immers beperkt tot de inzameling van informatie naar de Belgische fiscale administratie toe. Het doorgeven van persoonsgegevens aan derde staten maakt dus niet het voorwerp uit van dit onderzoek.

94. Hoewel de Richtlijn 95/46 en de Verordening 2016/679 door dezelfde krachtlijnen worden beheerst, worden in de Verordening 2016/679 hier en daar begrippen die nog steeds dezelfde inhoud krijgen als in de Richtlijn 95/46 op een andere wijze benoemd (of

²⁵⁷ In grote lijnen gesteld komt deze regeling erop neer dat persoonsgegevens slechts mogen worden doorgegeven aan staten buiten de Europese Unie indien deze staat een passend beschermingsniveau waarborgt. Lidstaten mogen bovendien bijkomende voorwaarden opleggen. De Commissie kan daarbij formeel vaststellen dat een derde land al dan niet waarborgen verleent voor een passend beschermingsniveau. Zo bijvoorbeeld heeft de Commissie in de Beschikking 2000/520/EG van 26 juli 2000 geoordeeld dat de VS een passend beschermingsniveau bieden (de zogenaamde Safe Harbour beschikking). Deze beschikking werd door het Hof van Justitie in een veelbesproken arrest van 6 oktober 2015 vernietigd (HvJ 6 oktober 2015, C-632/12, SCHREMS) op verzoek van Maximiliaan Schrems, Facebookgebruiker, die aantoonde dat zijn persoonsgegevens via de Ierse dochteronderneming van Facebook worden doorgegeven aan servers op het grondgebied van de VS. Na de onthullingen van Edward Snowden over de NSA was gebleken dat de VS een onvoldoende beschermingsniveau biedt. Vervolgens kwam er een politiek akkoord tot stand tussen de EU en de VS in februari 2006 waar de VS zwaardere verbintenissen op zich nam inzake de bescherming van de persoonsgegevens van Europeanen (zogenaamd "Privacy Shield", inmiddels uitgemond in een beslissing van de Commissie op 12 juli 2016)). Indien er geen passend beschermingsniveau is voor bepaalde persoonsgegevens, moeten de lidstaten de nodige maatregelen treffen om het doorgeven van gegevens van dezelfde aard naar het betrokken derde land te voorkomen. De Commissie moet daarbij op het gepaste ogenblik onderhandelingen starten ter verhelping van de constatering dat er geen passend beschermingsniveau is (artikel 25 van de Richtlijn 95/46). Lidstaten kunnen beslissen om bepaalde persoonsgegevens toch door te geven aan een derde land dat geen passend beschermingsniveau waarborgt, in welbepaalde gevallen, onder meer wanneer de betrokkene daarvoor zijn ondubbelzinnige toestemming geeft of wanneer het doorgeven noodzakelijk of wettelijk verplicht is vanwege een zwaarwegend algemeen belang (artikel 26.1 van de Richtlijn 95/46). Dit zal met name het geval zijn indien een lidstaat verplicht is persoonsgegevens door te geven in het kader van een internationale overeenkomst. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een verplichting tot uitwisseling van persoonsgegevens in het kader van een dubbelbelastingverdrag. Daarnaast kan een lidstaat ook toestemming geven voor het doorgeven van persoonsgegevens naar derde staten zonder passend beschermingsniveau indien de verwerkingsverantwoordelijke in deze derde lidstaat zelf voldoende waarborgen biedt ten aanzien van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (artikel 26.2 van de Richtlijn 95/46). In België bepaalt de Wet Verwerking Persoonsgegevens dat deze toestemming in dat geval kan worden gegeven door de Koning, na advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (artikel 22 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens).

²⁵⁸ In de Verordening 2016/679 wordt het principe dat persoonsgegevens slechts mogen worden doorgegeven aan derde staten mits er een passend beschermingsniveau is, verder uitgewerkt. Kort gesteld kunnen persoonsgegevens worden doorgegeven aan derde staten op grond van een adequaatheidsbeslissing van de Commissie (artikel 45 van de Verordening 2016/679) waarbij wordt vastgesteld dat een derde land, een gebied in dit derde land of een bepaalde sector in dit derde land, een passend beschermingsniveau waarborgen. De adequaatheidsbeslissing moet minstens om de vier jaar worden getoetst, en kan worden gewijzigd, geschorst of ingetrokken. Indien er geen adequaatheidsbeslissing is, kunnen gegevens ook worden doorgegeven indien er passende waarborgen zijn en indien de betrokkene over doeltreffende rechtsmiddelen beschikt (artikel 46 van de Verordening 2016/679). Overheden kunnen deze passende waarborgen voorschrijven in administratieve regelingen, goedgekeurd door de toezichthoudende overheid of in andere juridisch bindende en afdwingbare instrumenten tussen overheden (artikel 46.2 van de Verordening 2016/679). Een rechterlijke uitspraak of een besluit van een administratieve autoriteit van een derde land op grond waarvan een verwerkingsverantwoordelijke persoonsgegevens moet doorgeven of verstrekken, mag daarnaast alleen op enigerlei wijze worden erkend indien zij gebaseerd zijn op een internationale overeenkomst, zoals een verdrag inzake wederzijdse rechtsbijstand, tussen het verzoekende derde landen en de Unie of een lidstaat (artikel 48 van de Verordening 2016/679). Uitwisseling van fiscale informatie op grond van een dergelijk internationale overeenkomst zal dus steeds mogelijk zijn. Indien er geen adequaatheidsbesluit is en ook geen passende waarborgen voorhanden, zal het doorgeven van persoonsgegevens slechts in specifieke situaties mogelijk zijn, waaronder in de situatie waarin de betrokkene uitdrukkelijk en geïnformeerd heeft ingestemd, of wanneer de het doorgeven noodzakelijk is wegens gewichtige redenen van algemeen belang (artikel 49 van de Verordening 2016/679).

soms op een andere wijze vertaald van de Engelse versie). Zo zal de Richtlijn 95/46 bijvoorbeeld het woord “verantwoordelijke voor de verwerking” gebruiken (in het Engelse ongewijzigd: de “controller”), terwijl in de Verordening 2016/679 het woord “verwerkingsverantwoordelijke” wordt gebruikt. Het “right to object” wordt in Nederlandse versie van de Richtlijn 95/46 het “recht van verzet” genoemd, terwijl in de Verordening 2016/679 dit wordt vertaald naar het “recht van bezwaar”. Een ander voorbeeld zijn de toelaatbaarheidsgronden die worden uitgewerkt in artikel 7 van de Richtlijn 95/46. Het woord “toelaatbaarheid” wordt in de Verordening 2016/679 niet meer gebruikt. De (overigens aan de Richtlijn 95/46 identieke) voorwaarden waaronder de verwerking van persoonsgegevens mag geschieden, worden in de Verordening 2016/679 opgesomd onder het artikel 6 met als titel “rechtmatigheid van de verwerking”. Een volgend voorbeeld is het recht op toegang tot de persoonsgegevens. In de Richtlijn 95/46 is enkel sprake van een recht op toegang, dat evenwel twee componenten bevat, met name enerzijds het recht om bepaalde informatie van de verwerkingsverantwoordelijke te verkrijgen wanneer de betrokkene ernaar vraagt, en anderzijds het recht om persoonsgegevens te laten verbeteren of wissen. In de Verordening 2016/679 wordt het recht om bepaalde informatie van de verwerkingsverantwoordelijke te krijgen wanneer de betrokkene ernaar vraagt, het “recht op inzage van de betrokkene” genoemd. De afdeling waaronder dit recht wordt ingedeeld krijgt wel als titel: “informatie en toegang tot persoonsgegevens”. Bij de bespreking van de basisbeginselen van het persoonsgegevensbeschermingsrecht, dat zoals gezegd vanuit beide rechtsinstrumenten wordt onderzocht, wordt ervoor geadviseerd om consequent slechts één woord te gebruiken voor hetzelfde begrip, los van het rechtsinstrument dat wordt besproken (Richtlijn 95/46 dan wel Verordening 2016/679). Hierbij wordt gekozen voor het woord dat het meest aansluit bij de inhoudelijke betekenis van het begrip (bijvoorbeeld, het recht om informatie te verkrijgen van de verwerkingsverantwoordelijk wanneer de betrokkene ernaar vraagt wordt daarom het recht op inzage genoemd (en niet het recht op toegang)), dat het meest gangbaar lijkt te zijn (bijvoorbeeld, het begrip “toelaatbaarheidsgronden” lijkt meer gangbaar te zijn dan “voorwaarden voor een rechtmatige verwerking”) of dat gewoon het kortste is (bijvoorbeeld “verwerkingsverantwoordelijke” is korter dan “verantwoordelijke voor de verwerking”).

95. Het recht op de bescherming van de persoonsgegevens is in het Handvest ook erkend als een grondrecht in artikel 8. Een studie van de draagwijdte van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens vanuit het oogpunt van artikel 8 Handvest heeft evenwel weinig zin. In wezen wordt in artikel 8 slechts aan enkele aspecten van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens een grondrechtelijke waarde toebedeeld. Aan deze aspecten moet geen andere draagwijdte worden toegekend dan deze die er in het kader van de Richtlijn 95/46 wordt aan toegekend²⁵⁹. Bovendien zal artikel 8 Handvest in het kader van dit onderzoek slechts in een beperkt aantal gevallen van inzameling van informatie voor de vestiging van de inkomstenbelastingen kunnen worden ingeroepen. Zoals hierboven betreffende artikel 7 van het Handvest al is opgemerkt (randnummer 76), zal het Handvest slechts kunnen worden ingeroepen ten aanzien van overheidshandelingen waarmee in wezen uitvoering wordt gegeven aan het Unierecht. Behoudens uitzonderingen, waarvan de inzameling van informatie op basis van de Europese richtlijnen de belangrijkste

²⁵⁹ Zie de Toelichting bij artikel 8 Handvest waaruit blijkt dat dit grondrecht moet worden geïnterpreteerd in het licht van de Richtlijn 95/46

is, zal het verzamelen van informatie met het oog op het vestigen van de inkomstenbelastingen niet aan artikel 8 van het Handvest kunnen worden getoetst.

II. Interpretatie van de rechtsbron

96. In tegenstelling tot artikel 8 EVRM, waar we voor de interpretatie van dit artikel aangewezen zijn op de rechtspraak en dan vooral van het EHRM, is er voor de interpretatie van de Richtlijn 95/46 en de Verordening 2016/679 een veel uitgebreider interpretatief instrumentarium voorhanden.

97. Naast de rechtspraak van het Hof van Justitie over de interpretatie van de Richtlijn 95/46²⁶⁰, dient bij de interpretatie van de krachtlijnen van de Richtlijn 95/46 (en dus ook van de Verordening 2016/679) rekening te worden gehouden met de adviezen die worden gegeven door de op grond van artikel 29 van de Richtlijn 95/46 opgerichte “Groep voor de bescherming van personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens”, de zogenaamde “Working Party 29”²⁶¹. Deze Working Party 29 is een onafhankelijk raadgevend orgaan, samengesteld uit een vertegenwoordiger van de toezichhoudende overheid die op het gebied van de bescherming van de persoonsgegevens in ieder lidstaat moet worden opgericht (artikel 28 van de Richtlijn 95/46), een vertegenwoordiger van de door de communautaire instellingen en organen opgerichte autoriteit (dit is met name de Europese Toezichthouder voor de Gegevensbescherming en een vertegenwoordiger van de (Europese) Commissie). De aanbevelingen van de “Working Party 29” zijn weliswaar niet bindend maar hebben wel een groot gezag omdat ze het resultaat zijn van een consensus tussen de verschillende toezichhoudende overheden van de verschillende lidstaten²⁶². Daarnaast wordt ook rekening gehouden met de adviezen van de Europese Toezichthouder voor Gegevensbescherming (hierna verder de “EDPS”, als afkorting voor “European Data Protection Supervisor). De EDPS is een controleorgaan dat in de context van de Verordening 45/2001²⁶³ van 18 december 2000 is tot stand gekomen. Deze Verordening 45/2001 heeft de bepalingen van Richtlijn 95/46 overgezet om ze van toepassing te laten zijn op de Europese instanties. De EDPS moet niet alleen toezien op het respecteren van de Verordening 45/2001 door deze instanties, maar heeft ook een belangrijke adviesfunctie, vermits de Commissie de EDPS verplicht dient te raadplegen wanneer zij een wetgevingsvoorstel

²⁶⁰ Rechtspraak van het Hof van Justitie over de interpretatie van de Verordening 2016/679 is op dit ogenblik nog niet voorhanden. Merk op dat bij de interpretatie van de Richtlijn 95/46 ook geen rekening wordt gehouden met de interpretatie die aan deze richtlijn (en met name de in uitvoering van deze richtlijn genomen nationale wetten) wordt gegeven door de hoven en rechtbanken van de lidstaten. In dat kader moet wel worden gesignaleerd dat de rechtscolleges van de lidstaten niet steeds de interpretatie van het begrip “persoonsgegevens” zoals dit wordt gezien door het Hof van Justitie en door de Working Party 29 volgt. Zie onder meer wat betreft het begrip “persoonsgegeven” signaleert Y. POULLET bijvoorbeeld de Durant-case in het VK waar een nummerplaat niet werd beschouwd als een persoonsgegeven, alsook de beslissing van het Franse Cour de Cassation op 1 mei 2007 en 27 april 2007 waarin werd gesteld dat IP adressen geen persoonsgegevens waren (Y. POULLET, “About the E-privacy Directive: towards a third generation of data protection legislation”, in GUTWIRTH, S., POULLET, Y., en DE HERT, P. (ed), *Data protection in a profiled World*, Dordrecht, Springer, 2010, 9-10)

²⁶¹ Verwijzingen naar de Working Party 29 na de opheffing van de Richtlijn 95/46 met ingang van 25 mei 2018, gelden als verwijzingen naar het bij de Verordening 2016/679 opgerichte Europees Comité voor gegevensbescherming (artikel 94.2 van de Verordening 2016/679).

²⁶² H.R. KRANENBORG, en L.F.M. VERHEY, *Wet bescherming persoonsgegevens in Europees perspectief*, Deventer, Kluwer, 2011, 31

²⁶³ Verordening 45/2001, PbEG 2001, L 8/1

aanneemt over de bescherming van de persoonsgegevens (artikel 28 lid 1 van de Verordening 45/2001). De EDPS kan daarnaast ook op eigen initiatief adviezen aannemen.

98. Vermits de Richtlijn 95/46 (en dus ook de Verordening 2016/679) is ontstaan in het verlengde van de Conventie nr. 108 kan bij de interpretatie van de Richtlijn en de Verordening ook rekening worden gehouden met de Conventie nr. 108. Bij de interpretatie van de Conventie nr. 108 dient dan weer rekening te worden gehouden met de aanbevelingen van het consultatief comité (T-PD) dat in de Conventie nr. 108 is opgericht. Dit consultatief comité verstrekt o.m. aanbevelingen betreffende de implementatie van de regels op het gebied van gegevensbescherming in nationale wetgeving.

99. Er bestaat ten slotte ook consensus over het feit dat de Richtlijn 95/46 (en bijgevolg ook de Verordening 2016/679) moeten worden geïnterpreteerd in het licht van de rechtspraak van artikel 8 EVRM²⁶⁴. Uit het rechtshistorisch onderzoek is gebleken hoe dit recht is ontstaan als verduidelijking van het algemeen recht op privéleven. Bij de totstandkoming van de Richtlijn 95/46 en de Verordening 2016/679 werd overigens uitdrukkelijk verwezen naar de principes van artikel 8 EVRM en de rechtspraak van het EHRM²⁶⁵.

²⁶⁴ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks "Recht en praktijk", Antwerpen, Kluwer, 2001, 182-183

²⁶⁵ Dit betekent niet dat artikel 8 EVRM het enige grondrecht is in het licht waarvan de rechtsinstrumenten inzake de bescherming van de persoonsgegevens moet worden geïnterpreteerd. Zowel de richtlijn als de verordening gaan uit van de gedachte dat de regels inzake de bescherming van de persoonsgegevens niet alleen het recht op privéleven dienen maar ook andere fundamentele rechten. Zo onder meer laten de regels inzake de bescherming van de persoonsgegevens ook toe het gelijkheids – en non-discriminatiebeginsel te beschermen.

Afdeling 2 Onderzoek naar de draagwijdte van het recht op privéleven en het recht op de bescherming van de persoonsgegevens

Onderafdeling 1 Het recht op privéleven

§ 1 Inleiding

100. Wanneer het EHRM oordeelt over de conformiteit van een aangevochten maatregel met artikel 8 EVRM, voert het een onderzoek uit volgens een vrij duidelijk stamien. Met name gaat het EHRM in een eerste stap na of de bestreden maatregel wel als een inmenging moet worden beschouwd in het recht op privéleven. Daarbij onderzoekt het EHRM in vele gevallen eerst of de maatregel zich richt tot een in artikel 8 EVRM beschermd recht. Er wordt met andere woorden nagegaan of het getroffen rechtsgoed onderdeel vormt van het recht op privéleven, het recht op familie – en gezinsleven, het recht op woning of het recht op correspondentie. Indien dit het geval is, onderzoekt het EHRM vervolgens of de bestreden maatregel wel als een inmenging in één van de in artikel 8 beschermde rechten kan worden aanzien. Indien de bestreden maatregel als een inmenging wordt beschouwd in het recht op privéleven, wordt in een tweede stap nagezien of de inmenging wel toegelaten is. Hiertoe wordt onderzocht of is voldaan aan de vereisten zoals deze zijn gesteld in artikel 8 lid 2 van het EVRM, met name of er een wettelijke basis voorhanden is voor de inmenging (vereiste van de legaliteit), of de inmenging een legitiem doel dient (vereiste van de legitimiteit) en ten slotte of de inmenging noodzakelijk is in het licht van de nagestreefde legitieme doelstelling (noodzakelijkheidsvereiste).

101. Een onderzoek naar de draagwijdte van het recht op privéleven als grondrecht bij de inzameling van informatie door de fiscale administratie, vereist dat hetzelfde stamien wordt gevolgd. Hierna wordt dus, teneinde tot een bruikbaar kader te komen waaraan elke vorm van gegevensinzameling door de fiscale administratie kan worden getoetst, een omschrijving gegeven van wat op basis van (in hoofdzaak) de rechtspraak van het EHRM moet worden beschouwd als een inmenging in het privéleven (§2) en – zo er sprake is van een inmenging – van wat als een verboden inmenging in de zin van artikel 8 EVRM moet worden beschouwd (§3).

102. In de rechtsleer wordt soms verdedigd dat de rechtspraak van het EHRM in feite niet toelaat enige inschatting te geven van welke maatregel door het EHRM wordt beschouwd als een schending van artikel 8 EVRM en welke niet. Dit wordt hoofdzakelijk gewijd aan de wijze waarop het EHRM de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 lid 2 EVRM invult²⁶⁶. Ook over

²⁶⁶ P. DE HERT, *Artikel 8 EVRM en het Belgisch recht. De bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 31, randnummer 30 en 36 waarin wordt gesteld dat het noodzakelijkheids criterium een begrip is in evolutie. De auteur stelt zelfs dat het EHRM in elke zaak een keuze maakt van de gehanteerde principes in functie van de eindbeoordeling; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2011, 168 over de uiteenlopende meningen inzake de vraag of het begrip proportionaliteit in de rechtspraak van het EHRM al dan niet definieerbaar is en p. 170 over de vaststelling dat het EHRM nergens zelf een omschrijving geeft van het begrip proportionaliteit, maar enkel een paar regels toelicht die haar "proportionaliteitspraktijk" beheersen; H.R. KRANENBORG, en L.F.M. VERHEY, *Wet bescherming persoonsgegevens in Europees perspectief*, Deventer, Kluwer, 2011, 25; F. BOEHM, *Information Sharing and Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice. Towards Harmonized Data Protection Principles for Information Exchange at EU-level*, Springer, Berlin – Heidelberg, 2012, XII, 58

het toepassingsgebied van artikel 8 EVRM in de context van gegevensverwerking bestaat onduidelijkheid. Er wordt weliswaar algemeen aanvaard dat er tot op zekere hoogte bescherming is van de persoonsgegevens onder artikel 8 EVRM, maar een duidelijk kader over welke persoonsgegevens dan wel en welke niet worden beschermd onder artikel 8 EVRM, lijkt afwezig²⁶⁷.

Desondanks wordt hierna toch getracht om een zo duidelijk mogelijk kader te schetsen waaraan de in dit onderzoek bestudeerde gegevensinstromen kunnen worden getoetst²⁶⁸. In sommige uitspraken van het EHRM wordt de beoordeling door het EHRM voorafgegaan door een bespreking van de “algemene principes”. Deze algemene principes laten toe het toetsingskader dat in dit onderzoek wordt gehanteerd, vorm te geven. Daar waar een bespreking van de algemene principes door het EHRM ontbreekt, zullen op basis van de bestaande casuïstiek, eigen stellingen worden ontwikkeld, ter vervollediging van het kader dat door de “algemene principes” wordt gevormd.

103. In de afdeling met de toelichting over de onderzoeksmethodiek werd al gesteld dat, hoewel het essentiële voorwerp van artikel 8 EVRM erin bestaat om bescherming te bieden tegen de arbitraire inmenging door de overheid in het privéleven, het EHRM in zijn rechtspraak heeft aanvaard dat er uit artikel 8 EVRM ook positieve verplichtingen voortvloeien voor de lidstaten om het recht op privéleven te waarborgen, te onderscheiden van de principiële negatieve verplichting voor de overheid om zich te onthouden van inmenging. De positieve plichtenleer krijgt in de rechtspraak van het EHRM betreffende artikel 8 EVRM in zeer uiteenlopende materies toepassing²⁶⁹. In het kader van dit onderzoek, is de leer van de positieve plichten vooral van belang voor de beoordeling van het recht op toegang tot de door de fiscale administratie ingezamelde gegevens. Daarom wordt hieraan ook een kort hoofdstuk gewijd (§4).

§ 2 Is er sprake van een inmenging in het privéleven?

I.De beschermde rechten

A.Inleiding

104. In artikel 8 lid 1 EVRM worden in wezen vier grondrechten beschermd, met name het recht op de eerbiediging van het privéleven, het recht op de eerbiediging van het familie –

²⁶⁷ P. DE HERT & S. GUTWIRTH, “Privacy, data protection and law enforcement. Opacity of the individual and transparency of power” in E. CLAES, A. DUFF & S. GUTWIRTH, *Privacy and Criminal Law* Antwerpen, Intersentia, 2006, 80; P. DE HERT, S. GUTWIRTH, “Data Protection in the case law of Strasbourg and Luxemburg” in *Reinventing data protection* 2009, Heidelberg, Springer, 18; Handbook on European data protection law, European Union Agency for fundamental Rights & Council of Europe, 2014, 16

²⁶⁸ Zie hierover ook: S. DE RAEDT, “Basisbeginselen inzake de toepassing van het recht op privéleven in fiscale zaken” in S. DE RAEDT en A. VAN DE VIJVER, *Grondrechten in fiscalibus*, Brussel, Larcier, 2016, 471-504 en N. DIEPVENS en C. VANDER KERKEN, “De rechtspraak van het EHRM waarbij het recht op privéleven wordt toegepast in fiscale zaken”, in S. DE RAEDT en A. VAN DE VIJVER, *Grondrechten in fiscalibus*, Brussel, Larcier, 2016, 506-519

²⁶⁹ Zoals inzake omgangsregeling (bv. EHRM 5 april 2012 STROMBLAD/Zweden) of erfrecht (EHRM 13 juni 1979 MARCKX/België)

en gezinsleven, het recht op de eerbiediging van de woning en het recht op de eerbiediging van de correspondentie²⁷⁰.

105. In het kader van dit onderzoek rijst de vraag in welke mate er ook een recht bestaat op de bescherming van de door de fiscale administratie ingezamelde informatie in het kader van artikel 8 EVRM. Hierna zal blijken dat voor de bescherming van informatie aansluiting moet worden gezocht bij zowel het recht op privéleven, als het recht op woning en het recht op correspondentie. Bepaalde informatie wordt immers beschouwd als onderdeel van het recht op privéleven en geniet in dat kader bescherming. In sommige gevallen wordt informatie evenwel (ook) als een onderdeel beschouwd van een door het EHRM wel zeer ruim ingevuld recht op correspondentie. Het recht op woning is ten slotte relevant, niet zozeer in het kader van de bescherming van de informatie op zich, maar in het kader van een methode om toegang te krijgen tot informatie, zijnde met name de methode waarbij een woning of bedrijfslokaal wordt betreden door de fiscale administratie om informatie te verzamelen.

106. Het recht op privéleven wordt algemeen beschouwd als het recht waarvan de andere rechten, met name het recht op familie – en gezinsleven, het recht op woning en het recht op correspondentie onderdelen zijn²⁷¹. Daarom is het zinvol hierna in algemene zin te beschrijven hoever het privéleven, zoals beschermd door artikel 8 EVRM, reikt. Vervolgens zal worden nagegaan wat de specifieke reikwijdte is van het begrip woning en correspondentie in de zin van artikel 8 EVRM. Ten slotte zal worden nagegaan in welke mate informatie, zelfs wanneer zij geen onderdeel vormt van enige correspondentie tussen personen, toch ook rechtsbescherming kan genieten.

B.Privéleven als generiek begrip

107. Het EHRM heeft in zijn rechtspraak nooit een allesomvattende omschrijving willen geven van het begrip privéleven²⁷². Daarbij komt dat het EHRM er in meerdere uitspraken aan heeft herinnerd dat het EVRM een levend instrument is dat moet worden geïnterpreteerd op een dynamische en evolutieve wijze in functie van de actuele context²⁷³.

²⁷⁰ Een uitvoerige analyse van deze grondrechten is gebeurd door P. DE HERT in P. DE HERT, *Artikel 8 EVRM en het Belgisch recht. De bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 367 p.

²⁷¹ In de Belgische literatuur: P. DE HERT, *Artikel 8 EVRM en het Belgisch recht. De bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 6; P. DE HERT, "het recht op privacy" in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM – deel II. Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 711 met verwijzing naar diverse auteurs. In de Nederlandse literatuur: L.F.M. VERHEY, *Horizontale werking van grondrechten in het bijzonder het recht op privacy*, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1992, 200; H. KRABBE, "artikel 8. De eerbiediging van het privéleven" in A. HARTEVELD, B. KEULEN en H. KRABBE, *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, Groningen, Wolters-Noordhoff, Groningen, 1996, 149

²⁷² Het EHRM zegt dit ook letterlijk zelf: zie bijvoorbeeld: EHRM 16 december 1992, NIEMIETZ/Duitsland (§29) waarin het Hof stelt dat het recht op privéleven "a broad term" is "not susceptible to exhaustive definition"; zie ook EHRM 25 september 2001 P.G. and J.H./VK (§ 56); EHRM 29 april 2002 PRETTY/VK (§ 61); EHRM 28 januari 2003, PECK/VK (§ 57); EHRM 4 december 2008, S. AND MARPER/VK (§66)

²⁷³ Het EHRM heeft dit in diverse uitspraken herhaald: "the Convention is a living instrument that must be interpreted in the light of the present day conditions" – zie voor het eerst in EHRM 25 april 1978 TYRER/VK (§ 31), later ook nog in: EHRM 4 februari 2005 MAMATKULOV & ASKAROV/Turkije (§ 21) en anderen. Zie hierover M. BURBERGS, "How the Right to Protection of Private and Family Life, Home and Correspondence Became the Nursery in Which New Rights Are Born: Article 8 ECHR." In E. BREMS & J. GERARDS (eds.) *Shaping Rights in the ECHR: the Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge, University Press, 2013, 319

Om te bepalen wat moet worden gerekend tot de actuele context laat het EHRM zich beïnvloeden door de ontwikkelingen en algemeen aanvaarde standaarden in de lidstaten²⁷⁴. Bij gebrek aan consensus in de lidstaten, laat het EHRM zich ook leiden door wat als een internationale trend moet worden beschouwd²⁷⁵. Het EHRM heeft aangegeven dat het zelfs bereid is om zijn eerdere rechtspraak te verlaten wanneer dit noodzakelijk is om te garanderen dat de interpretatie van het EVRM in de lijn blijft met de actuele maatschappelijke situatie²⁷⁶. Het gevolg hiervan is geweest dat het EHRM het begrip privéleven een zeer extensieve interpretatie heeft gegeven²⁷⁷, waardoor in zeer uiteenlopende situaties kan worden genoten van de rechtsbescherming van artikel 8 EVRM²⁷⁸. In de rechtsleer worden uiteenlopende omschrijvingen en indelingen gegeven van wat allemaal onder het recht op privéleven in de zin van artikel 8 EVRM moet worden verstaan²⁷⁹. Hierna wordt niet getracht een allesomvattende omschrijving te geven van wat onder het recht op privéleven moet worden begrepen. Wel worden deelaspecten van dit

²⁷⁴ Zie bijvoorbeeld: EHRM 25 april 1978 TYRER/VK

²⁷⁵ Zie M. BURBERGS die verwijst naar EHRM 11 juli 2002 GOODWIN/VK waarbij het EHRM inzake transsexualiteit weliswaar geen gemeenschappelijke aanpak kon waarnemen bij de lidstaten maar wel aannam dat er een toenemende internationale trend is in de richting van een juridisch erkennen van transsexuelen: zie M. BURBERGS, "How the Right to Protection of Private and Family Life, Home and Correspondence Became the Nursery in Which New Rights Are Born: Article 8 ECHR." In E. BREMS & J. GERARDS (eds.) *Shaping Rights in the ECHR: the Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge, University Press, 2013, 320

²⁷⁶ EHRM 27 september 1990, COSSEY/VK (§35): "The applicant argued that, in any event, the issues arising under Articles 8 and 12 (art. 8, art. 12) deserved reconsideration. It is true that, as she submitted, the Court is not bound by its previous judgments; indeed, this is borne out by Rule 51 para. 1 of the Rules of Court. However, it usually follows and applies its own precedents, such a course being in the interests of legal certainty and the orderly development of the Convention case-law. Nevertheless, this would not prevent the Court from departing from an earlier decision if it was persuaded that there were cogent reasons for doing so. Such a departure might, for example, be warranted in order to ensure that the interpretation of the Convention reflects societal changes and remains in line with present-day conditions."

²⁷⁷ zie hierover: B. VAN DER SLOOT, "Do privacy and data protection rules apply to legal persons and should they? A proposal for a two-tiered system", *Computer Law & Security Review* 2015, nr. 31, 32; G. GONZALEZ FUSTER, *The emergence of personal data protection as a fundamental right of the European Union*, Heidelberg, Springer, 2014, 95; F. BOEHM, *Information Sharing and Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice. Towards Harmonized Data Protection Principles for Information Exchange at EU-level*, Springer, Berlin – Heidelberg, 2012, XII, 28; B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, Brussel, Larcier, 2008, 65. In de zaak PRETTY (EHRM 29 april 2002, PRETTY/VK (§61)) geeft het EHRM zelf een overzicht van wat allemaal onder het begrip privéleven valt: "It covers the physical and psychological integrity of a person (see X and Y v. the Netherlands, judgment of 26 March 1985, Series A no. 91, p. 11, § 22). It can sometimes embrace aspects of an individual's physical and social identity (see Mikulić v. Croatia, no. 53176/99, § 53, ECHR 2002-I). Elements such as, for example, gender identification, name and sexual orientation and sexual life fall within the personal sphere protected by Article 8 (see, for example, B. v. France, judgment of 25 March 1992, Series A no. 232-C, pp. 53-54, § 63; Burghartz v. Switzerland, judgment of 22 February 1994, Series A no. 280-B, p. 28, § 24; Dudgeon v. the United Kingdom, judgment of 22 October 1981, Series A no. 45, pp. 18-19, § 41; and Laskey, Jaggard and Brown, cited above, p. 131, § 36). Article 8 also protects a right to personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world (see, for example, Burghartz, cited above, opinion of the Commission, p. 37, § 47, and Friedl v. Austria, judgment of 31 January 1995, Series A no. 305-B, opinion of the Commission, p. 20, § 45). Although no previous case has established as such any right to self-determination as being contained in Article 8 of the Convention, the Court considers that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees."

²⁷⁸ Gaande van zelfdoding (EHRM 29 oktober 2002 PRETTY/VK), een recht op gezonde leefomgeving (EHRM 9 december 1994, LOPEZ OSTRA/Spanje) tot een recht voor minderheden om hun eigen leefstijl en identiteit te beschermen (EHRM 18 januari 2001, CHAPMAN/VK)

²⁷⁹ P. LEMMENS, "Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, in het algemeen en ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens in het bijzonder" bijdrage in *Om deze redenen. Liber Amicorum A. Vandeplas*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 313-326 (die het recht op privéleven indeelt in "sferen"); P. DE HERT, *Artikel 8 EVRM en het Belgisch recht. De bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 60-85 (die het onderscheid maakt tussen afweerrechten en vrijheden); K. LEMMENS, "Le droit au respect de la vie privée et de la personnalité" in M. VERDUSSEN en N. BONBLED, *Les droits constitutionnels en Belgique*, Bruylant, Brussel, 2011, 905 ev.; E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et contrôle*, Brussel, Larcier, 2014, 111 (die een onderscheid maakt tussen "la vie solitaire" en "la vie participative") ea.

recht omschreven, zoals die uit de rechtspraak van het EHRM kunnen worden afgeleid, en die relevantie hebben voor dit onderzoek.

108. Van belang is vooreerst het gegeven dat het EHRM bij zijn evolutieve en extensieve interpretatie van het begrip privéleven vaak verwijst naar wat blijkbaar als de *finaliteit* van de bescherming van het recht op privéleven moet worden beschouwd, namelijk de persoonlijke ontplooiing en het welzijn van het individu²⁸⁰.

109. Zo staat de zelfontplooiing en het welzijn voorop bij de oorspronkelijke benadering van het recht op privéleven²⁸¹ (“right to be left alone”), die ervan uitgaat dat het recht op privéleven het recht is op een van het publiek afgezonderd leven, waarbij een eigen leefterritorium voor ieder individu wordt beschermd, waarbinnen dit individu zich kan ontplooien zonder inmenging van ongewenste derden²⁸². Deze benadering van het recht op privéleven komt in het recht op woning als onderdeel van het recht op privéleven, maximaal aan bod²⁸³.

110. Vrij snel evenwel interpreteerde de ECRM het recht op privéleven ook als het recht om relaties aan te gaan met andere mensen, nu het aangaan van relaties met andere mensen eveneens bijdraagt tot de ontwikkeling van het individu en diens persoonlijkheid²⁸⁴. Het recht op privéleven wordt in die zin niet langer beschouwd als een louter afweerrecht (het recht om elke inmenging in het eigen leefterritorium af te schermen), maar evolueert richting een vrijheid om zich te ontplooien zoals men zelf verkiest en hierbij ook vrij relaties aan te gaan²⁸⁵. Van belang voor dit onderzoek is vooral het feit dat deze redenering het EHRM ertoe heeft gebracht om ook datgene wat zich afspeelt in de professionele sfeer te rekenen tot het privéleven. In de zaak NIEMIETZ van 1992²⁸⁶, die handelt over een

²⁸⁰ P. DE HERT, *Artikel 8 EVRM en het Belgisch recht. De bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys & Breesch, 1998, p. 6; U. KILKELLY, *The right to respect for private and family life. A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention of Human Rights*, Straatsburg, Council of Europe, 2003, 11; P. DE HERT, “het recht op privacy” in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM – deel II. Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 711 met verwijzing naar EHRM 24 november 1986, GILLOW/VK (§ 55): “a right which is pertinent to their own personal security and well-being”; K. LEMMENS, “Le droit au respect de la vie privée et de la personnalité” in M. VERDUSSEN en N. BONBLED, *Les droits constitutionnels en Belgique*, Bruylant, Brussel, 2011, 906-907; M. MORIS, “Le fisc et la protection de la vie privée” in *L’Evolution des principes généraux du droit fiscal*, Brussel, Larcier, 2009, 227. Ook bij de totstandkoming van artikel 22 GW wordt verwezen naar “de bescherming van de persoon, de erkenning van zijn identiteit en de belangrijkheid van zijn ontplooiing en die van zijn gezin” (*Parl. St. Senaat*, 1991-1992, nr. 100-4/2°, p.3)

²⁸¹ Zoals ontwikkeld door S. WARREN & L. BRANDEIS, zie hierover: de afdeling over de herkomst van het recht op privéleven

²⁸² H. KRABBE, “artikel 8. De eerbiediging van het privéleven” in A. HARTEVELD, B. KEULEN en H. KRABBE, *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, Groningen, Wolters-Noordhoff, 1996, 150; F. BOEHM, *Information Sharing and Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice. Towards Harmonised Data Protection Principles for Information Exchange at EU-level*, Berlin – Heidelberg, Springer, 2012, XII, 29;

²⁸³ P. DE HERT, *Artikel 8 EVRM en het Belgisch recht. De bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 67

²⁸⁴ ECRM 18 mei 1976, X./Ijlsland: “For numerous anglo-saxon and French authors the right to respect for private life is a right to privacy, the right to live, as far as one wishes, protected from publicity. (...) In the opinion of the Commission however, the right to respect for private life does not end there. It comprises also, to a certain degree, the right to establish and develop relationships with other human beings, especially in the emotional field, for the development and fulfilment of one’s own personality”. Zie ook ECRM 12 juli 1977, BRUGGEMAN en SCHEUTEN /Duitse Bondsrepubliek

²⁸⁵ P. DE HERT, *Artikel 8 EVRM en het Belgisch recht. De bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 67-69; K. LEMMENS, “Le droit au respect de la vie privée et de la personnalité” in M. VERDUSSEN en N. BONBLED, *Les droits constitutionnels en Belgique*, Bruylant, Brussel, 2011, 904

²⁸⁶ EHRM 16 december 1992, NIEMIETZ/Duitsland

huiszoeking in het kantoor van een advocaat, wordt gesteld dat er geen goede reden is om het professionele en zakelijke leven uit te sluiten van het begrip privéleven, vermits tijdens het beroeps – en zakelijke leven heel wat mensen de kans krijgen relaties tot stand te brengen en te ontwikkelen met andere mensen²⁸⁷. Het EHRM doet daarbij uitdrukkelijk afstand van de benadering dat het privéleven beperkt zou zijn tot wat zich afspeelt in de “inner circle”. Het EHRM stelt ook dat het niet van belang is dat er in het kader van de professionele activiteit al dan niet vertrouwelijke relaties tot stand komen, zoals dit bijvoorbeeld het geval is voor de relatie tussen de advocaat en zijn cliënt. Voor het EHRM impliceert elke professionele activiteit in wezen het bestaan van vertrouwelijke contacten²⁸⁸. Het criterium van de mogelijkheid tot het ontwikkelen van persoonlijke relaties primeert dus en niet het al dan niet vertrouwelijke (“private”) karakter van de relaties die in het kader van het professioneel leven worden ontwikkeld. Naast dit inhoudelijke argument om het beroepsleven te willen rekenen tot het privéleven in de zin artikel 8 EVRM, stelt het EHRM nog dat zijn interpretatie, aansluit bij het essentiële voorwerp en doel van artikel 8 EVRM²⁸⁹ dat er met name in bestaat het individu te beschermen tegen arbitraire inmenging door de overheid²⁹⁰. Vermits de bescherming van het individu tegen arbitraire inmenging essentieel is, moet het begrip privéleven met andere woorden niet te eng worden benaderd en kan ook het professioneel leven eronder vallen. Het EHRM verduidelijkt overigens meteen dat een inmenging door de overheid in de zin van artikel 8 lid 2 EVRM verdergaand kan zijn wanneer het professionele of zakelijke leven, of de beroepslokalen, aan de orde zijn²⁹¹.

²⁸⁷ EHRM 16 december 1992, NIEMIETZ/Duitsland (§29): “There appears, furthermore, to be no reason of principle why this understanding of the notion of “private life” should be taken to exclude activities of a professional or business nature since it is, after all, in the course of their working lives that the majority of people have a significant, if not the greatest, opportunity of developing relationships with the outside world.”

²⁸⁸ EHRM 16 december 1992, NIEMIETZ/Duitsland (§ 28): “In arriving at its opinion that there had been an interference with Mr. Niemietz’s “private life” and “home”, the Commission attached particular significance to the confidential relationship that exists between lawyer and client. The Court shares the Government’s doubts as to whether this factor can serve as a workable criterion for the purposes of delimiting the scope of the protection afforded by Article 8 (art. 8). Virtually all professional and business activities may involve, to a greater or lesser degree, matters that are confidential, with the result that, if that criterion were adopted, disputes would frequently arise as to where the line should be drawn”

²⁸⁹ GOMEZ-AROSTEGUI licht toe dat de interpretatiemethode van het EHRM waarbij wordt verwezen naar voorwerp en doel van het verdrag overeenstemt met de interpretatiemethode die naar voor wordt geschoven in het artikel 31 lid 1 van het Verdrag van Wenen (1969): “Een verdrag moet te goeder trouw worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het Verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het Verdrag.”: H.T. GOMEZ-AROSTEGUI, “Defining Private life under the European Convention on Human Rights by referring to reasonable expectations”, *California Western Int. Law Journal* 2005, 153-200

²⁹⁰ EHRM 16 december 1992, NIEMIETZ/Duitsland (§ 31): “More generally, to interpret the words “private life” and “home” as including certain professional or business activities or premises would be consonant with the essential object and purpose of Article 8 (art. 8), namely to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities”

²⁹¹ EHRM 16 december 1992, NIEMIETZ/Duitsland (§ 31): “Such an interpretation would not unduly hamper the Contracting States, for they would retain their entitlement to “interfere” to the extent permitted by paragraph 2 of Article 8 (art. 8-2); that entitlement might well be more far-reaching where professional or business activities or premises were involved than would otherwise be the case.”. Ondanks de algemene bewoordingen waarin deze stelling werd ingenomen geldt – zoals hierna zal blijken - de verdergaande rechtsbescherming van natuurlijke personen in het kader van hun private activiteiten ten opzichte van natuurlijke personen (en rechtspersonen) in het kader van hun beroepsactiviteiten, enkel voor een inmenging in het recht op woning en werd later door het EHRM gesteld dat de rechtsbescherming ten aanzien van rechtspersonen voor wat betreft het recht op correspondentie, dezelfde is als deze voor natuurlijke personen (EHRM 16 oktober 2007 WIESER AND BICOS BETEILIGUNGEN/Oostenrijk (§45)). Zie hierover ook P.H.P.H.M.C. VAN KEMPEN, “The Recognition of Legal Persons in International Human Rights Instruments: Protection Against and Through Criminal Justice?” In M. PIETH & R. IVORY (Eds.), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*; Heidelberg, Springer, 2011, 378 en 379

111. De gedachte dat het recht op privéleven ook het recht omvat om relaties aan te knopen met andere mensen (wat bijdraagt tot de ontplooiing en het welzijn van het individu), brengt het EHRM er eveneens toe te beslissen dat het recht op privéleven *in bepaalde omstandigheden* ook kan worden toegepast in een publieke context, omdat zich daar ook de mogelijkheid afspeelt om relaties aan te knopen met andere mensen²⁹². Het EHRM stelde dat er een zone is van interactie met andere personen, zelfs in een publieke context, die in het toepassingsgebied van het privéleven *kan* vallen. Het criterium van de redelijke privacyverwachting²⁹³ speelt, hoewel niet doorslaggevend, mee om te bepalen of datgene wat zich in een publieke context afspeelt ook effectief tot het privéleven kan worden gerekend. Iemand die zich in het openbaar begeeft zal steeds zichtbaar zijn voor het publiek. Het gadeslaan met technologische middelen van hetzelfde openbare tafereel is in die zin gelijkaardig aan het waarnemen door het publiek van wat zich in het openbaar afspeelt. Wanneer er evenwel een systematische of permanente opname wordt gemaakt van wat zich in het openbaar afspeelt, rijzen er wel privacyvragen, omdat de betrokkene zich hier mogelijkerwijs en gezien de omstandigheden niet aan verwacht. Deze redenering zorgt ervoor dat publieke informatie, die soms ook door de fiscale administratie wordt ingezameld en opgeslagen voor verder gebruik, in bepaalde omstandigheden ook onder het recht op privéleven kan vallen (waarover meer hierna).

112. Zoals hierboven al aangehaald evolueerde het recht op privéleven van een louter afweerrecht naar een recht dat ook de vrijheid omvat een leven te leiden zoals men verkiest. Ook hier lijkt het recht op persoonlijke ontwikkeling de finaliteit van deze autonomiegedachte²⁹⁴. De invulling van dit autonomieconcept kan zeer ruim zijn, maar in de context van dit onderzoek dient vooral verwezen te worden naar de rechtspraak van het EHRM, waarin bepaalde elementen van een recht op informatiele zelfbeschikking worden erkend²⁹⁵, waaronder het recht op inzage van de persoonlijke gegevens (waarover meer hierna in § 4).

²⁹² EHRM 4 mei 2000, ROTARU/Roemenië (§ 43)(over het registreren van – onder meer ook – publieke gegevens); EHRM 25 september 2001 P.G. & J.H./VK (§ 56): “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”.

²⁹³ Zie hierover: H.T. GOMEZ-AROSTEGUI “Defining Private life under de European Convention on Human Rights by referring to reasonable expectations”, *California Western Int. Law Journal* 2005, 153-200; B.-J. KOOPS & R. LEENES, ““Code” and the Slow Erosion of Privacy”, *Michigan Telecommunications & Technology Law Review* 2005, 115-188; H.R. KRANENBORG, en L.F.M. VERHEY, *Wet bescherming persoonsgegevens in Europees perspectief*, Deventer, Kluwer, 2011, 19-21; F. BOEHM, *Information Sharing and Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice. Towards Harmonised Data Protection Principles for Information Exchange at EU-level*, Springer, Berlin – Heidelberg, 2012, XII, 29-30.

²⁹⁴ Zie hierover: P. LEMMENS, “Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, in het algemeen en ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens in het bijzonder” bijdrage in *Om deze redenen. Liber Amicorum A. Vandeplass*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 315; P. DE HERT, *Artikel 8 EVRM en het Belgisch recht. De bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 69; P. DE HERT, “het recht op privacy” in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM – deel II. Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 723-724; H.T. GOMEZ-AROSTEGUI “Defining Private life under de European Convention on Human Rights by referring to reasonable expectations”, *California Western Int. Law Journal* 2005, 153-200; E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et controle*, Brussel, Larcier, 2014, 111; A. ROUVROY en Y. POULLET, “The right to informational self-determination and the value of self-development. Reassessing the importance for privacy for democracy”, in S. GUTWIRTH (ed.) *Reinventing data protection* 2009, Heidelberg, Springer, p. 45-76; Voorbeelden uit de rechtspraak van het EHRM waarin het recht op privéleven wordt ingevuld als een zelfbeschikkingsrecht, is de rechtspraak inzake zelfdoding (EHRM 29 oktober 2002 PRETTY/VK) of transsexualiteit (EHRM 12 juni 2003, VAN KÜCK/Duitsland) en naamswijziging (EHRM 1 juli 2008, DAROCZY/Hongarije).

²⁹⁵ Er is in de rechtspraak van het EHRM geen algemene erkenning van het recht op informatiele zelfbeschikking: P. DE HERT en S. GUTWIRTH, “Data Protection in the case law of Strasbourg and Luxemburg” in *Reinventing data protection* 2009, Heidelberg, Springer, 15; zie hierover ook: B. DOCQUIR, *Le droit de la vie*

113. Mede gelet op het verband dat wordt gelegd met het recht op persoonlijke ontwikkeling, lijkt het voor de hand liggend dat het recht op privéleven *in principe* enkel toekomt aan natuurlijke personen. Nochtans worden rechtspersonen niet uitdrukkelijk uitgesloten van de rechtsbescherming van het recht op privéleven onder artikel 8 EVRM. Het EHRM is toegankelijk voor rechtspersonen en groeperingen zonder rechtspersoonlijkheid²⁹⁶ en artikel 1 EVRM stelt in algemene zin dat de verdragsluitende partijen de rechten en vrijheden die zijn vastgesteld in titel I van het Verdrag verzekeren ten aanzien van “*eenieder die ressorteert onder haar rechtsmacht*”²⁹⁷. In de preambule van het EVRM wordt benadrukt dat mensenrechten moeten worden beschermd voor het behoud en de ontwikkeling van de “rule of law” alsook de vrede, eenheid en rechtvaardigheid in Europa, wat de toepassing van mensenrechten of grondrechten op rechtspersonen geenszins uitsluit. Wel integendeel blijkt deze “rule of law” de belangrijkste motivatiebron voor het EHRM om aan rechtspersonen ook een zekere rechtsbescherming toe te kennen in het kader van artikel 8 EVRM²⁹⁸.

Het EHRM lijkt wel te worstelen met de vraag of rechtspersonen een eigen privéleven hebben vermits het de vraag soms uitdrukkelijk uit de weg gaat²⁹⁹. In het arrest ASSOCIATION FOR EUROPEAN INTEGRATION AND HUMAN RIGHTS & EKIMDZHIEV van 2008 stelt het EHRM dat het eraan *twijfelt* of een rechtspersoon een privéleven kan hebben in de zin van artikel 8 EVRM³⁰⁰. Er wordt niet gesteld dat dit uitgesloten is. De gedachte dat kan worden betwijfeld of een rechtspersoon een eigen privéleven heeft, heeft niet verhinderd dat het EHRM duidelijk rechtsbescherming heeft verleend aan rechtspersonen voor wat betreft een recht op woning³⁰¹. Ook bij de toepassing van het recht op correspondentie

privée, Brussel, Larquier, 2008, 66; E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et contrôle*, Brussel, Larquier, 2014, 112.

²⁹⁶ Artikel 34 EVRM: “*The Court may receive applications from any person, non-governmental organisation or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the Protocols thereto*”.

²⁹⁷ Dit heeft vrij vroeg in de rechtspraak van het EHRM toegelaten dat rechtspersonen werden erkend als houder van het recht op vrije meningsuiting zoals bepaald in artikel 10 EVRM (ECRM 3 oktober 1968, NV TELEVISIER/Nederland, ECRM 21 maart 1975, TIMES NEWSPAPER Ltd., THE SUNDAY TIMES, HAROLD EVANS/VK)

²⁹⁸ zie hierover ook P.H.P.H.M.C. VAN KEMPEN, “The Recognition of Legal Persons in International Human Rights Instruments: Protection Against and Through Criminal Justice?” In M. PIETH & R. IVORY (Eds.), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*; Heidelberg, Springer, 2011, 359; R. PIERRE, “les droits fondamentaux invoqués par les entreprises devant les juridictions européens”, *JDE* 2016, 46-51

²⁹⁹ Zie ECRM 1 september 1993, B. COMPANY & others/Nederland. In deze zaak meende de verzoekende partij dat er sprake was van een ongeoorloofde inmenging in het recht op privéleven doordat er een wettelijke verplichting is om de jaarrekening publiek te maken. De ECRM weigerde uitspraak te doen over de vraag of een rechtspersoon een privéleven kan hebben in de zin van artikel 8 EVRM omdat het oordeelde dat, zelf indien de verplichting om financiële informatie beschikbaar te maken voor het publiek een inmenging zou vormen in het privéleven van de verzoekende rechtspersoon, deze inmenging in ieder geval in overeenstemming is met de wet (want gebaseerd op het Nederlandse burgerlijk wetboek en de Europese richtlijn terzake) en noodzakelijke voor legitieme doeleinden (met name ‘het controleren van commerciële activiteiten en het verzekeren van eerlijk handelsverkeer’). Het EHRM slaat dus bewust een stap over in haar onderzoek. In de zaak OTHYMIA, waarin het EHRM diende te oordelen over de uitwisseling van fiscale informatie van een vennootschap, maakt het EHRM zich ervan af door in algemene zin te stellen dat er een inmenging was geweest “in de rechten van de vennootschap onder artikel 8 EVRM” (EHRM 16 juni 2015 OTHYMIA/Nederland (§36-37))

³⁰⁰ EHRM 28 juni 2007 ASSOCIATION FOR EUROPEAN INTEGRATION AND HUMAN RIGHTS & EKIMDZHIEV/Bulgarije (§ 60): “*The applicant association is therefore, contrary to what the Government suggest, not wholly deprived of the protection of Article 8 by the mere fact that it is a legal person. While it may be open to doubt whether, being such a person, it can have a “private life” within the meaning of that provision, it can be said that its mail and other communications, which are in issue in the present case, are covered by the notion of “correspondence” which applies equally to communications originating from private and business premises*”.

³⁰¹ EHRM 16 april 2002, STES COLAS EST/Frankrijk, zie hierover hierna het begrip woning

wordt geen onderscheid gemaakt voor maatregelen die zich richten tot rechtspersonen en tot natuurlijke personen³⁰². Dit zal hierna blijken. Ook het recht op reputatie is van toepassing op rechtspersonen³⁰³.

Het Hof van Justitie heeft in een interessante toepassing geoordeeld dat een rechtspersoon een beroep kan doen op de bescherming van zijn gegevens onder artikel 7 en 8 van het Handvest voor zover uit de officiële naam van de rechtspersoon de identiteit van een of meer natuurlijke personen blijkt³⁰⁴. Deze uitspraak is voor dit onderzoek van groot belang vermits het een belangrijke uitbreiding toelaat van de bescherming onder artikel 8 EVRM tot deze rechtspersonen.

114. Deze laatste situatie moet worden onderscheiden van de situatie waarin niet de rechtspersoon, maar wel een natuurlijke persoon inroept dat er sprake is van een inmenging in diens privéleven omwille van een maatregel die zich richt tot een rechtspersoon. Mits de betrokken natuurlijke persoon kan aantonen dat zijn mensenrechten direct getroffen zijn door een maatregel die was gericht tegen een rechtspersoon, geniet de rechtspersoon op die wijze een indirecte rechtsbescherming³⁰⁵. In de context van het recht op privéleven zou dit bijvoorbeeld aan de orde kunnen zijn bij een beslag op de digitale bestanden van een vennootschap waartoe de e-mails van de werknemers behoren. Vermits de werknemer rechtstreeks wordt getroffen door de maatregel gericht tegen een rechtspersoon, kan hij zijn recht op privéleven inroepen, waardoor de vennootschap in voorkomend geval indirect beschermd wordt³⁰⁶.

C. Begrip woning

115. Hierboven is gebleken dat het recht op privéleven en elk recht dat er een onderdeel van vormt met elkaar gemeen hebben dat zij worden beschouwd als rechten die bijdragen tot de persoonlijke ontwikkeling en het welzijn van het individu. Hieruit volgt dat het recht op woning niet gericht is op het beschermen van de eigendomsrechten met betrekking tot de woning, maar wel op de persoonlijke vrijheid, de veiligheid en het welzijn van de

³⁰² EHRM 16 oktober 2007 WIESER AND BICOS BETEILIGUNGEN/Oostenrijk; dit is ook zo in de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake de toepassing van artikel 7 van het Handvest op inmengingen in het recht op communicatie (in beslagname e-mails en telefoontap): zie bv. HvJ 17 december 2015 C-419/14 WEBMINDLICENCES KfT, overweging 71

³⁰³ In de afdeling over de herkomst van het recht op privéleven werd reeds toegelicht dat het EHRM erkende dat het recht op reputatie een onderdeel vormde van het recht op privéleven, dit in het kader van rechtspraak over de toepassing van het recht op vrijheid van meningsuiting in artikel 10 EVRM. In meerdere zaken heeft het EHRM geoordeeld dat het recht op vrijheid van meningsuiting kan worden beperkt met als doelstelling de reputatie van anderen te beschermen, in gevallen waarin de reputatie van rechtspersonen aan de orde was (Zie o.m. EHRM 15 februari 2005, STEEL en MORRIS/VK (§ 94); EHRM 6 oktober 2009 KULIS en ROZYCKI/Polen (§35); EHRM 19 juli 2011, UJ/Hongarije (§22); EHRM 24 april 2007 LOMBARDO /Malta (§50); EHRM 8 oktober 2009 ROMANENKO/Rusland (§39); EHRM 8 oktober 2015, KHARLAMOV/Rusland (§25 en 29). Het recht op de bescherming van de reputatie van rechtspersonen wordt wel niet op dezelfde wijze beoordeeld als het recht op de bescherming van de reputatie van natuurlijke personen (zo stelde het EHRM in de zaak STEEL en MORRIS (§94): " *It is true that large public companies inevitably and knowingly lay themselves open to close scrutiny of their acts and, as in the case of the businessmen and women who manage them, the limits of acceptable criticism are wider in the case of such companies*"

³⁰⁴ HvJ 9 november 2010, C-92/09 en C-93/09, VOLKER & MARCUS SCHECKE, overweging 53-54

³⁰⁵ Zie hierover P.H.P.H.M.C. VAN KEMPEN, "The Recognition of Legal Persons in International Human Rights Instruments: Protection Against and Through Criminal Justice?" In M. PIETH & R. IVORY (Eds.), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*; Heidelberg, Springer, 2011, 364

³⁰⁶ Zie bijvoorbeeld EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen (§107)

bewoners³⁰⁷. Bijgevolg kan het enkel ingeroepen worden door de bewoner en niet door de eigenaar die geen bewoner is³⁰⁸. Het begrip bewoner wordt ruim ingevuld door het EHRM: zelfs een bewoner die juridisch geen aanspraak (meer) maakt op de woning die getroffen is door een maatregel, kan het recht op woning inroepen³⁰⁹.

116. Het begrip woning wordt in de rechtspraak van het EHRM zeer ruim opgevat en omvat elke plaats waar een persoon op permanente wijze woont alsook elke plaats waarmee een voldoende en aanhoudende link bestaat³¹⁰. Vakantiewoningen³¹¹, caravans³¹² of andere tijdelijke verblijfplaatsen³¹³ of zelfs het huis van een broer dat vlakbij de eigen woning gelegen was en met wiens familie er nauw werd samengeleefd³¹⁴ vallen daarom onder het begrip “woning”. Onder het begrip woning valt niet alleen de eigenlijke woning, maar ook het hele gebied dat mee de essentie van het woongenot bepaalt, zoals bij voorbeeld de tuin en de garages³¹⁵. Gevangencellen en grond waarop men een huis wil bouwen, vallen vanuit dezelfde redenering dan weer niet onder het begrip woning³¹⁶.

117. De woningen waarin fiscale visitaties plaatsvinden met het oog op het verzamelen van informatie, zullen dus zonder veel problemen kunnen worden beschermd onder artikel 8 EVRM.

118. Van belang voor dit onderzoek is het feit dat, naast de woning ook beroepslokalen in de rechtspraak van het EHRM van de bescherming genieten van artikel 8 EVRM. De zaak CHAPPELL van 1989³¹⁷ is de eerste zaak waarin het EHRM impliciet erkende dat beroepslokalen onder de bescherming vallen van artikel 8 EVRM. In deze zaak werd er een controle uitgevoerd in een gebouw dat werd aangewend als woonplaats van de verzoeker maar dat tevens werd gebruikt als kantoor van het bedrijf dat verzoeker door middel van een vennootschap uitbaatte. De partijen aanvaardden dat er een inmenging was geweest in het recht op privéleven en het recht op woning van de verzoeker (natuurlijke persoon), zodat het EHRM zich daar verder niet over moest uitspreken, laat staan dat het zich moest uitspreken over de vraag of het feit dat de woning van de verzoeker ook dienstdeed als beroepslokaal, de conclusie dat er een inmenging is geweest op het recht op woning, zou veranderen. Het EHRM sloot zich dus impliciet aan bij het door de partijen ingenomen

³⁰⁷ EHRM 24 november 1986, GILLOW/VK (§ 55): “the right to respect for their “home”, a right which is pertinent to their own personal security and well-being.”

³⁰⁸ EHRM 5 juli 2012, GOLOVAN/Oekraïne (§43)

³⁰⁹ EHRM 15 november 2007 KHAMIDOV/Rusland; EHRM 13 mei 2008, McCANN/VK;

³¹⁰ I. ROAGNA, *Protection the right to respect for private and family life under de European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Council of Europe, 2002, 30 met verwijzing naar EHRM 24 november 1986 GILLOW/VK

³¹¹ EHRM 31 juli 2003, DEMADES/ Turkije

³¹² EHRM 25 september 1996, BUCKLEY/VK

³¹³ EHRM 24 november 1986, GILLOW/VK

³¹⁴ EHRM 15 november 2007, KHAMIDOV/Rusland

³¹⁵ H. KRABBE, “artikel 8. De eerbiediging van het privéleven” in A. HARTEVELD, B. KEULEN en H. KRABBE, *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, Groningen, Wolters-Noordhoff, 1992, 129; P. DE HERT, “het recht op privacy” in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM – deel II. Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 760

³¹⁶ ECRM 17 mei 1969, WEMHOFF/Duitsland. Bij uitbreiding valt ook land waarop industriële gebouwen zijn opgetrokken niet onder de bescherming van artikel 8 EVRM: EHRM 15 november 2007, KHAMIDOV/Rusland

³¹⁷ EHRM 30 maart 1989 CHAPPELL/VK

standpunt³¹⁸. In het hierboven al aangehaalde arrest NIEMIETZ van 1992³¹⁹ neemt het EHRM voor het eerst expliciet en gemotiveerd de stelling in dat beroepslokalen ook onder bescherming vallen van artikel 8 EVRM³²⁰. Zoals hierboven al toegelicht stelt het EHRM dat het recht om relaties aan te gaan, ook in de professionele sfeer, een onderdeel vormt van het recht op privéleven³²¹, waaruit wordt afgeleid dat lokalen waarin dit professioneel leven zich afspeelt, onder de bescherming vallen van artikel 8 EVRM³²². In latere uitspraken over het betreden van beroepslokalen door de overheid, werd vaak zonder veel discussie erkend dat het recht op woning aan de orde was³²³. Tot de beroepslokalen die onder de bescherming van artikel 8 EVRM vallen, worden ook de woningen gerekend waarin beroepsmateriaal worden aangetroffen³²⁴.

119. In een schijnbaar geïsoleerd geval werd niet aanvaard dat de beroepslokalen beschermd waren onder artikel 8 EVRM. In de zaak LEE DAVIES van 2009³²⁵ werd geen rechtsbescherming toegekend aan een gebouw waarin een illegale activiteit werd uitgeoefend. De verzoeker gebruikte bepaalde gebouwen (waarvan hij geen eigenaar was en die hij ook niet huurde) als basis voor zijn handel in verdovende middelen. Deze gebouwen genieten volgens het EHRM niet van de bescherming van artikel 8 EVRM *“omdat een illegale activiteit niet kan worden beschouwd als een activiteit die wordt beschermd onder het begrip woning van artikel 8 EVRM”*³²⁶. Het EHRM houdt bij deze uitspraak rekening met het feit dat de verzoeker geen huurder is van de betrokken gebouwen. VAN KEMPEN³²⁷ bekritiseert terecht deze benadering van het EHRM omdat het uiteraard pas na het stellen van onderzoeksdaden (en eventuele schending van artikel 8 EVRM) mogelijk zal zijn om vast te stellen of de in de gebouwen uitgeoefende activiteiten legaal zijn of niet. Over zijn redenering om tot het oordeel te komen dat criminele activiteiten niet kunnen worden

³¹⁸ Het EHRM verwijst in zijn latere rechtspraak nog regelmatig naar het in de zaak CHAPPELL ingenomen impliciete standpunt dat beroepslokalen onder de bescherming vallen van artikel 8 EVRM, waarmee het EHRM uitdrukking lijkt te geven aan het feit dat het aldaar impliciet ingenomen standpunt bewust was ingenomen.

³¹⁹ EHRM 16 december 1992, NIEMIETZ/Duitsland

³²⁰ EHRM 16 december 1992, NIEMIETZ/Duitsland (§29-30)

³²¹ EHRM 16 december 1992, NIEMIETZ/Duitsland (§29)

³²² Het EHRM voegt aan zijn redenering nog toe dat deze interpretatie aansluit bij de Franse vertaling van het begrip “home”, waar sprake is van “domicile”. “Domicile” heeft volgens het EHRM een ruimere invulling dan het begrip “home” in de Engelse versie van de tekst, zodat ook een kantoor bijvoorbeeld onder het begrip “domicile” kan vallen. Het EHRM wijst er bovendien op dat sommige lidstaten, zoals Duitsland, het begrip woning reeds zo interpreteren dat hiertoe ook de beroepslokalen behoren. Artikel 13 § 1 van de Duitse Grondwet (Grundgesetz) garandeert de onschendbaarheid van de woning. De Duitse grondwet hanteert het begrip “Wohnung”. Deze bepaling werd door de Duitse rechtbanken op een ruime wijze geïnterpreteerd en omvat ook de beroepslokalen (zie bijvoorbeeld Bundesverfassungsgericht 13 October 1971, Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts, vol. 32, 54)

³²³ Merk op dat de Belgische rechtspraak van het Hof van Cassatie deze ruime invulling van het begrip woning niet lijkt te volgen voor wat betreft de beroepslokalen. Het Hof van Cassatie stelde in een arrest van 19 februari 2002 *“Overwegende dat artikel 8, lid 1, EVRM eenieder het recht erkent op eerbiediging van zijn privéleven, zijn gezinsleven, zijn huis en briefwisseling; Dat het door artikel 8, lid 1, EVRM erkende recht ook bedrijfsruimten omvat in de mate dat de daar ontwikkelde activiteiten een privékarakter vertonen of er vertrouwelijke briefwisseling wordt bewaard.”* (Cass. 19 februari 2002, www.cass.be)

³²⁴ EHRM 7 juni 2007 SMIRNOV/Rusland (§136)

³²⁵ EHRM 28 juli 2009 LEE DAVIES /België

³²⁶ EHRM 28 juli 2009 LEE DAVIES /België (§56): *“Or, cette dernière activité délictueuse (un trafic de stupéfiants) ne peut être considérée comme une activité professionnelle et/ou commerciale protégée par la notion de domicile au sens de l'article 8.”*

³²⁷ P.H.P.H.M.C. VAN KEMPEN, “Human Rights and Criminal Justice Applied to Legal Persons, Protection and Liability of Private and Public Entities under the ICCPR, ECHR, ACHR and AfChHPR” *Electronic Journal of Comparative Law*, 2010, vol. 14.3; P.H.P.H.M.C. VAN KEMPEN, “The Recognition of Legal Persons in International Human Rights Instruments: Protection Against and Through Criminal Justice?” In M. PIETH & R. IVORY (Eds.), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*; Heidelberg, Springer, 2011, 379

beschermd onder artikel 8 EVRM, geeft het EHRM niets prijs. Ook in de zaak LUDI³²⁸ werd geoordeeld dat degene die zich met criminele activiteiten inlaat, zich eraan mag verwachten dat hij wordt geconfronteerd met undercoveragenten³²⁹, waardoor het gebruik van deze undercoveragenten geen inmenging vormde in het privéleven. Mogelijks ligt dus de redelijke privacyverwachting aan de basis van de stelling van het EHRM in de zaak LEE DAVIES dat gebouwen waarin illegale activiteiten worden ontplooid, niet onder de bescherming van artikel 8 EVRM zouden vallen: iemand die een criminele activiteit uitoefent kan geen redelijke privacyverwachting hebben ten aanzien van het gebouw waarin deze activiteit wordt ontwikkeld. Wat er ook van zij: het EHRM heeft deze stelling dat het recht op privéleven, en meer bepaald het recht op woning, niet zou kunnen worden ingeroepen door degene die zich inlaat met criminele feiten, of dat dit recht op privéleven in het algemeen niet zou kunnen worden ingeroepen in het kader van een criminele activiteit, in latere uitspraken niet meer herhaald, waardoor bijvoorbeeld wel probleemloos werd aanvaard dat er sprake is van een inmenging in het privéleven wanneer telefoongesprekken worden afgeluisterd in het kader van een strafrechtelijk onderzoek³³⁰.

120. Ook rechtspersonen genieten van het recht op woning. Dit werd voor het eerst duidelijk gesteld in de zaak COLAS EST van 2002³³¹. Het EHRM verantwoordt zijn beslissing door verwijzing naar de redenering dat het EVRM een levend instrument is, dat moet worden geïnterpreteerd in het licht van de hedendaagse omstandigheden, alsook naar de rechtspraak in de zaak COSSEY waarin uitdrukkelijk werd gesteld dat bestaande rechtspraak kan worden verlaten opdat de interpretatie van het EVRM in lijn blijft met de actuele maatschappelijke context³³². Wat betreft de argumentatie die inhoudelijk aan de grondslag ligt van dit standpunt, wordt verwezen naar het arrest NIEMIETZ³³³. Het EHRM verantwoordde toen zijn beslissing om beroepslokalen te beschouwen als woningen in de zin van artikel 8 EVRM, door verwijzing naar twee argumenten, met name – enerzijds - dat het recht op privéleven ook het recht impliceert om relaties aan te gaan, wat ook en vooral in een professionele context gebeurt, en – anderzijds – dat de interpretatie dat ook beroepslokalen moeten worden beschermd onder artikel 8 EVRM in lijn ligt met het voorwerp en doel van het EVRM dat erin bestaat om waarborgen te bieden tegen arbitraire overheidsinmenging³³⁴. Het feit dat het EHRM verwijst naar dit arrest lijkt erop te wijzen dat

³²⁸ EHRM 15 juni 1992, LUDI/Zwitserland

³²⁹ EHRM 15 juni 1992, LUDI/Zwitserland (§40): “*Mr. Lüdi must therefore have been aware from then on that he was engaged in a criminal act punishable under Article 19 of the Drugs Law and that consequently he was running the risk of encountering an undercover police officer whose task would in fact be to expose him.*” Merk op dat R. DE CORTE verdedigt dat het recht op privéleven niet kan worden ingeroepen om te kunnen ontsnappen aan crimineel gedrag, in wezen omdat het recht op privéleven gericht is op de zelfontplooiing: R. DE CORTE, “De achterkant van privacy. Kan het beroep op privacy leiden tot straffeloosheid?” *NjW* 2003, 798-810

³³⁰ Zie bijvoorbeeld: EHRM 23 november 1993, A./Frankrijk. In deze zaak stelt het EHRM dat zelfs het feit dat de communicatie een publiek belang heeft (nl. van belang in het kader van het ophelderen van een moordonderzoek) geen afbreuk doet aan de rechtsbescherming van de communicatie.

³³¹ EHRM 16 april 2002 STES COLAS EST/Frankrijk. In deze zaak liet de Franse overheid een onderzoek uitvoeren bij bouwondernemingen (vennootschappen) in het kader van illegale praktijken bij de toekenning van overheidsopdrachten voor wegenwerken. Later wordt deze stelling herhaald voor EHRM 15 juli 2003 ERNST/België (§109); EHRM 28 april 2005, BUCK/Duitsland (§ 32); EHRM 27 september 2005, SALLINEN/Finland (§ 70); EHRM 11 oktober 2005, KENT PHARMACEUTICALS/VK en EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSENEN/Noorwegen (§104); EHRM 20 december 2016, LINDSTRAND PARTNERS ADVOKATBYRA AB/Zweden (§83-84)

³³² EHRM 16 april 2002 STES COLAS EST/Frankrijk (§41)

³³³ EHRM 16 april 2002 STES COLAS EST/Frankrijk (§41)

³³⁴ EHRM 16 december 1992 NIEMIETZ/Duitsland (§ 31)

het EHRM – ten eerste - meent dat een rechtspersoon recht heeft op de bescherming van zijn beroepslokalen omdat een rechtspersoon bestaat uit individuen (die ook in de beroepslokalen van de rechtspersonen relaties aanknopen met elkaar). Daarnaast en ten tweede lijkt de verwijzing naar de NIEMIETZ-zaak erop te wijzen dat het EHRM vindt dat de bescherming tegen arbitraire inmenging voorop staat, wat verantwoordt dat het begrip “professioneel leven” niet te eng wordt geïnterpreteerd in die zin dat hiertoe alleen het professionele leven van een natuurlijke persoon zou behoren. In latere rechtspraak wordt de rechtsbescherming van de beroepslokalen van een rechtspersoon herhaald, en wordt in algemene zin gesteld dat de maatschappelijke zetel van een onderneming, afdelingen ervan of andere beroepslokalen³³⁵ beschermd worden, zij het dat daarbij wordt vermeld dat deze rechtsbescherming slechts in bepaalde omstandigheden geldt³³⁶.

121. In de zaak LEVEAU AND FILLON³³⁷ van 2005 wordt gesteld dat er bepaalde beperkingen moeten worden gesteld aan de ruime en dynamische interpretatie van het begrip “home”, om te vermijden dat – “in strijd met het gezond verstand” – de bedoelingen van het Verdrag worden geschonden³³⁸. De bedoelde zaak betrof een bedrijf gespecialiseerd in productie van varkens. In een gebouw met verschillende honderden varkens, werd een onaangekondigde controle uitgevoerd over de naleving van bepaalde administratieve voorschriften. Deze controle bestond erin dat de varkens werden geteld. Dit gebouw werd niet beschouwd als een te beschermen lokaal onder artikel 8 EVRM. Het EHRM houdt bij deze beoordeling rekening met de omstandigheden van de zaak, met name het feit dat het geen huiszoeking betrof in de strafrechtelijke zin van het woord, dat de administratieve lokalen van het bedrijf niet werden betreden, noch de woning van de verzoekers en dat de verzoekers een klacht hadden ingediend bij het EHRM in hun hoedanigheid van privépersoon en niet als manager van de vennootschap die het varkensbedrijf uitbaatte. Het EHRM stelde dat een varkensbedrijf bezwaarlijk als bedrijfslokaal kan worden beschouwd, tenzij er sprake zou zijn geweest van het betreden van het hoofdkantoor of zijn afdelingen³³⁹. Ook in de zaak KHAMIDOV van 2007³⁴⁰ stelde het EHRM, zonder veel toelichting, dat de “molen, bakkerij en opslagfaciliteiten die volledig voor industriële doeleinden worden gebruikt”³⁴¹, niet onder de bescherming vallen van het recht op woning van artikel 8 EVRM. VAN KEMPEN³⁴² beschouwt deze beperkingen op het recht op woning als een concretisering van de stelling van het EHRM in de zaak NIEMIETZ dat de inmenging van de overheid in het recht op woning verdergaand kan zijn voor beroepslokalen dan voor

³³⁵ “a company’s registered office, branches and other business premises”

³³⁶ EHRM 2 oktober 2014, DELTA PEKARNY/Tsjechië: (§77): “*Dans certaines circonstances, les droits garantis sous l’angle de l’article 8 de la Convention peuvent être interprétés comme incluant pour une société le droit au respect de son siège social, son agence ou ses locaux professionnels, à l’égard desquels le droit d’ingérence des États peut cependant aller plus loin*”

³³⁷ EHRM 6 september 2005, LEVEAU & FILLON/Frankrijk

³³⁸ EHRM 6 september 2005, LEVEAU & FILLON/Frankrijk: “*However, some limits must be set to this broad interpretation of the “home” and dynamic interpretation of Article 8, to avoid flying in the face of common sense and completely subverting the intentions of the authors of the Convention*”

³³⁹ EHRM 6 september 2005 LEVEAU & FILLON/Frankrijk: “*Hence, it is clear that a farm specialising in pig production and housing several hundred pigs can scarcely be described as a “home”, or even as business premises, unless perhaps the company itself were to allege unlawful entry of its head office or branches (see Société Colas Est, cited above, § 40), which did not occur in this case.*”

³⁴⁰ EHRM 15 november 2007 KHAMIDOV/Rusland (§131)

³⁴¹ Deze onroerende goederen waren eigendom van de verzoekende natuurlijke persoon, maar waren “assigned” aan een vennootschap (EHRM 15 november 2007 KHAMIDOV/Rusland (§ 11))

³⁴² P.H.P.H.M.C. VAN KEMPEN, “The Recognition of Legal Persons in International Human Rights Instruments: Protection Against and Through Criminal Justice?” In M. PIETH & R. IVORY (Eds.), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*; Heidelberg, Springer, 2011, 378

private woningen. Nochtans lijkt het EHRM met de uitspraak dat de inmenging verdergaand kan zijn voor beroepslokalen, eerder een indicatie te hebben gegeven van de wijze waarop de noodzakelijkheidstoets wordt uitgevoerd, eerder dan een stelling te hebben ingenomen ten aanzien van het toepassingsgebied van dit recht op woning. Voortgaand op de redenering die werd ontwikkeld in de zaak NIEMIETZ, komt het eerder voor dat het EHRM enkel rechtsbescherming wenst toe te kennen aan lokalen waarin in zekere mate menselijke relaties worden aangeknoopt. Dit zou eventueel de uitsluiting van een gebouw dat louter voor de productie of industriële doeleinden wordt gebruikt met een beperkte aanwezigheid van mensen, kunnen verklaren³⁴³. Deze vaststelling geldt dan uiteraard ook voor beroepslokalen van natuurlijke personen met een beperkte aanwezigheid van mensen.

122. Bij de fiscale visitatie van de lokalen van een rechtspersoon of van de beroepslokalen van een natuurlijke persoon lijkt de aanwezigheid van personen, of minstens de potentiële aanwezigheid van personen dus van belang bij de bescherming die aan deze lokalen wordt verleend onder artikel 8 EVRM.

123. Volledigheidshalve dient hier te worden opgemerkt dat de rechtspraak van het Hof van Justitie strikt genomen niet gelijkloopt met deze van het EHRM³⁴⁴. In de zaak HOECHST AG van 1989³⁴⁵ riep de verzoeker de onschendbaarheid van de woning in en stelde het Hof van Justitie vast dat dit recht in de communautaire rechtsorde slechts voor natuurlijke personen ten aanzien van hun privéwoning wordt erkend nu de rechtsstelsels van de lidstaten te sterk van elkaar verschillen op het vlak van de bescherming van de beroepslokalen³⁴⁶. Het Hof van Justitie stelt daarnaast dat de rechtspraak van het EHRM – op dat moment³⁴⁷ - artikel 8 EVRM niet zo interpreteert dat hiertoe ook de bescherming van de beroepslokalen wordt gerekend. Nochtans beschouwt het Hof van Justitie het wel als een algemeen beginsel van het gemeenschapsrecht dat elk ingrijpen van een overheid in de sfeer van de private activiteiten van een persoon, of het nu een natuurlijke persoon of rechtspersoon is, telkens moet gebaseerd zijn op een wettelijke basis, die moet omschrijven op welke gronden er een inmenging in het privéleven mogelijk is en die bescherming biedt tegen arbitraire en disproportionele interventies³⁴⁸. Hoewel er dus geen expliciete erkenning is van een rechtsbescherming van de beroepslokalen van een vennootschap onder het recht op privéleven of het recht op woning, worden de beroepslokalen van een vennootschap toch beschermd onder het algemeen beginsel van gemeenschapsrecht dat er

³⁴³ Zie ook H. KRABBE die nog voor de zaken LEVEAU en KHAMIDOV voorspelt dat “*een inblikoperatie in een loods waarin alleen criminele goederen verwachten hoeven te worden en geen personen plegen te werken, minder snel een inbreuk zal opleveren dan een inblik in een kantoor, waar mensen werkzaam zijn die in hun privéleven kunnen worden getroffen*”: H. KRABBE, “artikel 8. De eerbiediging van het privéleven” in A. HARTEVELD, B. KEULEN en H. KRABBE, *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, Wolters-Noordhoff, Groningen, 1996, 157.

³⁴⁴ Voor een vergelijking rechtspraak HvJ en EHRM op dit punt L. RINCON-EIZAGA, “Human Rights in the European Union. Conflict between the Luxembourg and the Strasbourg courts regarding interpretation of article 8 of the European Convention on Human Rights”, *Revista Colombiana de derecho Internacional* 2008, nr. 11, 119-154

³⁴⁵ HvJ 21 september 1989, 46/87 en 227/88, HOECHST (De zaak betrof een inspectie in het kader van de Europese mededingingswetgeving).

³⁴⁶ HvJ 21 september 1989, 46/87 en 227/88, HOECHST, overweging 17

³⁴⁷ Nochtans werd de uitspraak HOECHST geveld 6 maand nadat het EHRM in de zaak CHAPPELL van 30 maart 1989 een – weliswaar impliciet – ander oordeel had geveld (zie hierover L. RINCON-EIZAGA, “Human Rights in the European Union. Conflict between the Luxembourg and the Strasbourg courts regarding interpretation of article 8 of the European Convention on Human Rights”, *Revista Colombiana de derecho Internacional* 2008, nr. 11, 119-154)

³⁴⁸ HvJ 21 september 1989, 46/87 en 227/88, HOECHST, overweging 19

rechtsbescherming moet zijn tegen elke arbitraire en disproportionele inmenging van de overheid in de privésfeer van de (in casu) rechtspersoon³⁴⁹.

D. Begrip correspondentie

124. In de Belgische versie van de tekst van artikel 8 EVRM is sprake van het recht op “briefwisseling” als letterlijke vertaling van het begrip “correspondence” in het Engels³⁵⁰. Omwille van de draagwijdte die in de rechtspraak van het EHRM wordt gegeven aan dit begrip (zie verder hierna), spreekt men in de rechtsleer vaak over het recht op communicatie³⁵¹, zoals dit ook het geval is in artikel 7 van het Handvest. In de Nederlandstalige versie van het EVRM, zoals deze wordt gepubliceerd op de website van het EHRM³⁵², is sprake van het recht op correspondentie. Hierna wordt deze laatste term verder gebruikt.

125. Het begrip correspondentie wordt net als het begrip woning, ruim ingevuld. Niet alleen de inhoud van de communicatie, die steeds als vertrouwelijk wordt beschouwd³⁵³, wordt beschermd. Ook de informatie over de communicatie (zoals tijdstip van communicatie, duurtijd van de communicatie, gekozen telefoonnummers, ...) wordt beschermd³⁵⁴. De reden waarom informatie over de communicatie rechtsbescherming verdient, werd recent uitvoerig toegelicht door het Hof van Justitie in het arrest DIGITAL RIGHTS IRELAND van 8 april 2014 waarin de dataretentierichtlijn³⁵⁵ ongeldig werd verklaard³⁵⁶. Met name stelt het Hof van Justitie dat uit deze gegevens, in hun geheel beschouwd, zeer precieze conclusies kunnen worden getrokken over het privéleven van de personen van wie de gegevens zijn bewaard, zoals hun dagelijkse gewoonten, hun permanente of tijdelijke verblijfplaats, hun dagelijkse of andere verplaatsingen, de activiteiten die zij uitoefenen, hun sociale relaties en de sociale kringen waarin zij verkeren.

³⁴⁹ Dit standpunt werd later herhaald in HvJ 17 oktober 1989, 85/87, DOW BENELUX, overweging 28-30; HvJ 17 oktober 1989, 97/87, 98/87 en 99/87, DOW CHEMICAL IBERICA, overweging 16, HvJ 20 april 1999, T-305/94, T-307/94, T-313/94 tot T-316-94, T-308/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 en T-335/94, LIMBURGSE VINYLMAATSCHAPPIJ NV overweging 417 en HvJ 22 oktober 2002, C-94/00, ROQUETTE FRERES. In deze laatste zaak werd dit principe nog steeds beschouwd als een algemeen principe van gemeenschapsrecht, ondanks het feit dat de mogelijkheid van het Hof van Justitie om rechtstreeks te toetsen aan het EVRM intussen een grondslag had gekregen in het Verdrag (zie het Verdrag van Amsterdam van 1997) en ondanks de evolutie die intussen had plaatsgevonden in de rechtspraak van het EHRM. Zie ook recent nog: HvJ 17 december 2015 C-419/14 WEBMINDLICENCES Kft

³⁵⁰ Merk op dat in de Nederlandse versie van artikel 8 EVRM sprake is van het recht op correspondentie; zie H. KRABBE, “artikel 8. De eerbiediging van het privéleven” in A. HARTEVELD, B. KEULEN en H. KRABBE, *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, Wolters-Noordhoff, Groningen, 1996, 156

³⁵¹ P. DE HERT, *Artikel 8 EVRM en het Belgisch recht. De bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 322

³⁵² www.echr.coe.int/Documents/Convention_NLD.pdf

³⁵³ EHRM 6 september 1978 KLASS/Duitsland; EHRM 24 april 1990, KRUSLIN/Frankrijk; EHRM 24 april 1990, HUVIG/Frankrijk; EHRM 25 juni 1997, HALFORD/VK; EHRM 25 september 2001, P.G. en J.H./VK; EHRM 6 december 2012, MICHAUD/Frankrijk; EHRM 30 juli 1998 VALENZUELA CONTRERAS/Spanje; EHRM 15 januari 2015 DRAGOJEVIC/Kroatië

³⁵⁴ EHRM 2 augustus 1984 MALONE/VK (§ 64 en §68: “The records of metering contain information, in particular the numbers dialed, which is an integral element in the communications made by telephone”; zie ook EHRM 3 april 2007 COPLAND/VK (§ **Fout! Alleen hoofddocument.**): “The Court observes that the use of information relating to the date and length of telephone conversations and in particular the numbers dialed can give rise to an issue under Article 8 as such information constitutes an “integral element of the communications made by telephone”); EHRM 1 maart 2007, HEGLAS/Tsjechië (§60)

³⁵⁵ Deze dataretentierichtlijn verplichtte telecomoperatoren om gedurende een periode van 6 tot 24 maanden de gegevens bij te houden over het telefoon- en e-mailverkeer van burgers ten behoeve van de opsporing en vervolging van ernstige misdrijven

³⁵⁶ HvJ 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, DIGITAL RIGHTS IRELAND, overweging 26 en volgende

126. De vorm die de correspondentie aanneemt is van geen belang: zowel de geschreven als de mondelinge “correspondentie” worden beschermd. Brieven of e-mails worden dus beschermd, waarbij het irrelevant is of deze brieven of e-mails geopend zijn of niet. De wijze van transport van de brieven is irrelevant³⁵⁷. Ook telefoongesprekken worden beschermd³⁵⁸, alsook elk mondeling gesprek, zelfs zonder het gebruik van (tele)communicatiemiddelen³⁵⁹. Het is ook van geen belang dat de “correspondentie” niet wordt aangetroffen bij degene die heeft “gecommuniceerd”, maar bij een derde³⁶⁰. In de zaak M.N.³⁶¹ bijvoorbeeld wordt informatie over de verzoeker (die volgens het EHRM onder het recht op correspondentie valt) opgevraagd bij financiële instellingen, wat door het EHRM als irrelevant wordt beschouwd. Het is ook van geen belang dat de correspondentie nog in de transmissiefase zit³⁶².

127. Ook de inhoud van de correspondentie is irrelevant. Zowel private correspondentie als professionele correspondentie vallen dus onder de bescherming van artikel 8 EVRM³⁶³. Dit is logisch vanuit de premisse die het EHRM maakt dat het professionele leven – en de relaties die zich in die context afspelen – tot het te beschermen privéleven behoort. In de zaak NIEMIETZ³⁶⁴ wordt bovendien toegelicht dat het recht op correspondentie niet werd voorzien van het adjectief “privé” en het (ook) daarom van geen belang is wat de inhoud is van de communicatie die het voorwerp uitmaakt van de bestreden maatregel. In de zaak A. van 1993³⁶⁵ stelt het EHRM dat zelfs het feit dat de communicatie een publiek belang heeft (nl. van belang in het kader van het ophelderen van een moordonderzoek) geen afbreuk doet aan de rechtsbescherming van de communicatie. Het is bijgevolg evenzeer logisch dat correspondentie die afkomstig is van beroepslokalen, zonder onderscheid van de rechtsbescherming geniet van artikel 8 EVRM³⁶⁶. Door het EHRM werd bovendien ook nooit

³⁵⁷ P. DE HERT, “artikel 8 recht op privacy” in J. VAN DE LANOTTE en Y. HAECK, (eds.) *Handboek EVRM – artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen Intersentia, 2004-2005, 770; T. FREYNE, “de bewaking van privécommunicatie en – telecommunicatie in strafonderzoeken: een stand van zaken” *T. Strafr.* 2008, alf. 3, 165-182

³⁵⁸ Zie hierover veelvuldige rechtspraak: EHRM 6 september 1978 KLASS/Duitsland (§41) EHRM 2 augustus 1984 MALONE /VK; EHRM 24 april 1990 HUVIG/Frankrijk; EHRM 24 april 1990 KRUSLIN/Frankrijk; EHRM 25 juni 1997, HALFORD/VK; EHRM 25 maart 1998, KOPP/Zwitserland; EHRM 30 juli 1998 VALENZUELA CONTRERAS/Spanje ; EHRM 24 augustus 1998, LAMBERT/Frankrijk; EHRM 12 mei 2000, KHAN/VK; EHRM 12 juni 2003, CHALKLEY/VK; EHRM 25 november 2003, LEWIS/VK; EHRM 29 maart 2005, MATHERON/Frankrijk; EHRM 3 april 2015, PRUTEANU/Roemenië

³⁵⁹ B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, Brussel, Larcier, 2008, 76-77

³⁶⁰ Het is dus van geen belang dat de afgeluisterde gesprekken afkomstig zijn van een telefoon van een derde (EHRM 24 augustus 1998, LAMBERT/Frankrijk; EHRM 25 juni 2013, VALENTINO/Roemenië; EHRM 19 november 2013, ULARIU/Roemenië).

³⁶¹ EHRM 7 juli 2015, M.N./San Marino

³⁶² Dit is wel van belang voor de rechtsbescherming van artikel 29 GW dat dus beperkter is dan de rechtsbescherming van artikel 7 EVRM (zie afdeling toelichting bij de onderzoeksmethodiek)

³⁶³ Zie bijvoorbeeld: EHRM 20 oktober 1988 SCHONENBERGER & DURMAZ/Zwitserland over de briefwisseling tussen de advocaat en zijn cliënt met professionele inhoud; zie bijvoorbeeld: EHRM 8 september 1978, KLASS/VK; EHRM 2 augustus 1984, MALONE/VK; EHRM 24 april 1990 HUVIG/Frankrijk inzake telefoongesprekken waarbij ook geen onderscheid werd gemaakt tussen telefoongesprekken met professionele of private inhoud.

³⁶⁴ EHRM 16 december 1992 NIEMIETZ/Duitsland (§ 32)

³⁶⁵ EHRM 23 november 1993, A./Frankrijk

³⁶⁶ EHRM 25 juni 1997 HALFORD/VK (§42-46); EHRM 25 maart 1998, KOPP/Zwitserland. Bij deze laatste stelling moet wel een nuance worden gemaakt. Bij maatregelen die ten aanzien van correspondentie worden genomen door de overheid als *werkgever* van de betrokkene geldt de rechtsbescherming van de correspondentie niet steeds. Hier wordt immers ook rekening gehouden met de redelijke privacyverwachting om te beslissen of de correspondentie wel geniet van het recht op bescherming onder artikel 8 EVRM. De werkgever heeft immers een controlerecht. In de zaak HALFORD van 1997 (EHRM 25 juni 1997 HALFORD/VK (§42-46)) hield het EHRM voor het eerst rekening met het criterium van de redelijke privacyverwachting,

aangegeven dat de inmenging in professionele correspondentie verdergaand zou kunnen zijn dan private correspondentie.

128. Volgens H. KRABBE³⁶⁷ moet het, om de rechtsbescherming te genieten van artikel 8 EVRM, wel om communicatie gaan tussen personen. Een dagboek voor persoonlijk gebruik zou in die context geen rechtsbescherming krijgen onder het recht op correspondentie, maar wel eventueel onder het recht op privéleven. In het arrest MICHAUD van 2012³⁶⁸ wordt dit in wezen bevestigd, waar zeer algemeen wordt gesteld dat artikel 8 EVRM de confidentialiteit beschermt van alle uitwisselingen waarin individuen betrokken zijn vanuit communicatiedoeleinden³⁶⁹. Nochtans moet worden vastgesteld – en dit is van groot belang in het kader van de centrale onderzoeksvraag – dat door het EHRM zeer snel wordt geoordeeld dat het recht op correspondentie aan de orde is, zonder concreet te onderzoeken of de bestreden maatregel zich volledig richt op “uitwisselingen waarin individuen betrokken zijn vanuit communicatiedoeleinden”. Zo zullen cliëntendossiers die in beslag worden genomen in een advocatenkantoor, volledig beschermd worden onder het recht op correspondentie³⁷⁰. Klaarblijkelijk is het EHRM dus bereid om alle informatie die vanuit een (vertrouwelijke) communicatie bij de advocaat is terechtgekomen, te beschermen onder artikel 8 EVRM. Maar het EHRM gaat nog verder. In de zaak SALLINEN van 2005³⁷¹ waarin een kopie wordt genomen van de volledige harddisk van een advocaat, wordt geoordeeld dat er sprake is van een inmenging in het recht op correspondentie³⁷², wellicht vanuit de redenering dat minstens een deel van de informatie afkomstig is van communicatie met de cliënten. Zelfs wanneer niets in beslag wordt genomen tijdens een zoeking in een advocatenkantoor, maar er tijdens de (fiscale) zoeking wel in kasten en computers werd gekeken, wordt aangenomen dat er sprake is van een schending van het recht op correspondentie³⁷³. Het EHRM lijkt dit explicieter te stellen in de zaak BERNH LARSEN van 2013. In deze zaak werd door de fiscale administratie een back-up meegenomen van de volledige harde schijf van een bedrijf. Het EHRM stelt uitdrukkelijk dat de belangrijkste kwestie in deze zaak erin bestaat dat de fiscale administratie door het nemen van de back-up, niet alleen fiscaal relevante informatie had meegenomen, maar ook private documenten en correspondentie van werknemers en andere personen die voor het bedrijf werkten, alsook confidentieel commercieel materiaal. Daarnaast werd ook informatie meegenomen van andere bedrijven die de server met het onderzochte bedrijf deelden. Deze informatie werd door het EHRM allemaal beschouwd als informatie die beschermd wordt

weliswaar in het voordeel van de werknemer die het voorwerp uitmaakte van de controle van diens telefoongesprekken gevoerd vanop de werkplek (zie hierover: K. DE SCHEPPER en F. VERBRUGGEN, “De bescherming van het zakengeheim in het strafrecht: cavalerie of calvarie?” in B. ALLEMEERSCH, K. ANDRIES, G.L. BALLON, K. DE SCHEPPER, D. D’HOOGHE, N. KIEKENS, F. VERBRUGGEN, *Zakengeheim*, Brugge, Die Keure, 2012, 170; I ROAGNA, *Protection the right to respect for private and family life under de European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Council of Europe, 2002, 21)

³⁶⁷ H. KRABBE, “artikel 8. De eerbiediging van het privéleven” in A. HARTEVELD, B. KEULEN en H. KRABBE, *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, Wolters-Noordhoff, Groningen, 1996, 156

³⁶⁸ EHRM 6 december 2012, MICHAUD/Frankrijk

³⁶⁹ EHRM 6 december 2012, MICHAUD/Frankrijk (§90): “This means that what article 8 protects is the confidentiality of all the exchanges in which individuals may engage for the purpose of communication”

³⁷⁰ EHRM 16 december 1992 NIEMIETZ /Duitsland (§32); zie ook EHRM 19 september 2002, TAMOSIUS/VK

³⁷¹ EHRM 27 september 2005 SALLINEN/Finland

³⁷² EHRM 27 september 2005 SALLINEN/Finland (§71); zie ook EHRM 16 oktober 2007 WIESER AND BICOS BETEILIGUNGEN/Oostenrijk; zie ook EHRM 3 juli 2012 ROBATHIN/Oostenrijk (§39); zie ook EHRM 2 april 2015 VINCI CONSTRUCTION/Frankrijk (§63); EHRM 3 september 2015, SERVULO & ASSOCIADOS – SOCIEDADE DE ADVOGADOS/Portugal (§75 en 92)

³⁷³ EHRM 20 december 2016, LINDSTRAND PARTNERS ADVOKATBYRA AB/Zweden (§84)

door artikel 8 EVRM³⁷⁴. Het feit dat met andere woorden een deel van de informatie dat door de bestreden maatregel wordt getroffen, een rol heeft of heeft gehad in communicatie tussen mensen, zorgt ervoor dat de gehele maatregel als een inmenging in het privéleven wordt beschouwd. De brede interpretatie van het begrip correspondentie heeft wat betreft natuurlijke personen vaak weinig praktisch belang aangezien een maatregel die zowel informatie treft die gelinkt kan worden aan communicatie, als informatie die niets met communicatie te maken heeft, vaak wordt beoordeeld vanuit zowel het recht op correspondentie als het recht op privéleven³⁷⁵. Voor rechtspersonen, van wie vooralsnog niet uitdrukkelijk wordt aanvaard dat zij een eigen privéleven hebben, is deze extensieve interpretatie wel van belang, ook in dit onderzoek. Het EHRM vereist immers niet dat de natuurlijke personen die effectief communiceerde ook zelf klaagden over de schending van hun recht op communicatie³⁷⁶.

129. Ook rechtspersonen genieten immers van het recht op correspondentie. In de hierboven al aangehaalde zaak ASSOCIATION FOR EUROPEAN INTEGRATION AND HUMAN RIGHTS & EKIMDZHIEV van 2007³⁷⁷ die handelde over een wettelijke bepaling die geheime inzameling van informatie mogelijk maakte, stelde het EHRM in algemene zin dat de mail en andere communicatie **van** een rechtspersoon onderdeel vormen van het begrip “correspondentie” van artikel 8 EVRM³⁷⁸. In hetzelfde jaar paste het EHRM deze stelling toe in de zaak WIESER AND BICOS BETEILIGUNGEN³⁷⁹, die van belang is omdat in deze zaak wordt bevestigd dat de rechtsbescherming van de correspondentie van de rechtspersoon (Bicos Beteiligungen) dezelfde is als deze van de natuurlijke persoon (dhr. Wieser)³⁸⁰. Net zoals er geen verminderde rechtsbescherming is omdat correspondentie betrekking heeft op een professionele inhoud of afkomstig van professionele lokalen, is er ook geen verminderde rechtsbescherming voor correspondentie van rechtspersonen.

E. Bescherming van informatie

130. Wanneer informatie onderdeel vormt van het recht op correspondentie, is er dus een ruime rechtsbescherming onder artikel 8 EVRM. Deze ruime rechtsbescherming geldt zowel wanneer de maatregel zich richt tot een natuurlijke persoon in private context als in professionele context, als wanneer een maatregel zich richt tot een rechtspersoon. Het begrip correspondentie krijgt een ruime interpretatie zodat informatie die, samen met informatie die kan worden gelinkt aan communicatie, het voorwerp vormt van een

³⁷⁴ EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen (§129)

³⁷⁵ Zie bijvoorbeeld de zaak M.N. van 2015 (EHRM 7 juli 2015 M.N./San Marino) waarin kopie werd genomen van zowel documenten die duidelijk onderdeel vormen van communicatie (zoals e-mails) als documenten die geen rol spelen in communicatie (zoals bankafschriften of cheques) en waarin werd gesteld dat zowel het recht op correspondentie als het recht op privéleven aan de orde zijn; zie ook EHRM 22 december 2015 G.S.B./Zwitserland (§ 51)

³⁷⁶ EHRM 2 oktober 2014, DELTA PEKARNY/Tsjechië (§65), zie eerder ook al EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen

³⁷⁷ EHRM 28 juni 2007 ASSOCIATION FOR EUROPEAN INTEGRATION AND HUMAN RIGHTS & EKIMDZHIEV/Bulgarije

³⁷⁸ EHRM 28 juni 2007 ASSOCIATION FOR EUROPEAN INTEGRATION AND HUMAN RIGHTS & EKIMDZHIEV/Bulgarije (§60)

³⁷⁹ EHRM 16 oktober 2007 WIESER AND BICOS BETEILIGUNGEN/Oostenrijk (§ 45); zie ook P.H.P.H.M.C. VAN KEMPEN, “The Recognition of Legal Persons in International Human Rights Instruments: Protection Against and Through Criminal Justice?” In M. PIETH & R. IVORY (Eds.), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*; Heidelberg, Springer, 2011, 379

³⁸⁰ Zie later ook nog EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen (§106); zie ook EHRM 16 juni 2015 OTHYMIA/Nederland (§36-37)

maatregel, meegeniet van de rechtsbescherming van artikel 8 EVRM. De vraag rijst evenwel of ook informatie die niet kan worden gelinkt aan communicatie, van enige rechtsbescherming geniet onder artikel 8 EVRM.

Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen informatie *over* een natuurlijke persoon en de informatie *over* een rechtspersoon. Voor “informatie over een natuurlijke persoon” gebruikt het EHRM gaandeweg de term “persoonsgegevens” in de zin van de Conventie nr. 108.

1. Informatie over een natuurlijk persoon

a. Van “information relating to a person’s private life” tot “personal data”

131. Algemeen wordt aanvaard dat het recht op bescherming van het privéleven zoals bedoeld in artikel 8 EVRM een *zeker* recht op bescherming van de persoonsgegevens omvat³⁸¹, zijnde informatie *over* een (geïdentificeerd of identificeerbaar) natuurlijke persoon³⁸². Nochtans kan uit de rechtspraak van het EHRM niet worden afgeleid dat elk persoonsgegeven wordt beschermd onder artikel 8 EVRM³⁸³.

132. Het EHRM hanteert in de oudere rechtspraak het begrip “personal data” nog niet en spreekt over “information relating to a person’s private life”. De bescherming van de persoonsgegevens lijkt aanvankelijk beperkt tot informatie *over* het privéleven van een natuurlijke persoon, in de enge zin van het woord. Zo kan er onder meer worden gedacht aan de zaak X. van 1982³⁸⁴ aangaande de verplichte deelname aan volkstellingen. De ECRM stelde dat deze verplichte medewerking waarbij vragen dienden te worden beantwoord over

³⁸¹ P. DE HERT & S. GUTWIRTH, “Privacy, data protection and law enforcement. Opacity of the individual and transparency of power” in E. CLAES, A. DUFF & S. GUTWIRTH, *Privacy and Criminal Law*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 80; P. DE HERT, S. GUTWIRTH, “Data Protection in the case law of Strasbourg and Luxemburg” in *Reinventing data protection 2009*, Heidelberg, Springer, 18; zie ook HvJ 17 oktober 2013 C-291/12 SCHWARZ overweging 24 en 25 waarin wordt gesteld dat uit de samenhang van artikel 7 van het Handvest (recht op eerbiediging van het privéleven) en artikel 8 van het Handvest (recht op bescherming van de persoonsgegevens) volgt dat in beginsel elke verwerking van persoonsgegevens door een derde, een aantasting van die rechten *kan* opleveren.

³⁸² Volledigheidshalve moet worden opgemerkt dat het feit dat de informatie in wezen over een voorwerp gaat en slechts indirect over een natuurlijke persoon handelt, niet uitsluit dat er rechtsbescherming is van dit gegeven onder artikel 8 EVRM. In de zaak UZUN (EHRM 2 september 2010, UZUN/Duitsland) werd de verzoeker geobserveerd middels zijn gps. Hoewel het tijdens de observatie verzamelde materiaal in wezen betrekking heeft op een voorwerp, namelijk het voertuig van de verzoeker, levert deze informatie indirect informatie op over de natuurlijke persoon zelf. Deze benadering stemt overeen met de wijze waarop het begrip persoonsgegevens wordt ingevuld in het recht op bescherming van de persoonsgegevens.

³⁸³ P. DE HERT & S. GUTWIRTH, “Privacy, data protection and law enforcement. Opacity of the individual and transparency of power” in E. CLAES, A. DUFF & S. GUTWIRTH, *Privacy and Criminal Law* Antwerpen, Intersentia, 2006, 80; H. KRANENBORG, “Access to documents and data protection in the European Union: on the public nature of personal data” in *Common Market Law Review* 2008, 1090-1091; P. DE HERT en S. GUTWIRTH, “Data Protection in the case law of Strasbourg and Luxemburg” in *Reinventing data protection*, Heidelberg, Springer, 2009, 24; H.R. KRANENBORG en L.F.M. VERHEY, *Wet bescherming persoonsgegevens in Europees perspectief*, Deventer, Kluwer, 2011, 21; F. BOEHM, *Information Sharing and Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice. Towards Harmonised Data Protection Principles for Information Exchange at EU-level*, Berlin – Heidelberg, Springer, 2012, XII, 25; D. DE BOT, “Artikel 22 Grondwet en het onderscheid tussen privacyrecht en gegevensbeschermingsrecht. Een formele wet is niet altijd nodig wanneer de overheid gegevens verwerkt, maar toch vaak”, *CDPK* 2013, 362-363; KOKOTT en C. SOBOTTA, “The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR”, *International Data Privacy Law*, 2013, 222-228; G. GONZALEZ FUSTER, *The emergence of personal data protection as a fundamental right of the European Union*, Berlin - Heidelberg, Springer, 2014, 101

³⁸⁴ ECRM 6 oktober 1982, X/VK

het geslacht, huwelijkse staat, de geboorteplaats en andere persoonlijke details van de leden van een huishouden, *prima facie* een inmenging kan vormen in het recht gegarandeerd in artikel 8 § 1 EVRM³⁸⁵. In de zaak ANDERBERG van 1992³⁸⁶ verwijst de ECRM naar de zaak X. van 1982 om in meer algemene termen te stellen dat de verplichte deelname aan een volkstelling een inmenging vormt op het recht gegarandeerd in artikel 8 lid 1 EVRM. Het verplicht meedelen van informatie over het private leven van een natuurlijke persoon, wordt dus als een inmenging in het privéleven beschouwd. De opgevraagde informatie betrof informatie over de inkomsten en het onroerend vermogen, de huwelijkse staat en de indeling van de woning. In fiscale context werd de verplichte mededeling van de lijst met private uitgaven aan de fiscale administratie op straffe van een aanslag van ambtswege, “sans difficultés” als een inmenging in het privéleven beschouwd in de Belgische zaak HARDY-SPIRLET van 1982³⁸⁷. Ook hier weer handelt de uitspraak duidelijk over informatie over het privéleven van een natuurlijke persoon.

De rechtsbescherming van persoonsgegevens lijkt in die periode dus gebaseerd te zijn op de private inhoud van de informatie over de natuurlijke persoon. Hiertoe kunnen ook de inkomsten en het vermogen kunnen worden gerekend³⁸⁸. Het verplicht moeten prijsgeven van deze private informatie of – van de zijde van de overheid bezien - de *kennisname* door de overheid van deze informatie over het private leven, wordt daarbij als een inmenging in het privéleven beschouwd.

Dat het in deze beginfase moet gaan over informatie over het private leven in de strikte zin van het woord, wordt bevestigd door de zaak REYNTJENS van 1992³⁸⁹, waarin de ECRM oordeelde dat de kennisname van paspoortinformatie naar aanleiding van een paspoortcontrole geen inmenging vormt in het privéleven. De ECRM verantwoordt dit door te stellen dat de paspoortinformatie (zoals naam en adres) geen informatie is *over* het privéleven.

133. Gaandeweg wordt het EHRM evenwel beïnvloed door de gedachte, die ook aan de grondslag heeft gelegen van de Conventie nr. 108, dat de risico's voor het recht op privéleven niet zozeer inherent zijn aan de persoonsgegevens zelf, maar wel verbonden zijn aan de wijze waarop persoonsgegevens worden verwerkt. Het in grote hoeveelheden opslaan, doorgeven en aan elkaar koppelen van persoonsgegevens, mogelijk gemaakt door de technologische evolutie van de jaren '70 van de vorige eeuw, werden immers als duidelijke risico's gezien voor het recht op privéleven, zeker en met name wanneer de

³⁸⁵ De ECRM voert het onderzoek of de verplichte deelname aan de volkstelling een inmenging vormt in het privéleven niet ten gronde verder, en gaat meteen over naar het onderzoek van de toelaatbaarheidsvoorwaarden van een inmenging onder artikel 8 § 2 EVRM

³⁸⁶ ECRM 29 juni 1992, ANDERBERG/Zweden

³⁸⁷ ECRM 7 december 1982, HARDY-SPIRLET/België. De verplichting tot het ter beschikking stellen van de lijst met private uitgaven ontstond in deze zaak naar aanleiding van een vraag om inlichtingen die kaderde in de voorbereiding van een indiciaire taxatie. Zie ook veel later de zaak WASMUTH waar de verplichting tot het meedelen van de geloofsovertuiging in het kader van een kerkbelasting als een inmenging wordt beschouwd in het privéleven (EHRM 11 februari 2011, WASMUTH/Duitsland)

³⁸⁸ Het feit dat het inkomen en het vermogen als gegevens van private aard worden beschouwd, lijkt niet te zijn gewijzigd. Sociologische studies tonen aan dat financiële informatie tot zeer persoonlijke gegevens worden gerekend met een zeer hoge gevoeligheidsgraad (D. DE BOT, “Verwerking van persoonsgegevens” in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 36)

³⁸⁹ EHRM 9 september 1992 REYNTJENS/België; zie later ook nog ECRM 20 februari 1995, IJSPEERD/Nederland; ECRM 14 februari 1998, HERBECQ/België

overheid deze persoonsgegevens in groten getale opslaat en uitwisselt, en hierdoor “Big Brother” zou worden die het doen en laten van de burger kon kennen en controleren. In die gedachte heeft het geen zin enkel de informatie zelf en de private inhoud ervan in ogenschouw te nemen bij de beoordeling van de vraag of er een inmenging in het privéleven is, maar dient tevens rekening te worden gehouden met de wijze waarop informatie over een natuurlijke persoon, waar ze inhoudelijk ook over gaat, wordt verwerkt.

134. In de zaak MALONE van 1984³⁹⁰ komt deze gedachte al een eerste maal naar boven, waar het EHRM het registreren van informatie over de communicatie (duurtijd gesprekken, ...) als dusdanig niet als een inmenging in het privéleven beschouwt, maar wel het *doorgeven* ervan aan (in casu) de politie. Ook de zaak LEANDER van 1987³⁹¹ wordt traditioneel gezien als een mijlpaalarrest in het kader van de rechtspraak van het EHRM betreffende de verwerking van persoonsgegevens, omdat het inzamelen van informatie hier samen wordt gezien met de *opslag* ervan. In deze zaak werd het opslaan in een geheim politieregister van informatie over het private leven van de verzoeker en het vrijgeven ervan, gekoppeld aan het feit dat aan de verzoeker de mogelijkheid werd geweigerd deze informatie tegen te spreken, beschouwd als een inmenging in het privéleven³⁹². In latere uitspraken wordt naar de zaak LEANDER verwezen om in meer algemene zin te stellen dat de opslag van gegevens over het private leven binnen het toepassingsgebied valt van artikel 8 EVRM³⁹³.

135. Het EHRM zou pas uitdrukkelijk de link leggen naar de Conventie nr. 108 voor het bepalen van wat onder de rechtsbescherming valt van artikel 8 EVRM in 2000 en met name in de zaak AMANN³⁹⁴. In deze zaak diende het EHRM, net als in de zaak LEANDER, opnieuw te oordelen over de *opslag* van informatie, die deze keer evenwel over het professionele leven of zakelijke leven van de betrokkene handelde. Het EHRM oordeelde dat ook de opslag

³⁹⁰ EHRM 2 augustus 1984 MALONE/VK (§84): “As the Government rightly suggested, a meter check printer registers information that a supplier of a telephone service may in principle legitimately obtain, notably in order to ensure that the subscriber is correctly charged or to investigate complaints or possible abuses of the service. By its very nature, metering is therefore to be distinguished from interception of communications, which is undesirable and illegitimate in a democratic society unless justified. The Court does not accept, however, that the use of data obtained from metering, whatever the circumstances and purposes, cannot give rise to an issue under Article 8 (art. 8). The records of metering contain information, in particular the numbers dialed, which is an integral element in the communications made by telephone. Consequently, release of that information to the police without the consent of the subscriber also amounts, in the opinion of the Court, to an interference with a right guaranteed by Article 8 (art. 8).”

³⁹¹ EHRM 26 maart 1987, LEANDER/Zweden

³⁹² EHRM 26 maart 1987, LEANDER/Zweden (§48): “It is uncontested that the secret police-register contained information relating to Mr. Leander’s private life. Both the storing and the release of such information, which were coupled with a refusal to allow Mr. Leander an opportunity to refute it, amounted to an interference with his right to respect for private life as guaranteed by Article 8 § 1 (art. 8-1).”

³⁹³ EHRM 16 februari 2000 AMANN/Zwitserland (§65): “The Court reiterates that the storing of data relating to the “private life” of an individual falls within the application of Article 8 § 1 (see the Leander v. Sweden judgment of 26 March 1987, Series A no. 116, p. 22, § 48)”; zie ook EHRM 6 juni 2006, SEGERSTEDT-WIBERG/Zweden (§72)

³⁹⁴ Merk op dat het EHRM reeds eerder de link legde met de Conventie nr. 108 van 1981 in de zaak X. van 1997 in het kader van de beoordeling van de noodzakelijkheidsvereiste (EHRM 25 februari 1997, Z./Finland). Het EHRM stelde dat de bescherming van persoonsgegevens, en niet het minst medische gegevens, van fundamenteel belang is voor de bescherming van het recht op privéleven, zodat het feit dat de bestreden maatregel persoonsgegevens betrof, en in casu dan nog gevoelige persoonsgegevens, een factor is die de noodzakelijkheidsbeoordeling beïnvloedt. De ECRM zou al eerder de link leggen naar de Conventie nr. 108 in ECRM 11 december 1985, LUNDVALL/Zweden. De verwijzing naar de Conventie nr. 108 voor de noodzakelijkheidstoets gebeurt daarna nog veelvuldig. Zie bijvoorbeeld: EHRM 28 januari 2003, PECK/VK (§78); EHRM 10 oktober 2006, L.L./Frankrijk (§43); EHRM 17 juli 2008, I./Finland (§38); EHRM 25 november 2008, BIRIUK/Litouwen (§39); EHRM 4 december 2008, S en MARPER/VK (§103); EHRM 6 oktober 2009, C.C./Spanje (§31)

van informatie over het professionele leven als een inmenging moet worden beschouwd in het privéleven. Het EHRM verwees hierbij enerzijds naar het arrest NIEMIETZ³⁹⁵ waarbij al werd gesteld dat het professionele leven niet kan worden uitgesloten van het begrip privéleven. Anderzijds verwijst het EHRM naar de Conventie nr. 108, en stelt dat zijn interpretatie dat ook de opslag van informatie over het professionele leven van een natuurlijke persoon onder het toepassingsgebied van artikel 8 EVRM valt, overeenstemt met het toepassingsgebied van de Conventie nr. 108, dat elk persoonsgegevens beschermt en dus ook de persoonsgegevens die handelen over het professionele leven³⁹⁶. Zonder hiermee te zeggen dat elk persoonsgegevens in de zin van de Conventie nr. 108 moet worden beschermd onder artikel 8 EVRM, blijkt uit deze passage wel dat het EHRM rekening wil houden met het rechtskader van de Conventie nr. 108, dat net als artikel 8 EVRM de bescherming van het recht op privéleven tot doel heeft. Eenzelfde redenering wordt door het EHRM gemaakt in de zaak ROTARU³⁹⁷ waarin het EHRM ook de opslag van informatie met een publiek karakter als een inmenging in het privéleven beschouwt. In casu betrof de informatie onder meer de studies van de verzoeker, zijn politieke activiteiten en zijn strafregister, waarvan werd betoogd dat deze informatie tot op zekere hoogte publiek gekend was. Het EHRM verduidelijkt dat dergelijke publieke informatie in het toepassingsgebied van artikel 8 EVRM kan vallen wanneer deze publieke informatie systematisch wordt geregistreerd en opgeslagen³⁹⁸. De informatie verdient dus slechts rechtsbescherming, niet door de loutere kennisname ervan door de overheid, maar wel door het *gebruik* dat ervan werd gemaakt. In de zaak M.M. van 2012 wordt nog verduidelijkt dat de informatie in een strafregister op zich als publieke informatie kan worden beschouwd. Wanneer deze informatie evenwel wordt bewaard zodat ze beschikbaar kan worden voor derden op een moment dat deze derden zich deze informatie normalerwijze niet meer zullen herinneren, dan geniet deze informatie van de rechtsbescherming van artikel 8 EVRM³⁹⁹.

136. In latere rechtspraak wordt duidelijk dat de vraag of rechtsbescherming wordt verleend aan persoonsgegevens, afhankelijk is van een hele reeks contextuele elementen⁴⁰⁰

³⁹⁵ EHRM 16 december 1992, NIEMIETZ /Duitsland

³⁹⁶ EHRM 16 februari 2000 AMMAN/Zwitserland (§ 65): "(...)That broad interpretation corresponds with that of the Council of Europe's Convention of 28 January 1981 for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, which came into force on 1 October 1985 and whose purpose is "to secure in the territory of each Party for every individual ... respect for his rights and fundamental freedoms, and in particular his right to privacy, with regard to automatic processing of personal data relating to him" (Article 1), such personal data being defined as "any information relating to an identified or identifiable individual" (Article 2)."

³⁹⁷ EHRM 4 mei 2000, ROTARU/Roemenië (§ 43)

³⁹⁸ EHRM 4 mei 2000, ROTARU/Roemenië (§ 43): "The Court reiterates that the storing of information relating to an individual's private life in a secret register and the release of such information come within the scope of Article 8 § 1 (...). Moreover, public information can fall within the scope of private life where it is systematically collected and stored in files held by the authorities. That is all the truer where such information concerns a person's distant past." Een gelijkaardige redenering werd duidelijk in EHRM 25 september 2001 P.G. & J.H./VK (de stemopnames worden beschermd onder artikel 8, onder meer omdat zij verder werden gebruikt voor identificatiedoeleinden). Zie ook eerder al in de zaak FRIEDL (Opinion of the Commission van 31 januari 1995 in de zaak FRIEDL/Oostenrijk (§ 49-52))

³⁹⁹ EHRM 13 november 2012, M.M. t. VK (§188-190): "(...) In this regard the Court, (...), emphasizes that although data contained in the criminal record are, in one sense, public information, their systematic storing in central records means that they are available for disclosure long after the event when everyone other than the person concerned is likely to have forgotten about it (...). Thus, as the conviction or caution itself recedes into the past, it becomes a part of the person's private life which must be respected (...). In the present case, the administration of the caution occurred almost twelve years ago. (...)"

⁴⁰⁰ In de rechtsleer worden verschillende pogingen ondernomen om de aanknopingspunten van de persoonsgegevens met het recht op privéleven in kaart te brengen (zie P. DE HERT en S. GUTWIRTH, "Privacy,

waarvan algemeen wordt aangenomen dat het EHRM zich voor het bepalen van deze contextuele elementen heeft laten leiden door de basisprincipes van de Conventie nr. 108⁴⁰¹. In de zaak S. en MARPER van 2008⁴⁰² wordt gesteld dat, om te bepalen of de opgeslagen informatie (in casu DNA-profielen, cellulaire monsters en vingerafdrukken) betrekking heeft op één van de aspecten van het privéleven, er met een reeks *contextuele* elementen moet worden rekening gehouden. Met name dient, naast de aard van de gegevens zelf, rekening te worden gehouden met (1) de context waarin de informatie werd vergaard en bewaard, (2) de aard van de databanken waarin de informatie wordt opgeslagen en (3) de wijze waarop deze databanken verder worden gebruikt en verwerkt, en de resultaten die kunnen worden bereikt⁴⁰³. DNA-profielen, cellulaire monsters en vingerafdrukken geven op zich genomen weinig informatie prijs over het private leven van de betrokkene. Indien evenwel rekening wordt gehouden met de hiervoor vermelde contextuele elementen, dan wordt de privacybescherming van dit materiaal verantwoord vanuit onder meer het feit dat de strafzaak – in het kader waarvan het materiaal werd verzameld – al is beëindigd (soms met vrijspraak), als vanuit het feit dat uit deze informatie – bij verdere verwerking – een pak nieuwe informatie kan worden gehaald (waaronder genetische banden, etnische afkomst, ...). Criteria zoals bewaartermijn (namelijk langer dan het doel waarvoor de informatie initieel werd verzameld), de gevoelige aard van de informatie die uit dit materiaal kan worden afgeleid, of de accuraatheid van de informatie⁴⁰⁴, spelen dus mee in de beoordeling van de vraag of er sprake is van een inmenging. Deze criteria zijn duidelijk afgeleid uit de Conventie nr. 108.

b. Poging tot synthese

137. Er kan met andere woorden worden gezegd dat het EHRM zijn rechtspraak waarbij rechtsbescherming werd verleend aan informatie *over* het private leven (daaronder begrepen informatie over het inkomen) van een natuurlijke persoon in de enge zin van het woord, telkens wanneer de overheid kennisneemt van deze informatie, gaandeweg heeft verfijnd en uitgebreid. De eerste belangrijke verfijning is dat informatie over het private leven van een natuurlijke persoon, maar die een publiek karakter heeft (zoals bij voorbeeld de informatie van een strafregister, de studies die iemand heeft gevolgd, of diens politieke engagementen), slechts in bepaalde omstandigheden wordt beschermd, waaronder in het geval waarin deze publieke informatie van enige tijd terug dateert en wordt opgeslagen zodat zij blijvend kan worden geconsulteerd⁴⁰⁵, of het geval waarin de opgeslagen publieke informatie foutief is⁴⁰⁶. De loutere kennisname door de overheid van publieke informatie,

data protection and law enforcement. Opacity of the individual and transparency of power”, in E. CLAES, A. DUFF, S. GUTWIRTH (eds.), *Privacy and the Criminal Law*, Antwerpen –Oxford, Intersentia, 2006, 101-102 (de lege ferenda); D. DE BOT, “Artikel 22 Grondwet en het onderscheid tussen privacyrecht en gegevensbeschermingsrecht. Een formele wet is niet altijd nodig wanneer de overheid gegevens verwerkt, maar toch vaak”, *CDPK* 2013, 366-367)

⁴⁰¹ G. GONZALEZ FUSTER, *The emergence of personal data protection as a fundamental right of the European Union*, Heidelberg, Springer, 2014, 99

⁴⁰² EHRM 4 december 2008, S. AND MARPER/VK

⁴⁰³ EHRM 4 december 2008, S. AND MARPER/VK (§ 67)

⁴⁰⁴ Zie ook EHRM 18 oktober 2011, KHELILI/Zwitserland: “*Toutefois, pour déterminer si les informations à caractère personnel conservées par les autorités font entrer en jeu l’un des aspects de la vie privée, la Cour tiendra dûment compte du contexte particulier dans lequel ces informations ont été recueillies et conservées, de la nature des données consignées, de la manière dont elles sont utilisées et traitées et des résultats qui peuvent en être tirés*”

⁴⁰⁵ EHRM 4 mei 2000, ROTARU/Roemenië

⁴⁰⁶ EHRM 18 oktober 2011, KHELILI/Zwitserland; EHRM 14 mei 2012 ROMET/Nederland

zelfs wanneer ze handelt over het privéleven, wordt aldus wellicht niet als een inmenging in het privéleven beschouwd. Anderzijds heeft het EHRM aan bepaalde informatie over natuurlijke personen, die geen publiek karakter heeft, zoals bij voorbeeld DNA-materiaal of bloedstalen, ook slechts rechtsbescherming verleend omwille van de concrete context. In wezen gaat het hier over informatie die – op zich genomen - maar weinig prijsgeeft over het private leven. Ook hier vormt de loutere kennisname, door de overheid, van een bloedstaal van een natuurlijke persoon, wellicht geen inmenging in het privéleven, maar geeft de context waarin het materiaal werd bekomen, bewaard en verder verwerkt, eventueel wel aanleiding tot privacyvragen. Uiteraard bestaat er ook informatie die niet alleen een publiek karakter heeft (zoals bij voorbeeld naam⁴⁰⁷ en adres), maar bovendien ook – op zich genomen – weinig informatie over de betrokkene prijsgeeft. Ook deze informatie wordt slechts beschermd indien de context daartoe aanleiding geeft. De hier naar voor geschoven onderverdeling van informatie, wordt als dusdanig niet door het EHRM of door de rechtsleer gemaakt, maar werd ontwikkeld om een enigszins bruikbaar toetsingskader te creëren om de informatiestromen naar de fiscale administratie te kunnen kwalificeren als zijnde informatiestromen die al dan niet rechtsbescherming genieten onder artikel 8 EVRM.

138. Een bijzondere positie moet hier wellicht worden toegekend aan informatie over een natuurlijke persoon die weliswaar op zich weinig informatie prijsgeeft over het private leven in de enge zin van het woord, maar die – al dan niet met een publiek karakter - wel zo uniek is dat ze toelaat natuurlijke personen ermee te identificeren, zoals rijksregisternummers⁴⁰⁸, of die het zelfs mogelijk maken, mits het uitvoeren van een aantal bewerkingen, om personen niet alleen te identificeren, maar tevens nog andere informatie prijs te geven, zoals DNA-profielen⁴⁰⁹. Hoewel het EHRM ook hier rekening houdt met de context om te beslissen tot rechtsbescherming, wordt snel geoordeeld tot rechtsbescherming⁴¹⁰, en wordt bijvoorbeeld het louter bewaren van dit soort gegevens als een inmenging in het privéleven beschouwd⁴¹¹.

c. Criteria voor een voorbehoudsloze rechtsbescherming

139. Los van de informatie, die dus omwille van een reeks contextuele elementen, wordt beschermd onder artikel 8 EVRM (zie hierboven), verleent het EHRM ook rechtsbescherming zonder enige beoordeling van de context aan informatie die tot het privéleven wordt

⁴⁰⁷ Merk wel op dat het EHRM diverse keren heeft gesteld dat ook iemands naam onderdeel vormt van het begrip “privéleven”. Dit gebeurt evenwel onder verwijzing naar het arrest BURGHARTZ (EHRM 22 februari 1994, BURGHARTZ/Zwitserland (§24) dat over het recht handelt van vrije naamskeuze en waarin de naam als onderdeel werd beschouwd van het privéleven in de context dat het toelaat zich te identificeren en als dusdanig van belang is in de uitoefening van het recht om relaties aan te gaan met anderen. Buiten deze context lijkt de naam, als persoonsgegevens, geen voorbehoudsloze rechtsbescherming te genieten. De loutere kennisname ervan door de overheid lijkt dan ook geen inmenging in het privéleven op te leveren.

⁴⁰⁸ Zie EHRM 11 december 1985, LUNDVALL/Zweden (p. 130): “*It is therefor conceivable that the use of personal identity numbers as a way of storing data in different registers and the matching of such registers could raise an issue under article 8 of the Convention*”; zie ook D. DE BOT, “Artikel 22 Grondwet en het onderscheid tussen privacyrecht en gegevensbeschermingsrecht. Een formele wet is niet altijd nodig wanneer de overheid gegevens verwerkt, maar toch vaak”, CDPK 2013, 366

⁴⁰⁹ EHRM 4 december 2008, S. AND MARPER/VK (§84)

⁴¹⁰ Zie ook D. DE BOT, “Artikel 22 Grondwet en het onderscheid tussen privacyrecht en gegevensbeschermingsrecht. Een formele wet is niet altijd nodig wanneer de overheid gegevens verwerkt, maar toch vaak”, CDPK 2013, 366, die verdedigt dat dit een belangrijk criterium is om te oordelen over er sprake is van een inmenging in het privéleven

⁴¹¹ HvJ 17 oktober 2013 C-291/12 SCHWARZ, overweging 30; zie ook D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*, Brussel, Politeia 2015, 117

gerekend in de enige zin van het woord⁴¹². Door het EHRM worden een aantal criteria gehanteerd om te bepalen of de betrokken informatie kwalificeert voor een dergelijke voorbehoudsloze rechtsbescherming.

Zo kan worden verwezen naar de zaak UZUN, waarin het EHRM de observatie van een persoon door middel van de gps van zijn voertuig, onderscheidt van andere visuele of auditieve observatiemaatregelen die meer informatie prijsgeven over iemands “meningen, gevoelens en gedragingen”⁴¹³, dan een gps-observatie. Dit criterium van de “meningen, gevoelens en gedragingen” werd door het Belgisch Grondwettelijk Hof overigens in een arrest van 16 mei 2013⁴¹⁴ gebruikt als criterium om te oordelen dat het opvragen en verwerken door de fiscale administratie van informatie over rekeningen en financiële transacties bij een financiële instelling op grond van artikel 322 W.I.B. 1992, een inmenging vormt in het privéleven in de zin van artikel 8 EVRM en artikel 22 van de GW⁴¹⁵.

Daarnaast wordt ook informatie die op grond van de Conventie nr. 108 als gevoelige informatie wordt beschouwd, zonder veel discussie beschouwd als informatie over het privéleven⁴¹⁶. Het gaat hier dan over medische informatie⁴¹⁷ of informatie over de geloofsovertuiging⁴¹⁸. Van belang voor dit onderzoek is het feit dat inkomen en vermogen tot gevoelige informatie⁴¹⁹ wordt gerekend, die daardoor zonder enig voorbehoud wordt beschouwd als informatie over het privéleven, te beschermen onder artikel 8 EVRM⁴²⁰, en dit los van de private of professionele aard van dit inkomen of vermogen⁴²¹.

⁴¹² Zie ook D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*, Brussel, Politeia 2015, 117 die deze gegevens indeelt bij de privacygevoelige gegevens, in welk geval een verwerking altijd een inmenging vormt in het privéleven.

⁴¹³ Zie EHRM 2 september 2010, UZUN/Duitsland (§ 52)

⁴¹⁴ GwH 16 mei 2013, 66/2013, overweging B.6.; zie later ook GwH 14 februari 2013, 06/2013, overweging B.5.3

⁴¹⁵ Zie later ook nog GwH 16 juli 2015, 107/2015, overweging B.3. (eveneens inzake artikel 322 W.I.B. 1992). Het EHRM beschouwt informatie uit bankafschriften ook als informatie over het privéleven dat wordt beschermd onder artikel 8 EVRM en dit soms zonder veel discussie van de partijen zie bv.: EHRM 1 december 2015 BRITO FERRINHO BEXIGA VILLA-NOVA/Portugal (§42): « *Les parties conviennent que les données bancaires de la requérante constituent des informations personnelles relevant de sa vie privée, entrant bien dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention* », zie ook : EHRM 7 juli 2015, M.N. /SAN MARINO (§51): “*The Court considers that information retrieved from banking documents undoubtedly amounts to personal data concerning an individual, irrespective of it being sensitive information or not.*”

⁴¹⁶ Zie ook D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*, Brussel, Politeia 2015, 117

⁴¹⁷ EHRM 25 februari 1997 Z./Finland; EHRM 29 juni 2006 PANTELEYENKO/Oekraïne (§56-58); EHRM 17 juli 2008, I./Finland (§ 35): “*Personal information relating to a patient undoubtedly belongs to his or her private life.*”; EHRM 2 oktober 2012 MITKUS/Litouwen (§124)

⁴¹⁸ EHRM 11 februari 2011 WASMUTH/Duitsland (§74)

⁴¹⁹ Merk op dat deze informatie niet wordt beschouwd als gevoelige informatie in de zin van de Conventie nr. 108.

⁴²⁰ HvJ 20 mei 2003, C-465/00, C-138/01 en C-139/01, OSTERREICHISCHER RUNDFUNK over het doorgeven van het inkomen)

⁴²¹ Zie bijvoorbeeld EHRM 22 oktober 2005, WYPYCH/Polen waarin werd geoordeeld dat er sprake was van een inmenging in het privéleven doordat de verzoeker, die een publiek mandaat bekleedde, in het kader van publieke controle op corruptie, verplicht werd informatie openbaar te maken over zijn inkomen en vermogen waarbij de herkomst van dit inkomen (van professionele aard of niet) van geen belang was bij de beoordeling; zie ook EHRM 7 juli 2015, M.N. /SAN MARINO (§51): “*The Court considers that information retrieved from banking documents undoubtedly amounts to personal data concerning an individual, irrespective of it being sensitive information or not. Moreover, such information may also concern professional dealings and there is no reason of principle to justify excluding activities of a professional or business nature from the notion of “private life”*”

d. Criteria voor een contextgebonden rechtsbescherming

140. Voor informatie over een natuurlijke persoon, die geen voorbehoudsloze rechtsbescherming verkrijgt, en waarbij de rechtsbescherming afhangt van de context, vormt de bestreden maatregel zelf een belangrijk contextueel element.

Hierboven werd al toegelicht dat voor bepaalde gegevens niet de kennisname van deze gegevens een privacyvraag doet rijzen, maar wel de *opslag* ervan in combinatie met de gebruiksmogelijkheden die daaraan zijn gekoppeld⁴²². D. DE BOT ziet vooral de opslag van persoonsgegevens met het oog op toezicht en controle als een inmenging in het privéleven⁴²³. Ook het *doorgeven* van informatie is een maatregel die als privacygevoeliger moet worden beschouwd dan de loutere kennisname van informatie, omwille van het vergroten van de groep personen die kennis krijgt van de informatie alsook omwille van het vergroten van de mogelijkheid tot verder onderzoek van de betrokken personen⁴²⁴. Hier verdedigt D. DE BOT dat het systematisch doorgeven van persoonsgegevens in het kader van bijvoorbeeld bestuurlijke samenwerking, steeds als een inmenging in het privéleven moet worden beschouwd⁴²⁵. Hetzelfde geldt voor het publiek maken van persoonsgegevens⁴²⁶. Ook de weigering om toegang te verschaffen tot de door de overheid opgeslagen persoonsgegevens, zodat de correctheid van deze persoonsgegevens in voorkomend geval kan worden gecontroleerd, dient als privacyinvasief te worden beschouwd⁴²⁷ en draagt bij tot de beoordeling van de vraag of de informatie (waartoe geen toegang werd verleend) rechtsbescherming geniet.

D. DE BOT verdedigt dat ook het volledig geautomatiseerd verwerken van persoonsgegevens zoals dit het geval is bij profilering steeds als een inmenging in het privéleven moet worden beschouwd⁴²⁸. Hoewel deze stelling vooralsnog niet ondersteund wordt door de rechtspraak van het EHRM, vindt deze stelling wel steun in de rechtspraak van het Hof van Justitie en wel door het arrest van 13 mei 2014 betreffende GOOGLE SPAIN⁴²⁹. In deze zaak diende het Hof van Justitie te oordelen over de uitlegging van een aantal bepalingen van de Richtlijn 95/46 in het kader van de activiteiten van de onlinezoekmachine "Google". Het Hof van Justitie oordeelde onder meer dat de activiteit van een zoekmachine, die erin bestaat door derden op het internet gepubliceerde of opgeslagen informatie te vinden, automatisch te indexeren, tijdelijk op te slaan en, ten slotte, in een bepaalde volgorde ter beschikking te stellen aan

⁴²² De *loutere* opslag van persoonsgegevens, zonder enig bijkomend bezwarend contextueel element, kan niet als een inmenging van het privéleven worden beschouwd: zie ook D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*, Brussel, Politeia 2015, 90 en 93

⁴²³ EHRM 26 maart 1987 LEANDER/Zweden (§48); EHRM 16 februari 2000 AMANN/Zwitserland (§65); D. DE BOT, "Artikel 22 Grondwet en het onderscheid tussen privacyrecht en gegevensbeschermingsrecht. Een formele wet is niet altijd nodig wanneer de overheid gegevens verwerkt, maar toch vaak", *CDPK* 2013, 367; D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*, Brussel, Politeia 2015, 119

⁴²⁴ Zie voor deze redenering EHRM 29 juni 2006 WEBER en SARAVIA (§79); zie ook HvJ 20 mei 2003 C-465/00, C-138/01 en C-139/01, OSTERREICHISCHER RUNDfunk, overweging 73-74

⁴²⁵ D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*, Brussel, Politeia 2015n

122

⁴²⁶ D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*, Brussel, Politeia 2015,

122

⁴²⁷ EHRM 26 maart 1987, LEANDER/Zweden (§48); EHRM 4 mei 2000, ROTARU/Roemenië (§44); EHRM 27 oktober 2009, HARALAMBIE/Roemenië (§79); EHRM 13 november 2012 JOANNA SZULC/Polen (§82)

⁴²⁸ D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*, Brussel, Politeia 2015,

121.

⁴²⁹ HvJ 13 mei 2014, C-131/12 GOOGLE SPAIN

internetgebruikers, de grondrechten op het privéleven en de bescherming van de persoonsgegevens aanzienlijk kan aantasten⁴³⁰.

141. De idee dat zowel de opslag van informatie en de mogelijkheid om mensen te controleren op basis van de opgeslagen informatie, als het doorgeven van informatie privacyinvasieve maatregelen zijn, gecombineerd met de vaststelling dat het elektronisch beschikbaar zijn van informatie de mogelijkheden tot controle en doorgeven alleen vergroot en zelfs toelaat dat dit systematisch en gestructureerd gebeurt, brengt bepaalde auteurs ertoe te stellen dat het opslaan van alle informatie over natuurlijke personen in het kader van e-government moet worden beschouwd als een inmenging in het privéleven⁴³¹. Deze stelling, hoewel zeer aannemelijk, wordt vooralsnog niet door rechtspraak van het EHRM ondersteund. Deze stelling impliceert dat in wezen elke vorm van inzameling van informatie door de fiscale administratie als een inmenging in het privéleven moet worden beschouwd, rekening houdend met het feit dat inzameling en de daaropvolgende opslag grotendeels, zoniet volledig elektronisch gebeurt, alsook rekening houdend met het feit dat deze inzameling gebeurt met het oog op controle en er de facto grote hoeveelheden informatie worden doorgegeven naar andere al dan niet overheidsinstanties.

142. Naast de bestreden maatregel zelf (het opvragen, het doorgeven, het opslaan, ...) die persoonsgegevens betreft, speelt ook de verdere verwerking of de mogelijkheid tot verdere verwerking een rol bij de beoordeling van de vraag of persoonsgegevens beschermd worden of niet. Zo speelt bijvoorbeeld het feit dat de vergaarde informatie wordt gecompileerd ten aanzien van één persoon of dat de vergaarde informatie verder wordt verwerkt of wordt gepubliceerd op een wijze die verdergaat dan wat normaal voorzienbaar zou zijn, mee in de beoordeling van de vraag of de persoonsgegevens moeten worden beschermd of niet⁴³². Er wordt – wat dat laatste punt betreft - met andere woorden rekening gehouden met een belangrijk principe in het gegevensbeschermingsrecht, met name het principe dat persoonsgegevens niet verder mogen worden verwerkt op een wijze die, rekening houdend met alle relevante factoren, met name onder meer met de redelijke verwachtingen van de betrokkene, onverenigbaar is met de doeleinden van de oorspronkelijke verwerking⁴³³.

2. Informatie over een rechtspersoon

143. Zoals hierboven is gebleken wordt vooralsnog door het EHRM niet erkend dat rechtspersonen een eigen privéleven hebben in de zin van artikel 8 EVRM, hoewel zij wel kunnen genieten van een recht op de bescherming tegen de arbitraire inmenging door de overheid in hun recht op woning (geïnterpreteerd als de maatschappelijke zetel, de

⁴³⁰ HvJ 13 mei 2014, C-131/12 GOOGLE SPAIN, overweging nr. 38

⁴³¹ E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et contrôle*, Brussel, Larcier, 2014, 103; zie eerder al: E. DEGRAVE, "L'article 22 de la Constitution et les traitements de données à caractère personnel", *JT* 2009, 365; D. DE BOT, "Artikel 22 Grondwet en het onderscheid tussen privacyrecht en gegevensbeschermingsrecht. Een formele wet is niet altijd nodig wanneer de overheid gegevens verwerkt, maar toch vaak", *CDPK* 2013, 367

⁴³² EHRM 2 september 2010, UZUN/Duitsland (§45): "Further elements which the Court has taken into account in this respect include the question whether there has been compilation of data on a particular individual, whether there has been processing or use of personal data or whether there has been publication of the material concerned in a manner or degree beyond that normally foreseeable."

⁴³³ Zie bijvoorbeeld EHRM 28 januari 2003 PECK/VK (§62); zie ook EHRM 25 september 2001 P.G. & J.H./VK (§ 52)

bijkantoren en andere beroepslokalen) en hun recht op correspondentie. De informatie *over* een rechtspersoon lijkt dus enkel te kunnen genieten van rechtsbescherming wanneer dit onderdeel vormt van correspondentie. Vermits er geen onderscheiden rechtsbescherming is op het vlak van het recht op correspondentie voor rechtspersonen en voor natuurlijke personen, lijkt de informatie *over* een rechtspersoon, als onderdeel van correspondentie, zowel te worden beschermd bij maatregelen ten aanzien van de rechtspersoon zelf⁴³⁴ als bij maatregelen ten aanzien van natuurlijke personen⁴³⁵. Hierboven werd al aangetoond dat er zeer snel wordt besloten dat het recht op correspondentie aan de orde is, ook al is niet van alle getroffen informatie aangetoond dat er een link is met communicatie.

144. Behalve de informatie *over* een rechtspersoon die deel uitmaakt van communicatie tussen personen, lijkt evenwel ook confidentiële commerciële informatie over een rechtspersoon van de rechtsbescherming van artikel 8 EVRM te kunnen genieten. Het is denkbaar dat de fiscale administratie in het kader van de inzameling van informatie voor belastingdoeleinden ook kennis krijgt van dergelijke confidentiële commerciële informatie. In de reeds vermelde zaak BERNH LARSEN wordt dit uitdrukkelijk gesteld⁴³⁶: *“The main issue in the instant case relates to the fact that by taking a backup copy containing all the existing documents on the server, the tax authorities had obtained the means of accessing great quantities of data which did not contain information of significance for tax assessment purposes and which thus fell outside the remit of section 4-10 (1). That included private documents and correspondence of employees and other persons working for the companies, and confidential commercial information pertaining to the companies themselves⁴³⁷ and other companies; in other words, documents which affected the rights and interests of individuals and companies that were protected by Article 8 of the Convention”*. Het Belgisch Grondwettelijk Hof heeft al enkele jaren eerder, in een arrest van 19 september 2007⁴³⁸ gesteld dat informatie die kan worden gerekend tot het zakengeheim van een natuurlijke persoon én van de rechtspersoon, de bescherming geniet van artikel 8 EVRM en dus ook van artikel 22 GW⁴³⁹. In de Belgische rechtsleer aanvaarden D. D’HOOGHE en N. KIEKENS⁴⁴⁰ dat

⁴³⁴ EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen; EHRM 16 juni 2015 OTHYMIA/Nederland

⁴³⁵ Het is immers niet ondenkbaar dat een inbeslagname van elektronische data bij een natuurlijke persoon ook informatie over een rechtspersoon treft zie EHRM 16 oktober 2007 WIESER AND BICOS BETEILIGUNGEN/Oostenrijk

⁴³⁶ EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen (§129)

⁴³⁷ Eigen onderlijning

⁴³⁸ GwH 19 september 2007, nr. 118/2007, zie ook eerder al: Brussel 30 juni 2010, *JLMB* 2011, afl. 25, 1181 waarin er werd uitgegaan van het feit dat rechtspersonen bescherming genieten van het zakengeheim onder artikel 8 EVRM

⁴³⁹ De uitspraak van het Grondwettelijk Hof werd gedaan in de context van de verplichte mededeling van stukken in het kader van een procedure voor de Raad van State waarbij een administratieve overheid zich diende te verdedigen tegen een beslissing om een overheidsopdracht te gunnen aan een bepaalde vennootschap. Door aan de betrokken administratieve overheid de verplichting op te leggen om aan de partijen voor de Raad van State, inbegrepen de verzoekende partij (concurrent van de partij aan wie de overheidsopdracht gegund werd) de zakengeheimen mee te delen die vervat zitten in het administratief dossier en af te zien van het beroepsgeheim waartoe deze administratieve overheid gehouden is krachtens de wetgeving inzake de overheidsopdrachten, was er volgens het Grondwettelijk Hof sprake van een inmenging in het privéleven. Deze inmenging moest worden afgewogen tegen het recht op eerlijk proces dat het recht omvat om kennis te nemen van de stukken die aan de rechter worden voorgelegd. Deze erkenning van de rechtsbescherming van het zakengeheim onder artikel 8 EVRM (en artikel 2 GW) was er op gericht bescherming te bieden tegen bekendmaking *door* de overheid van deze informatie *aan* derden en niet – zoals in de zaak BERNH LARSEN het geval was – in het kader van de bekendmaking van deze informatie *aan* de overheid zelf, in casu de fiscale administratie. Volledigheidshalve kan worden opgemerkt dat het zakengeheim door het Hof van Justitie in eerste instantie *niet* werd beschouwd als een onderdeel van het recht op de bescherming van het privéleven van de professionele natuurlijke persoon of de rechtspersoon, maar wel als een algemeen beginsel waarop een rechtsonderhorige vanwege de instellingen van de Unie recht heeft, dit in de context van het recht

artikel 8 EVRM en artikel 22 van de GW de overheid verplicht om zich te onthouden van inmenging in het zakengeheim van een onderneming⁴⁴¹.

145. Aangenomen dat dus ook confidentiële commerciële informatie van de rechtsbescherming geniet van artikel 8 EVRM, rijst dan de vraag wat hiertoe allemaal kan worden gerekend. Een omschrijving door het EHRM ontbreekt vooralsnog⁴⁴². Vermits het EHRM een autonome interpretatie geeft aan de gehanteerde begrippen⁴⁴³, is het op zich weinig relevant te weten welke interpretatie aan het begrip “confidentiële commerciële informatie” of “zakengeheim” wordt gegeven door de lidstaten van het EVRM. Nochtans laat het EHRM zich bij het bepalen van zijn autonome interpretatie uiteraard wel leiden door de in de lidstaten algemeen aanvaarde standaarden⁴⁴⁴ of zelfs door wat als een internationale trend moet worden beschouwd⁴⁴⁵. Ook in België ontbreekt evenwel een eensluidende wettelijke definitie⁴⁴⁶. Confidentiële commerciële informatie wordt beschermd via diverse

op een openbaar bestuur (HvJ 24 juni 1986, 53/85, AKZO CHEMIE, overweging 28; HvJ 19 mei 1994, C-36/92, SEP, punt 37; HvJ 14 februari 2008, C-450/06, VAREC, overweging 49). Ook artikel 42.2.b van het Handvest erkent het zakengeheim in dat kader (“recht om inzage te krijgen in het hem betreffende dossier, met inachtneming van het gerechtvaardigde belang van de vertrouwelijkheid en het beroeps- en het zakengeheim”). In het arrest van het Hof van Justitie van 14 februari 2008 waaraan dezelfde feiten ten grondslag liggen als het arrest van het Grondwettelijk Hof van 19 september 2007, brengt het Hof van Justitie het zakengeheim wel in verband met het recht op privéleven (HvJ 14 februari 2008, C-450/06, VAREC, overweging 48), maar dus ook hier in de context van de verplichte bekendmaking door de overheid van het zakengeheim van een onderneming aan derden.

⁴⁴⁰ D. D’HOOGHE, N. KIEKENS, “Bescherming van vertrouwelijke bedrijfsinformatie in het bestuursrecht” in B. ALLEMEERSCH, K. ANDRIES, G.L. BALLON, K. DE SCHEPPER, D. D’HOOGHE, N. KIEKENS, F. VERBRUGGEN, *Zakengeheim*, Brugge, Die Keure, 2012, 193

⁴⁴¹ Vermits zowel de rechtspraak van het EHRM inzake artikel 8 EVRM als artikel 22 GW (expliciet) ook de positieve verplichting aan de overheid opleggen om het recht op privéleven te eerbiedigen en met andere woorden acties te ondernemen opdat dit recht op privéleven wordt gerespecteerd, menen beide auteurs dat uit artikel 8 EVRM en artikel 22 van de GW ook de positieve verplichting kan worden afgeleid voor de overheid om maatregelen te nemen opdat het zakengeheim wordt beschermd

⁴⁴² De bescherming van confidentiële informatie in het algemeen komt wel aan bod in de rechtspraak van het EHRM inzake artikel 10 EVRM waar het EHRM steeds verschillende malen in algemene zin stelde: “*the Court has emphasised the essential function the press fulfils in a democratic society. Although the press must not overstep certain bounds, particularly as regards the reputation and rights of others and the need to prevent the disclosure of confidential information, its duty is nevertheless to impart – in a manner consistent with its obligations and responsibilities – information and ideas on all matters of public interest*” (EHRM 2 februari 2016 MAGYAR TARTALOMSZOLGÁLTATÓK EGYESÜLETE & INDEX.HU ZRT /Hongarije (§55) alsook EHRM 20 mei 1999 BLADET TROMSØ & STENSAAS/Noorwegen (§ 58), EHRM 23 september 1994, JERSILD/Denemarken (§ 31); EHRM 27 februari 1997 DE HARS & GIJSELS/België (§ 37)). Nochtans werd ook hierbij geen verdere omschrijving gegeven van wat tot deze confidentiële informatie moet worden gerekend, ook niet wat tot de confidentiële informatie in ondernemingscontext moet worden gerekend. Ook in het kader van artikel 6 EVRM wordt door het EHRM aangenomen dat het recht op eerlijke procesvoering soms moet toelaten dat confidentiële informatie buiten de procesvoering wordt gelaten, hoewel ook hier een verdere verduidelijking van confidentiële informatie ontbreekt, ook voor confidentiële informatie in ondernemingscontext. Zie bijvoorbeeld EHRM 21 juni 2007 ANTUNES & PIRES/Portugal (§35): “*Si l’on peut concevoir des situations exceptionnelles dans lesquelles certaines pièces du dossier, en raison par exemple de leur caractère confidentiel ou lié à la sécurité de l’Etat, ne seraient pas connues des parties, (...)*”

⁴⁴³ Zie EHRM 8 juni 1976 ENGEL/Nederland inzake de kwalificatie die aan een overtreding wordt gegeven (strafrechtelijke of bestuursrechtelijk) in het kader van de toepassing van artikel 6 EVRM

⁴⁴⁴ EHRM 25 april 1978 TYRER/VK

⁴⁴⁵ EHRM 11 juli 2002 GOODWIN/VK

⁴⁴⁶ B. ALLEMEERSCH, “Zakengeheim in burgerlijk proces en bewijs” in B. ALLEMEERSCH, K. ANDRIES, G.L. BALLON, K. DE SCHEPPER, D. D’HOOGHE, N. KIEKENS, F. VERBRUGGEN, *Zakengeheim*, Brugge, Die Keure, 2012, 5; K. ANDRIES, “Buitencontractuele bescherming van het zakengeheim” in B. ALLEMEERSCH, K. ANDRIES, G.L. BALLON, K. DE SCHEPPER, D. D’HOOGHE, N. KIEKENS, F. VERBRUGGEN, *Zakengeheim*, Brugge, Die Keure, 2012, 65; K. DE SCHEPPER en F. VERBRUGGEN, “De bescherming van het zakengeheim in het strafrecht: cavalerie of calvarie?” in B. ALLEMEERSCH, K. ANDRIES, G.L. BALLON, K. DE SCHEPPER, D. D’HOOGHE, N. KIEKENS, F. VERBRUGGEN, *Zakengeheim*, Brugge, Die Keure, 2012, 134; D. D’HOOGHE, N. KIEKENS, “Bescherming van vertrouwelijke bedrijfsinformatie in het bestuursrecht” in B. ALLEMEERSCH, K. ANDRIES, G.L. BALLON, K. DE SCHEPPER, D. D’HOOGHE, N. KIEKENS, F. VERBRUGGEN, *Zakengeheim*, Brugge, Die Keure, 2012, 191

wettelijke bepalingen⁴⁴⁷, dan wel via de rechtspraak in bijvoorbeeld de toepassing van artikel 1382 BW. Internationaal is er enig houvast aan het TRIPS-Verdrag uit 1994 (Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights) gesloten op niveau van de WTO dat bescherming toekent aan confidentiële commerciële informatie⁴⁴⁸, maar dat geen algemene directe werking heeft in België⁴⁴⁹. Mogelijks wordt door het EHRM bij de invulling van het begrip “zakengeheim” ook rekening gehouden met dit Verdrag dat als een internationale standaard zou kunnen worden beschouwd. Mede rekening houdend met het voormeld TRIPS-Verdrag, lijken in de omschrijving van B. ALLEMEERSCH⁴⁵⁰ de meest essentiële bestanddelen te zijn opgenomen van wat tot het zakengeheim moet worden gerekend. Hij omschrijft het zakengeheim als de bedrijfsinformatie⁴⁵¹ die de onderneming beschouwt als confidencieel in hoofde van de houder en waarvan de bekendmaking aan derden de onderneming ernstige financiële of commerciële schade zou toebrengen. Het is dus de onderneming die beslist welke informatie zij als confidencieel wenst te beschouwen⁴⁵², al

⁴⁴⁷ Bijvoorbeeld artikel 309 Sw.: “*hij die geheimen van de fabriek waarin hij werkzaam geweest is of nog is, kwaadwillig of bedrieglijk aan anderen meedeelt, wordt gestraft met gevangenisstraf van drie maanden tot drie jaar en met geldboete van vijftig euro tot tweeduizend euro*” Deze bepaling is beperkt tot fabrieksgeheimen, zijnde geheimen die betrekking hebben op het technische aspect van het ondernemen, zoals productieprocessen of chemische formules (K. DE SCHEPPER en F. VERBRUGGEN, “De bescherming van het zakengeheim in het strafrecht: cavalerie of calvarie?” in B. ALLEMEERSCH, K. ANDRIES, G.L. BALLON, K. DE SCHEPPER, D. D’HOOGHE, N. KIEKENS, F. VERBRUGGEN, *Zakengeheim*, Brugge, Die Keure, 2012, 139), zie ook bijvoorbeeld artikel 17 Arbeidsovereenkomstenwet, de artikelen 1369bis ev. Ger.W. (beslag inzake namaak) en artikel 14, 3° van het decreet van 26 maart 2004 over de openbaarheid van bestuur: “*de in artikel 4 genoemde instanties wijzen een aanvraag tot openbaarmaking af, voor zover die geen betrekking heeft op milieu-informatie, indien ze van oordeel zijn dat het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van één van de volgende belangen: 3° het vertrouwelijk karakter van commerciële en industriële informatie, wanneer deze informatie beschermd wordt om een gelegitimeerd economisch belang te vrijwaren, tenzij degene van wie de informatie afkomstig is met de openbaarheid instemt*”. Zie hierover: J.P. BUYLE, “Le secret des affaires: du droit à l’intimité au secret professionnel?” in *Liber amicorum Guy Horsmans*, Brussel, Bruylant, 2004, 95-114)

⁴⁴⁸ Artikel 39 lid 2 van dit verdrag schrijft voor: “*Natural and legal persons shall have the possibility of preventing information lawfully within their control from being disclosed to, acquired by, or used by others without their consent in a manner contrary to honest commercial practices so long as such information: (a) is secret in the sense that it is not, as a body or in the precise configuration and assembly of its components, generally known among or readily accessible to persons within the circles that normally deal with the kind of information in question; (b) has commercial value because it is secret; and (c) has been subject to reasonable steps under the circumstances, by the person lawfully in control of the information, to keep it secret*”. Zie hierover K. ANDRIES, “Buitencontractuele bescherming van het zakengeheim” in B. ALLEMEERSCH, K. ANDRIES, G.L. BALLON, K. DE SCHEPPER, D. D’HOOGHE, N. KIEKENS, F. VERBRUGGEN, *Zakengeheim*, Brugge, Die Keure, 2012, 65-112

⁴⁴⁹ K. ANDRIES, “Buitencontractuele bescherming van het zakengeheim” in B. ALLEMEERSCH, K. ANDRIES, G.L. BALLON, K. DE SCHEPPER, D. D’HOOGHE, N. KIEKENS, F. VERBRUGGEN, *Zakengeheim*, Brugge, Die Keure, 2012, 65-67

⁴⁵⁰ B. ALLEMEERSCH, “Zakengeheim in burgerlijk proces en bewijs” in B. ALLEMEERSCH, K. ANDRIES, G.L. BALLON, K. DE SCHEPPER, D. D’HOOGHE, N. KIEKENS, F. VERBRUGGEN, *Zakengeheim*, Brugge, Die Keure, 2012, 5 die hiervoor onder meer verwijst naar een omschrijving gegeven door de Europese Commissie in het kader van de toegang tot het dossier van de Commissie in mededingingszaken (Mededeling van de Commissie betreffende de regels voor de toegang tot het dossier van de Commissie overeenkomstig de artikelen 81 en 823 van het EG-Verdrag, de artikelen 53, 54 en 57 van de EER-overeenkomst en de Verordening 139/2004 van de Raad, nr. C-325/07, nr. 18. Alternatieve definities brengen soms bijkomende elementen maar lijken aan de kern van de definitie van ALLEMEERSCH niet te raken (zie bv. K. ANDRIES, “Buitencontractuele bescherming van het zakengeheim” in B. ALLEMEERSCH, K. ANDRIES, G.L. BALLON, K. DE SCHEPPER, D. D’HOOGHE, N. KIEKENS, F. VERBRUGGEN, *Zakengeheim*, Brugge, Die Keure, 2012, 129; K. DE SCHEPPER en F. VERBRUGGEN, “De bescherming van het zakengeheim in het strafrecht: cavalerie of calvarie?” in B. ALLEMEERSCH, K. ANDRIES, G.L. BALLON, K. DE SCHEPPER, D. D’HOOGHE, N. KIEKENS, F. VERBRUGGEN, *Zakengeheim*, Brugge, Die Keure, 2012, 134 ev.)

⁴⁵¹ Het gaat niet alleen over technische informatie zoals fabricageprocedures of chemische formules, maar ook om commerciële informatie zoals klantenlijsten en marketingplannen

⁴⁵² Merk op dat het TRIPS-Verdrag hieraan een objectieve voorwaarde toevoegt, namelijk dat de informatie “*has been subject to reasonable steps under the circumstances, by the person lawfully in control of the information, to keep it secret*”. Voorbeelden zijn het zorgen voor een systeem van registratie van de personen binnen de onderneming die toegang hebben tot de informatie, het bestempelen van informatie als “vertrouwelijk”, ... (K. ANDRIES, “Buitencontractuele bescherming van het zakengeheim” in B. ALLEMEERSCH, K.

moet de wil dat te doen wel legitiem zijn en zou dit niet kunnen worden ingeroepen om strafbare handelingen tot het zakengeheim te bestemmen⁴⁵³. Er moet sprake zijn van ernstige schade voor de onderneming indien de confidentiële informatie wordt bekend gemaakt. Dit zou onder meer betekenen dat de bekendmaking van het loon van de personeelsleden, niet tot het zakengeheim kan worden gerekend, omdat deze bekendmaking een onderneming niet lijkt te schaden⁴⁵⁴. Het feit dat de verspreiding schade veroorzaakt impliceert dat er een zekere waarde kan worden toegekend aan de informatie⁴⁵⁵. De informatie moet ook geheim zijn⁴⁵⁶, zijnde niet publiek toegankelijk of eenvoudig toegankelijk voor het publiek dat normaal gezien gebruik zou willen maken van deze informatie⁴⁵⁷. Dit betekent onder meer dat informatie waarvan de wet verplicht ze kenbaar te maken aan het publiek, zoals de informatie in de jaarrekening, nooit tot het zakengeheim kan worden gerekend⁴⁵⁸. Degene die zich op het zakengeheim beroept moet aantonen dat de informatie een waarde heeft in abstracto voor een geïnteresseerd publiek. Het is dus niet nodig dat degene die een inbreuk pleegt op het zakengeheim, ook zelf een economisch belang heeft bij de verworven informatie⁴⁵⁹.

146. Buiten deze context is er geen rechtspraak van het EHRM voorhanden waarin de informatie over een rechtspersoon in algemene zin uitdrukkelijk tot het begrip privéleven van artikel 8 EVRM wordt gerekend, al kan worden betwijfeld of de informatie over een rechtspersoon, net als de informatie over het beroepsleven van een natuurlijke persoon, niet evenzeer rechtsbescherming zou moeten genieten⁴⁶⁰, zeker wanneer het verlenen van rechtsbescherming tegen een arbitraire inmenging van de overheid tot de basisdoelstellingen van het EVRM blijkt te horen. Zoals hierboven gezien is een belangrijk

ANDRIES, G.L. BALLON, K. DE SCHEPPER, D. D'HOOGHE, N. KIEKENS, F. VERBRUGGEN, *Zakengeheim*, Brugge, Die Keure, 2012,104; K. DE SCHEPPER en F. VERBRUGGEN, "De bescherming van het zakengeheim in het strafrecht: cavalerie of calvarie?" in B. ALLEMEERSCH, K. ANDRIES, G.L. BALLON, K. DE SCHEPPER, D. D'HOOGHE, N. KIEKENS, F. VERBRUGGEN, *Zakengeheim*, Brugge, Die Keure, 2012, 135)

⁴⁵³ B. ALLEMEERSCH, "Zakengeheim in burgerlijk proces en bewijs" in B. ALLEMEERSCH, K. ANDRIES, G.L. BALLON, K. DE SCHEPPER, D. D'HOOGHE, N. KIEKENS, F. VERBRUGGEN, *Zakengeheim*, Brugge, Die Keure, 2012, 7; zie ook artikel 29 lid 2 van het TRIPS-verdrag: de houders moeten de informatie "lawfully in their control" hebben

⁴⁵⁴ B. ALLEMEERSCH, "Zakengeheim in burgerlijk proces en bewijs" in B. ALLEMEERSCH, K. ANDRIES, G.L. BALLON, K. DE SCHEPPER, D. D'HOOGHE, N. KIEKENS, F. VERBRUGGEN, *Zakengeheim*, Brugge, Die Keure, 2012, 7. Deze vaststelling leidt er mogelijks toe dat de bekendmaking van de lonen van de personeelsleden niet als een inmenging in de rechten *van de onderneming* kan worden beschouwd in de zin van artikel 8 EVRM. Dit verhindert niet dat de bekendmaking van de lonen een inmenging kan vormen in het privéleven *van de betrokkenen* – zie HvJ 20 mei 2003 C-465/00, C-138/01 en C-139/01, OSTERREICHISCHER RUNDfunk

⁴⁵⁵ Zie definitie van artikel 39 lid 2 van het TRIPS-verdrag dat als voorwaarde stelt dat de informatie "has commercial value because it is secret".

⁴⁵⁶ B. ALLEMEERSCH, "Zakengeheim in burgerlijk proces en bewijs" in B. ALLEMEERSCH, K. ANDRIES, G.L. BALLON, K. DE SCHEPPER, D. D'HOOGHE, N. KIEKENS, F. VERBRUGGEN, *Zakengeheim*, Brugge, Die Keure, 2012, 6 en de aldaar geciteerde rechtspraak

⁴⁵⁷ K. ANDRIES, "Buitencontractuele bescherming van het zakengeheim" in B. ALLEMEERSCH, K. ANDRIES, G.L. BALLON, K. DE SCHEPPER, D. D'HOOGHE, N. KIEKENS, F. VERBRUGGEN, *Zakengeheim*, Brugge, Die Keure, 2012, 83 – voorwaarde uitdrukkelijk in artikel 29 lid 2 van het TRIPS-Verdrag

⁴⁵⁸ D. D'HOOGHE, N. KIEKENS, "Bescherming van vertrouwelijke bedrijfsinformatie in het bestuursrecht" in B. ALLEMEERSCH, K. ANDRIES, G.L. BALLON, K. DE SCHEPPER, D. D'HOOGHE, N. KIEKENS, F. VERBRUGGEN, *Zakengeheim*, Brugge, Die Keure, 2012, 192

⁴⁵⁹ K. ANDRIES, "Buitencontractuele bescherming van het zakengeheim" in B. ALLEMEERSCH, K. ANDRIES, G.L. BALLON, K. DE SCHEPPER, D. D'HOOGHE, N. KIEKENS, F. VERBRUGGEN, *Zakengeheim*, Brugge, Die Keure, 2012, 80

⁴⁶⁰ Handbook on European data protection law, European Union Agency for fundamental Rights & Council of Europe, 2014, 42; in de zaak BERNH LARSEN wordt ook in zeer algemene zin gesteld onder het punt "whether there was an interference with an article 8 right pertaining to the applicant companies": "the essential object and purpose of article 8 was to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities (...) and extended to companies and legal persons" EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea./Noorwegen (§92)

argument van het EHRM om de rechtsbescherming tegen actieve inmengingen van de overheid in het privéleven, uit te breiden naar het professioneel leven, de zogenaamde “rule of law” en het recht voor eenieder om zich beschermd te weten tegen arbitraire inmengingen van de overheid.

147. Zoals hierboven al vermeld is een interessante uitzondering op de afwezigheid van rechtspraak over de bescherming van informatie van een rechtspersoon tegen de arbitraire inmenging van de overheid, het arrest SCHECKE⁴⁶¹ van het Hof van Justitie waarin wel rechtsbescherming werd verleend onder het recht op privéleven voor de informatie over rechtspersonen zover uit de officiële naam van de rechtspersoon de identiteit van een of meer natuurlijke personen blijkt.

II. Wanneer is er sprake van een inmenging in het recht op privéleven, het recht op woning of het recht op correspondentie?

148. Nu een omschrijving werd gegeven van wat moet worden gerekend tot de onder artikel 8 EVRM beschermde rechten, en er met andere woorden bekend is welke rechtsgoederen onderdeel vormen van het recht op privéleven, rijst de vraag welke maatregelen die ten aanzien van deze rechtsgoederen worden gesteld, als een inmenging in het recht op privéleven in de zin van artikel 8 EVRM dienen te worden beschouwd.

149. In het kader van dit onderzoek is het relevant erop te wijzen dat er in het kader van de negatieve verplichting van de overheid om zich te onthouden van inmenging, een onderscheid dient te worden gemaakt tussen enerzijds de concrete acties van de overheid waarvan de vraag rijst of zij als een inmenging in het privéleven moeten worden beschouwd⁴⁶², en anderzijds het bestaan van wettelijke bepalingen waarbij er geen concrete actie van de overheid is ten aanzien van een welbepaald persoon⁴⁶³, maar die in bepaalde gevallen door de rechtspraak van het EHRM toch als een inmenging worden beschouwd. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de wettelijke bepaling een zeer substantieel risico op actieve inmenging inhoudt en de concrete inmenging niet kan worden aangetoond gelet op het geheim karakter ervan. Deze rechtspraak kwam tot stand in het kader van wettelijke bepalingen die geheime observatiemaatregelen mogelijk maken⁴⁶⁴, maar kan ook van belang zijn bij wettelijke maatregelen die de collectieve (fiscale) verwerking van persoonsgegevens

⁴⁶¹ HvJ 9 november 2010, C-92/09 en C-93/09, VOLKER und MARKUS SCHECKE GbR

⁴⁶² De inmenging in het privéleven onder de vorm van een concrete actie van de overheid in het privéleven is uiteraard de meest klassieke vorm van inmenging waarover in de rechtspraak ook vaak het minste discussie bestaat: G. COHEN-JONATHAN, *La Convention Européenne des droits de l'homme*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1989, 372; H.R. KRANENBORG en L.F.M. VERHEY, *Wet bescherming persoonsgegevens in Europees perspectief*, Deventer, Kluwer, 2011, 23. Het kan gaan over zowel de uitoefening van het overheidsgezag middels de uitvoerende macht, als de rechtsprekende macht (H. KRABBE, “artikel 8. De eerbiediging van het privéleven” in A. HARTEVELD, B. KEULEN en H. KRABBE, *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, Wolters-Noordhoff, Groningen, 1996, 20)

⁴⁶³ In de rechtspraak is sprake van “no individual measure of implementation” (zie EHRM 6 december 2012, MICHAUD/Frankrijk (§51))

⁴⁶⁴ Zie EHRM 6 september 1978, KLASS/Duitsland (§33-34); EHRM 26 juni 2006 WEBER & SARAVIA (§ 78); Zie hierover ook F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Brussel, Bruylant, 1990, 197; P. DE HERT, “het recht op privacy” in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM – deel II. Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 713, voetnoot 17; F. BOEHM, *Information Sharing and Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice. Towards Harmonised Data Protection Principles for Information Exchange at EU-level*, Berlin – Heidelberg, Springer, 2012, XII, 35

toelaten, zonder dat het voor een individu mogelijk is aan te tonen dat zijn of haar persoonsgegevens ook effectief zijn verwerkt⁴⁶⁵. Een wettelijke bepaling kan evenwel ook een inmenging in het privéleven uitmaken wanneer deze wettelijke bepaling personen verplicht hun gedrag aan te passen op een wijze die ingrijpt in hun privéleven, dit op straffe van sancties⁴⁶⁶. De verzoeker moet dan uiteraard wel concreet aantonen dat hij slachtoffer is van de bestreden maatregel en moet met andere woorden aantonen dat de maatregel hem wel rechtstreeks raakt⁴⁶⁷, wat meestal is aangetoond wanneer blijkt dat de verzoeker zich blootstelt aan sancties wanneer hij zijn gedrag niet aanpast. De verplichte gedragswijziging moet uiteraard wel raken aan het privéleven zoals dit door het EHRM wordt begrepen. In het kader van dit onderzoek rijst onder meer de vraag of de wettelijke verplichting om bepaalde informatie spontaan aan te geven (zonder dat dit dus een concrete actie van de overheid impliceert), een inmenging vormt in het privéleven.

150. Zowel bij concrete acties van de overheid, als bij wettelijke bepalingen die raken aan een onder artikel 8 EVRM beschermd rechtsgoed, rijst evenwel dezelfde vraag, met name of er sprake is van *inmenging* in het privéleven.

151. Inzake het recht op woning rijst in het kader van dit onderzoek de vraag of het *betreden* door de fiscale administratie van de woning, of als zodanig beschermde lokalen, in het kader van een fiscaal onderzoek, een inmenging vormt in het recht op woning. Dit is zonder twijfel het geval, van zodra het betreden van de woning onder enige dwang gebeurt, doordat er bijvoorbeeld sancties staan op het niet toelaten van de overheidsambtenaren in de woning⁴⁶⁸.

152. Wat betreft het recht op correspondentie rijst de vraag welke maatregelen (in casu van de fiscale administratie) die raken aan de correspondentie zoals ingevuld door het EHRM, een inmenging vormen in dit recht. Hoewel geen rechtspraak voorhanden is waarin

⁴⁶⁵ B. VAN DER SLOOT, "Is the Human Rights Framework still fit for the Big Data Era? A discussion of the ECtHR case law on privacy violations arising from surveillance activities", in S. GUTWIRTH, R. LEENES en P. DE HERT (ed), *Data protection on the move: current developments in ICT en privacy/data protection*, Heidelberg, Springer, 2016, 419

⁴⁶⁶ Zie de zaak DUDGEON van 1981 waarin het loutere bestaan van een strafbepaling op homoseksuele betrekkingen een inbreuk werd geacht op het privéleven, omdat de betrokken wettelijke bepaling homoseksuelen verplicht ofwel hun gedrag aan te passen, wat dan in strijd is met hun homoseksuele natuur, ofwel een inbreuk te plegen op de wet, waardoor zij vervolgd kunnen worden (EHRM 22 oktober 1981, DUDGEON/Ierland (§ 41)); zie ook EHRM 6 december 2012, MICHAUD/Frankrijk (§ 92) waarin het bestaan van de meldingsverplichtingen van advocaten in het kader van de Europese witwasregelgeving werd aangeklaagd. De wettelijke bepaling die de meldingsplicht regelt vormt volgens het EHRM een inmenging in het privéleven (en meer in het bijzonder het recht op communicatie) van de advocaat omdat deze de advocaten verplicht ofwel de geheimhoudingsverplichting ten aanzien van zijn cliënt te schenden ofwel zich bloot te stellen aan sancties voor het niet-naleven van de meldingsplicht.

⁴⁶⁷ Zie EHRM 6 december 2012, MICHAUD/Frankrijk (§51); EHRM 22 oktober 2005, WYPYCH/Polen waarbij de verzoeker weigerde zijn vermogensbestanddelen mee te delen aan de voorzitter van de gemeenteraad waardoor hij zich blootstelde aan sancties. Het feit dat de verzoeker sancties riskeerde volstaat om te stellen dat er sprake is van een inmenging in het privéleven. De verzoeker kan als slachtoffer van de bestreden wettelijke bepaling worden beschouwd.

⁴⁶⁸ Zie bijvoorbeeld EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen (§106). In deze zaak volstaat de vaststelling dat de belastingplichtige de wettelijke verplichting had om de fiscale administratie toe te laten tot de bedrijfslokalen om aan te nemen dat er sprake was van een inmenging in het privéleven; In andere zaken die handelen over het betreden van een woning of beroepslokaal was er eerder sprake van een strafrechtelijke onderzoek, waarbij het dwingend karakter van de toegang niet ter discussie stond: EHRM 16 december 1992 NIEMIETZ /Duitsland; EHRM 25 februari 1993, FUNKE/Franrijk (douane); EHRM 25 februari 1993, CREMIEUX/Frankrijk (douane) en EHRM 25 februari 1993 MIALHE/Frankrijk (douane); EHRM 28 juli 2009 LEE DAVIES /België. Zie ook recent nog in het kader van een vermoeden van belastingontduiking: EHRM 6 oktober 2016, K.S. en M.S./Duitsland (§32)

in algemene termen wordt toegelicht wanneer een maatregel ten aanzien van correspondentie in de zin van het artikel 8 van het EVRM als een inmenging moet worden beschouwd, blijkt uit de rechtspraak wel dat een maatregel die aan correspondentie raakt, reeds zeer snel als inmenging wordt beschouwd. In de zaak SILVER van 1983⁴⁶⁹ werd het stoppen of vertragen van brieven (zonder dat van de inhoud kennis werd genomen) al beschouwd als een inmenging in het recht op correspondentie. Bijgevolg lijkt het voor de hand liggend dat er in ieder geval ook sprake is van een inmenging in het recht op correspondentie wanneer kennis wordt genomen van de inhoud van de correspondentie, zoals bij het controleren van het mailverkeer⁴⁷⁰. Evenzeer lijkt het voor de hand liggend dat er sprake is van een inmenging in het recht op correspondentie wanneer de correspondentie wordt meegenomen, zoals dit het geval is bij het in beslag nemen van de digitale bestanden van een onderneming (waartoe de correspondentie vaak impliciet wordt verondersteld aanwezig te zijn⁴⁷¹). In die gevallen bestaat minstens de mogelijkheid tot kennisname van (alle) inhoud van de meegenomen correspondentie. Ook het bewaren van communicatiegegevens met het oog op de eventuele raadpleging ervan door openbare autoriteiten, vormt een inmenging in het privéleven, omdat zoals hierboven toegelicht, uit deze communicatiegegevens zeer precieze conclusies over het privéleven kunnen worden afgeleid⁴⁷². Het verder gebruik van de inhoud van de correspondentie, is van geen belang bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van een inmenging⁴⁷³. De kennisname, of de *mogelijkheid* tot kennisname, volstaat dus. Dit betekent evenwel niet dat het verder gebruik niet meespeelt in de beoordeling van de noodzakelijkheidsvereiste van de inmenging. Het doorgeven van de correspondentie of het opslaan van correspondentie waarvan werd kennisgenomen, maakt een afzonderlijke inmenging uit⁴⁷⁴.

153. Wat betreft ten slotte de maatregelen die informatie betreffen, die niet kan worden gerekend tot de correspondentie, en die dus door het EHRM enkel worden beoordeeld vanuit het recht op privéleven, dient – zoals hierboven is gebleken - vooreerst te worden gekeken naar de inhoud van de informatie.

Aan informatie over een natuurlijke persoon⁴⁷⁵ die handelt over diens private leven in de enge zin van het woord (en hiermee gelijkgeschakeld het professionele leven), wordt al rechtsbescherming verleend wanneer betrokkene verplicht wordt deze informatie prijs te

⁴⁶⁹ EHRM 25 maart 1983 SILVER/VK

⁴⁷⁰ EHRM 3 april 2007, COPLAND/VK

⁴⁷¹ EHRM 16 oktober 2007, WIESER AND BICOS BETEILIGUNGEN/Oostenrijk; EHRM 3 juli 2012, ROBATHIN/Oostenrijk

⁴⁷² HvJ 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, DIGITAL RIGHTS IRELAND, overweging 29 en 34

⁴⁷³ EHRM 25 maart 1998, KOPP/Zwitserland. In deze zaak warden de geregistreerde telefoongesprekken niet overgemaakt aan de vervolgende overheid en werden de opnames vernietigd zonder dat er verder enig gebruik van werd gemaakt. (§53): “*Interception of telephone calls constitutes “interference by a public authority”, within the meaning of Article 8 § 2, with the exercise of a right guaranteed to the applicant under paragraph 1 (see, among other authorities, the Malone v. the United Kingdom judgment of 2 August 1984, Series A no. 82, p. 30, § 64, and the above-mentioned Halford judgment, p. 1017, § 48 in fine). The subsequent use of the recordings made has no bearing on that finding.*”

⁴⁷⁴ Zie bijvoorbeeld EHRM 16 februari 2000 AMANN/Zwitserland: het *opslaan* van de inhoud van telefoongesprekken die zijn onderschept, wordt als een afzonderlijke inmenging in het privéleven beschouwd; zie ook HvJ 17 december 2015 C-419/14 WEBMINDLICENCES Kft, overweging 80 waarin het *doorgeven* van e-mails en informatie uit een telefoontap, verkregen in een strafonderzoek, aan een belastingdienst als een inmenging in het privéleven in de zin van artikel 7 van het Handvest wordt beschouwd.

⁴⁷⁵ En hiermee gelijkgeschakeld: informatie over een rechtspersoon wiens officiële benaming verwijst naar een of meerdere natuurlijke personen zodat de informatie in wezen betrekking heeft over een natuurlijke persoon zie HvJ 9 november 2010, C-92/09 en C-93/09, SCHECKE en EIFERT

geven en de overheid er met andere woorden kennis van neemt⁴⁷⁶. De kennisname door de overheid van deze informatie wordt dus al als een inmenging in het privéleven beschouwd, los van wat er met deze informatie wordt gedaan. Elke verdere verwerking van deze informatie door de overheid kan evenwel nog een afzonderlijke inmenging in het privéleven vormen, die afzonderlijk moet worden beoordeeld op haar conformiteit met artikel 8 EVRM. Het arrest van het Hof van Justitie van 17 december 2015⁴⁷⁷ verduidelijkt dit op een voor dit onderzoek interessante wijze. In deze zaak werd bewijsmateriaal vergaard in het kader van een strafonderzoek en werd dit bewijs later aangewend door de fiscale administratie. Het Hof van Justitie oordeelde dat de nationale rechter zowel de conformiteit van de *verkrijging* van het bewijsmateriaal als het *gebruik* ervan moet beoordelen in het licht van artikel 7 Handvest. Zo zal het *doorgeven* van informatie over het private leven van een natuurlijke persoon door de ene overheidsinstantie aan de andere overheid die deze informatie voor andere doeleinden zal aanwenden, eveneens als een inmenging in het privéleven worden beschouwd⁴⁷⁸.

Informatie die niet handelt over het private leven van de natuurlijke persoon in de enge zin van het woord, maar die wel als een persoonsgegeven moet worden beschouwd, wordt – zoals hierboven werd toegelicht – slechts beschermd rekening houdend met de context. Bij de contextuele elementen die zullen bepalen of deze informatie tot het privéleven wordt gerekend, speelt de maatregel zelf, zoals hierboven toegelicht, een belangrijke rol. Voor wat betreft de omschrijving van de maatregelen die van aard zijn als een inmenging in het privéleven te worden beschouwd, kan dan ook naar de uiteenzetting hierboven worden verwezen.

154. Wat informatie betreft over rechtspersonen, lijkt (behoudens informatie die onderdeel vormt van communicatie) alleen rechtsbescherming te worden toegekend aan informatie die tot het zakengeheim kan worden gerekend, in welke geval ongewilde kennisname door de overheid lijkt te volstaan om te spreken van een inmenging⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶ N.A. MOREHAM heeft de rechtspraak van het EHRM trachten in te delen in categorieën en onderscheidt het recht om vrij te zijn van ongewenste toegang tot informatie als één van de subcategorieën. Tot deze subcategorieën behoort het recht om vrij te zijn van ongewilde inzameling en opslag van informatie, zowel wanneer opdringerige als niet opdringerige methodes worden aangewend (Zie N.A. MOREHAM, "The right to respect for private life in the European Convention of Human Rights: a re-examination" *European Human Rights Law Review* 2008, 44-79). Merk wel op dat in het arrest G.S.B./Zwitserland (EHRM 22 december 2015 G.S.B./Zwitserland) de verzoeker inroept dat er sprake is van een inmenging in zijn privéleven door zowel de beslissing van de Zwitserse fiscale administratie om aan de bank te vragen om zijn financiële gegevens over te maken, als door de beslissing om gevolg te geven aan het verzoek van de Amerikaanse fiscale administratie om deze gegevens over te maken (§48), wat overigens niet werd betwist door de Zwitserse overheid (§49). Het EHRM stelt daarop dat het geen reden ziet om de standpunten van de partijen in twijfel te trekken om vervolgens te stellen dat het volstaat vast te stellen dat de verzoeker het slachtoffer is geweest van een inmenging in zijn privéleven ten laatste op 14 december 2012, met name het moment waarop de bankgegevens effectief zijn overgemaakt aan de Amerikaanse fiscale administratie (§50). Hiermee wordt de indruk gewekt dat het geen uitgemaakte zaak zou zijn dat ook de loutere kennisname door de Zwitserse fiscale administratie van de bankgegevens een inmenging vormt in het privéleven.

⁴⁷⁷ HvJ 17 december 2015, C-419/14 WEBMINDLICENCES KfT

⁴⁷⁸ EHRM 27 augustus 1997, M.S./Zweden (over het doorgeven van medische informatie aan een andere overheidsinstelling)

⁴⁷⁹ EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen

§ 3 Is de inmenging in het privéleven toegelaten?

155. Op grond van artikel 8 lid 2 EVRM is een inmenging in het recht op privéleven slechts toegestaan mits er een wettelijke basis voorhanden is (de legaliteitseis), mits deze inmenging een legitiem doel nastreeft (legitimitiestoets) en mits de inmenging noodzakelijk is in een democratische samenleving (noodzakelijkheidstoets).

156. Het EHRM heeft meermaals herhaald dat deze uitzondering op het recht op de eerbiediging van het privéleven, die wordt mogelijk gemaakt door artikel 8 lid 2 EVRM, eng moet worden geïnterpreteerd⁴⁸⁰. Deze regel moet evenwel worden gerelativeerd doordat het EHRM (zoals hierna zal blijken) toelaat dat de lidstaten een zekere appreciatiemarge hebben bij het beoordelen van de noodzakelijkheidsvoorwaarde van artikel 8 lid 2 EVRM⁴⁸¹.

I. Legaliteitseis

157. Volgens de rechtspraak van het EHRM betekenen de woorden “in overeenstemming met de wet” dat de maatregel enerzijds een basis moet vinden in de wetgeving van de betrokken lidstaat en anderzijds dat deze wetgeving aan bepaalde kwaliteitsvereisten moet voldoen.

A. Wettelijke basis

158. Een inmenging in het privéleven door de overheid is dus vooreerst slechts toegelaten in de mate dat er een wettelijke basis is voor deze inmenging⁴⁸². Het EHRM interpreteert “de wet” in haar materiële betekenis en niet in haar formele betekenis. Het EHRM verlangt dus niet dat de grondslag van de inmenging in het privéleven haar basis vindt in een door een parlement gestemde wet⁴⁸³.

⁴⁸⁰ EHRM 6 september 1978, KLASS/Duitsland (§ 42); EHRM 25 maart 1983, SILVER/VK (§ 97); EHRM 4 mei 2000, ROTARU/Roemenië (§47); EHRM 31 juli 2012, DRAKSAS/Litouwen (§ 54) “*The cardinal issue arising in the present case is whether the interference so found is justified in terms of paragraph 2 of Article 8. This paragraph, since it provides for an exception to a right guaranteed by the Convention, is to be narrowly interpreted.*”

⁴⁸¹ P. DE HERT, *Artikel 8 EVRM en het Belgisch recht. De bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 35.

⁴⁸² Voor een algemeen inzicht over de vereiste van de wettelijke basis als voorwaarde voor een toegelaten inmenging in grondrechten in fiscale zaken: P. POPELIER, “Basisbeginselen inzake de vereiste van de wettelijke basis als voorwaarde voor een toegelaten inmenging in grondrechten in fiscale zaken” in S. DE RAEDT en A. VAN DE VIJVER, *Grondrechten in fiscalibus*, Brussel, Larcier, 2016, 49 -67; voor een studie van de rechtspraak van het EHRM inzake de vereiste van de wettelijke basis in fiscale zaken: C. VANDERKERKEN, “De rechtspraak van het EHRM waarbij de vereiste van de wettelijke basis wordt getoetst in fiscale zaken” in S. DE RAEDT en A. VAN DE VIJVER, *Grondrechten in fiscalibus*, Brussel, Larcier, 2016, 68- 77.

⁴⁸³ Zie hierover K. RIMANQUE, “De noodzakelijkheid in een democratische samenleving – een begrenzing van beperkingen van grondrechten” in *Liber Amicorum Frederic Dumon*, Antwerpen, Kluwer, 1983, deel II, 1218; H.R. KRANENBORG, en L.F.M. VERHEY, *Wet bescherming persoonsgegevens in Europees perspectief*, Deventer, Kluwer, 2011, 23. De rechtsregel die de basis vormt van de inmenging in het privéleven kan dus ook uit andere rechtsbronnen worden afgeleid, zoals koninklijke besluiten, richtlijnen of zelfs ongeschreven recht (zoals bijvoorbeeld vaststaande rechtspraak) en dit zowel voor common law-tradities (Zie EHRM 26 april 1979 SUNDAY TIMES/VK (§§46-53)) als voor continentale rechtstradities (EHRM 24 april 1990 KRUSLIN/Frankrijk (§ 28) en EHRM 24 april 1990 HUVIG/Frankrijk (§ 28)). Voor continentale rechtstelsels wordt in de rechtspraak van het EHRM overigens grote ruimte gelaten voor de jurisprudentiële invulling van een wet bij de beoordeling van de legaliteitseis. De wet is met andere woorden de van kracht zijnde rechtsregel zoals hij door de interne rechtscolleges wordt geïnterpreteerd (P. DE HERT, *Artikel 8 EVRM en het Belgisch recht. De bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 17). Wanneer de interne rechtscolleges met andere woorden hebben geoordeeld dat de maatregel in overeenstemming is met de interne wet, dan neemt het EHRM hier genoegen mee (H. KRABBE, “artikel 8. De eerbiediging van het privéleven” in A.

159. Deze vaststelling is van weinig belang voor België vermits artikel 22 van de Grondwet, vereist dat een inmenging in het privéleven een grondslag moet vinden in een formele wet en er met andere woorden een democratisch debat aan de basis moet liggen van een wet die een inmenging in het privéleven organiseert⁴⁸⁴.

160. Uiteraard dient elk overheidshandelen, en dus ook elke inzameling van informatie door de fiscale administratie, een basis te hebben in een formele wet. Dit vloeit voort uit artikel 105 van de Grondwet⁴⁸⁵. Wanneer dit overheidshandelen evenwel een inmenging in het privéleven impliceert, geldt (ook) de legaliteitsvereiste van artikel 22 van de Grondwet, die, zoals we hierna zullen zien, de legaliteitsvereiste van artikel 105 van de Grondwet versterkt⁴⁸⁶. De wettelijke basis voor een inmenging in het privéleven moet immers – rekening houdend met de rechtspraak van het EHRM – aan bepaalde kwaliteitsvereisten voldoen⁴⁸⁷.

161. Nog los van de invulling van deze kwaliteitsvereisten van de wettelijke basis, rijzen er bij de legaliteitsvereiste twee vragen. Vooreerst rijst de vraag welke wetgever in het Belgische communautaire landschap wordt bedoeld. Daarnaast rijst de vraag welke elementen betreffende de inmenging in het privéleven in deze wet moeten worden geregeld, en welke elementen kunnen worden overgelaten aan de uitvoerende macht.

162. Wat betreft de eerste vraag heeft het Belgische Grondwettelijk Hof betreffende artikel 10 EVRM (recht van vrijheid van meningsuiting) al gesteld dat het feit dat de Grondwet en de internationale verdragen fundamentele rechten en vrijheden erkennen, geenszins betekent dat de regeling ervan, als dusdanig, enkel de federale overheid zou toekomen. Het staat aan elke overheid de inachtneming van deze fundamentele rechten en vrijheden te waarborgen door ze te concretiseren wanneer zij haar bevoegdheden uitoefent⁴⁸⁸. Elke wetgever moet met andere woorden – binnen de perken van zijn bevoegdheden – zorgen voor de waarborging van het recht op privéleven. Het feit dat artikel 22 GW bepaalt dat enkel een wet kan bepalen in welke gevallen en onder welke voorwaarden het recht op de eerbiediging van het privéleven kan worden beperkt, slaat volgens het Grondwettelijk Hof dan ook enkel op de “algemene beperkingen” op het recht op privéleven, die van toepassing zijn op welke aangelegenheid ook. Daar anders over

HARTEVELD, B. KEULEN en H. KRABBE, *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, Wolters-Noordhoff, Groningen, 1996, 163; F. BOEHM, *Information Sharing and Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice. Towards Harmonised Data Protection Principles for Information Exchange at EU-level*, Springer, Berlin – Heidelberg, 2012, XII, 48, zie bijvoorbeeld EHRM 4 mei 2000, ROTARU/Roemenië (§ 53)). Een uitzondering hierop is EHRM 10 december 2009 MIKHAYLYUK AND PETROV/Oekraïne (§27) waar het EHRM stelt dat de conclusie van de plaatselijke rechtbanken dat de inmenging wel een wettelijke basis had door geen enkele redelijke verklaring werd ondersteund. Een andere uitzondering is EHRM 1 maart 2007, HEGLAS/Tsjechië, waarin het EHRM vaststelt dat de rechtbank een wet als wettelijke basis aanvaard die in wezen nog niet in werking was getreden (§67)

⁴⁸⁴ Zie bijvoorbeeld: Arbitragehof 21 december 2004, 202/2004 inzak de wet van 6 januari 2003 op de bijzondere opsporingsmethoden, overweging B.5.4

⁴⁸⁵ Artikel 105 Grondwet: “De Koning heeft geen andere macht dan die welke de Grondwet en de bijzondere wetten, krachtens de Grondwet zelf uitgevaardigd, hem uitdrukkelijk toekennen.”

⁴⁸⁶ E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et controle*, Brussel, Larcier, 2014, 135-136

⁴⁸⁷ Wat ook in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof wordt bevestigd: Arbitragehof 21 december 2004, nr. 202/2004, overweging B.4.3; GwH 16 mei 2013, nr. 66/2013, overweging B.11.1

⁴⁸⁸ Arbitragehof 25 november 1999, 124/99, overweging B.4.4 en Arbitragehof 29 november 2000, 124/2000, overweging B.4.2

oordelen zou betekenen dat de bevoegdheden van de gemeenschappen en gewesten worden uitgehold⁴⁸⁹. Ook de gemeenschappen en gewesten kunnen dus een regeling uitwerken waarbij een inmenging in het privéleven wordt toegelaten, zij het dat de algemene federale regeling die geldt als minimumregeling moet worden gerespecteerd⁴⁹⁰. Concreet betekent dit wat wanneer bijvoorbeeld de Vlaamse overheid een regeling uitwerkt waarbij persoonsgegevens kunnen worden verwerkt die kunnen worden beschouwd als een inmenging in het privéleven, de federale Wet Verwerking Persoonsgegevens als minimumregeling moet worden gerespecteerd⁴⁹¹.

Dit onderzoek is gericht op de inzameling van informatie door de fiscale administratie in het kader van de heffing van de inkomstenbelastingen. De inzameling van informatie met het oog op de heffing van de onroerende voorheffing, werd uitgesloten uit het voorwerp van dit onderzoek. Bijgevolg behoort de wetgeving inzake de inzameling van informatie met het oog op het heffen van de inkomstenbelastingen, tot de bevoegdheid van de federale wetgever. Wanneer deze inzameling van informatie als een inmenging in het privéleven moet worden beschouwd, zal een formele federale wet die moeten regelen.

163. Wat betreft de tweede vraag, namelijk welke elementen van de inmenging in het privéleven via wet moeten worden geregeld, moet worden vastgesteld dat het antwoord op deze vraag samenhangt met één van de kwaliteitsvereisten die het EHRM stelt aan de wettelijke basis, name de vereiste van de voorzienbaarheid, die hierna verder wordt besproken.

B.Kwaliteitsvereisten

1.Algemeen

164. Het EHRM meent dat de wettelijke basis die aan de grondslag ligt van de inmenging in het privéleven moet voldoen aan bepaalde kwaliteitsvereisten. De bestaansreden van deze kwaliteitsvereisten van de wettelijke basis moet worden gevonden in het feit dat de wettelijke basis een waarborg moet kunnen vormen tegen een arbitraire inmenging door de overheid in het privéleven van de burger⁴⁹². Daardoor volstaat het niet zonder meer dat er “een” wettelijke basis is. De wet moet compatibel zijn met de zogenaamde “rule of law”, waarnaar wordt verwezen in de preambule van het EVRM.

165. De kwaliteitsvereisten van de wettelijke basis werden voor het eerst duidelijk verwoord in het arrest SUNDAY TIMES van 1979⁴⁹³ in het kader van het onderzoek naar de

⁴⁸⁹ Arbitragehof 30 april 2003, 50/2003, overweging B.8.10 en Arbitragehof 3 april 2003, overweging B.4.12

⁴⁹⁰ Arbitragehof 19 januari 2005, 16/2005, overweging B.5.2

⁴⁹¹ Arbitragehof 19 januari 2005, 16/2005, overweging B.5.2; voor een toepassing: ontwerp van decreet houdende het bestuurlijk elektronisch gegevensverkeer, stuk 1712 (2007-2008), nr. 1, p. 11, waarin dit principe wordt bevestigd

⁴⁹² EHRM 2 augustus 1984, MALONE/VK (§ 67): “The Court would reiterate its opinion that the phrase “in accordance with the law” does not merely refer back to domestic law but also relates to the quality of the law, requiring it to be compatible with the rule of law, which is expressly mentioned in the preamble to the Convention.). The phrase thus implies - and this follows from the object and purpose of Article 8 (art. 8) - that there must be a measure of legal protection in domestic law against arbitrary interferences by public authorities with the rights safeguarded by paragraph 1 (art. 8-1) (...)”; zie ook EHRM 22 december 2015, G.S.B./Zwitserland (§ 68)

⁴⁹³ EHRM 26 april 1979, SUNDAY TIMES/VK (zie §§ 48 en 49)

overeenstemming van een maatregel met artikel 10 EVRM (recht op vrijheid van meningsuiting). Artikel 10 EVRM kent een legaliteitsvereiste die gelijkaardig is aan artikel 8 EVRM. In dit arrest werd vooreerst gesteld dat de wettelijke basis voldoende *toegankelijk* moet zijn, wat betekent dat de burger – in de gegeven omstandigheden – een adequate indicatie moet hebben over de rechtsregels die in een bestaande situatie van toepassing zijn⁴⁹⁴. Ten tweede stelt het EHRM dat de wettelijke basis met voldoende precisie moet zijn geformuleerd opdat de burger zijn gedrag erop kan afstemmen: de burger moet met andere woorden in staat zijn – zo nodig met aangepast advies – om (tot op een zekere hoogte die redelijk is in de gegeven omstandigheden) de gevolgen te voorzien die een bepaalde actie met zich brengt⁴⁹⁵. Deze rechtspraak zou later letterlijk geciteerd worden in het arrest SILVER van 1983⁴⁹⁶ waarin deze kwaliteitsvereisten van de wettelijke basis voor het eerst werden gesteld in verband met artikel 8 EVRM.

166. Ook in de rechtspraak van het Hof van Justitie wordt nagegaan of de wettelijke basis die de grondslag vormt van een bepaalde regeling die als een inmenging in het privéleven wordt beschouwd, voldoet aan de kwaliteitsvereisten zoals die door het EHRM zijn vooropgesteld⁴⁹⁷. Hetzelfde gebeurt in de rechtspraak van het Belgisch Grondwettelijk Hof⁴⁹⁸.

2.Toegankelijkheid

167. De vereiste van de toegankelijkheid van de wettelijke basis stelt weinig problemen, zeker wanneer – zoals dit in de Belgische context altijd het geval is – de inmenging in het privéleven moet worden geregeld door een formele wet. Een dergelijke formele wet wordt immers steeds gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad en de publicatie van de wettelijke basis in een officieel publicatieblad lijkt voor het EHRM te volstaan om de wettelijke basis als toegankelijk te beschouwen⁴⁹⁹.

3.Voorzienbaarheid

168. De vereiste van de voorzienbaarheid zorgt voor meer problemen. In het basisarrest SUNDAY TIMES van 1979⁵⁰⁰ wordt gesteld dat de wettelijke basis met voldoende precisie moet zijn geformuleerd opdat de burger zijn gedrag erop kan afstemmen. De burger moet met andere woorden in staat zijn – zo nodig met aangepast advies – om de gevolgen te

⁴⁹⁴ *“the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case”*

⁴⁹⁵ *“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”*

⁴⁹⁶ EHRM 25 maart 1983, SILVER/VK (§§ 85-90))

⁴⁹⁷ Voorbeelden: HvJ 20 mei 2003, C-465/00, C-138/01 en C-139/01, OSTERREICHISCHER RUNDFUNK, overweging 77 ev., HvJ 17 december 2015, C-419/14, WEBMINDLICENCES KfT, overweging 81

⁴⁹⁸ Voorbeelden: Arbitragehof 21 december 2004, nr. 202/2004, overweging B.4.3; GwH 13 januari 2011, 1/2001, overweging B.12.2; GwH 14 februari 2013, nr. 06/2013, overweging B.9.1; GwH 16 mei 2013, 66/2013, overweging B.11.1; GwH 16 juli 2015, nr. 107/2015 overweging B.7

⁴⁹⁹ Zie bijvoorbeeld EHRM 4 mei 2000, ROTARU/Roemenië (§ 54) waar de publicatie van de wettelijke basis in de “Romania Official Gazette” volstond om te voldoen aan de vereiste van de toegankelijkheid; zie ook EHRM 21 juni 2011, SHIMOVOLOS/Rusland (§§ 69 en 70) waarin de inmenging van de overheid in het privéleven (met name het organiseren van een bepaalde databank) is geregeld via een ministerieel besluit dat niet werd gepubliceerd noch op enigerlei andere wijze toegankelijk werd gemaakt voor het publiek

⁵⁰⁰ EHRM 26 april 1979, SUNDAY TIMES/VK (zie §§ 48 en 49)

voorzien die een bepaalde actie met zich brengt. Tegelijkertijd relativeert het EHRM deze vereiste door in hetzelfde basisarrest meteen te stellen dat het niet nodig is dat de gevolgen van elke actie met absolute zekerheid kunnen worden voorzien, omdat absolute zekerheid onbereikbaar is. Volgens het EHRM is zekerheid weliswaar in hoge mate wenselijk, doch zekerheid kan overdreven rigiditeit met zich brengen terwijl het recht moet mee evolueren met gewijzigde omstandigheden. Hierdoor is het onvermijdelijk dat wetten begrippen bevatten, die tot op zekere hoogte vaag blijven en waarvan de interpretatie en toepassing moeten blijken in de praktijk⁵⁰¹. Aldus geformuleerd, blijft de vereiste van de voorzienbaarheid vaag en laat zij niet toe om in concreto te beoordelen of een wettelijke basis voldoet aan dit criterium. In het kader van dit onderzoek wordt derhalve getracht dit criterium verder te verduidelijken om te komen tot een bruikbaar kader waaraan de mate van voorzienbaarheid van een wettelijke basis kan worden getoetst.

169. Zoals hierboven is gebleken moet er een onderscheid worden gemaakt tussen twee vormen van inmengingen in het privéleven. Er kan immers een inmenging in het privéleven zijn door het bestaan een wettelijke bepaling, zonder dat hierbij concrete acties van de overheid gepaard gaan (zoals een wettelijke bepaling die iemand verplicht spontaan informatie over zijn privéleven prijs te geven aan een overheid). Daarnaast kan er ook een inmenging in het privéleven zijn door een concrete actie van de overheid (die bijvoorbeeld een huiszoeking uitvoert). De bevoegdheid van de overheid om via deze concrete actie zich te mengen in het privéleven zal steeds een wettelijke grondslag moeten kennen. Deze bevoegdheid kan zowel een gebonden bevoegdheid zijn, als een discretionaire. In elk van deze drie gevallen (de wet zelf vormt een inmenging in het privéleven (1^{ste} geval), de wet geeft aan de overheid de gebonden bevoegdheid zich te mengen in het privéleven (2^{de} geval) en de wet geeft aan de overheid de discretionaire bevoegdheid zich te mengen in het privéleven (3^{de} geval)) moet de wettelijke bepaling voldoende duidelijk moet zijn opdat de betrokkene weet waaraan hij zich kan verwachten.

In het geval waarbij de wet evenwel aan de overheid een discretionaire bevoegdheid laat om zich te mengen in het privéleven, is het evident dat de betrokkene per definitie met grotere onduidelijkheid wordt geconfronteerd. De vraag is dan hoe voorzienbaar de wet voor de betrokkene moet zijn. Het EHRM vereist in die situatie (die overigens de meest voorkomende situatie is voor inmengingen in het privéleven, denken we maar aan huiszoekingen, telefoontaps en dergelijke meer) dat deze discretionaire bevoegdheid duidelijk wordt afgebakend⁵⁰², op een dusdanige wijze dat de wet haar functie kan vervullen van waarborg tegen arbitraire inmenging in het privéleven. Het EHRM aanvaardt dat ook in de afbakening van de discretionaire bevoegdheid absolute zekerheid niet mogelijk is en een zekere vaagheid toegelaten is omdat het niet steeds mogelijk is om in een wet rekening te houden alle eventualiteiten⁵⁰³. De vraag rijst dus in hoeverre de bevoegdheid van de

⁵⁰¹ "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"

⁵⁰² EHRM 25 maart 1983, SILVER/VK (§88): "A law which confers a discretion must indicate the scope of that discretion." Zie ook later: EHRM 12 januari 2010, GILLAN & QUINTON/VK (§77); EHRM 21 juni 2011, SHIMOVLOS/Rusland (§68)

⁵⁰³ EHRM 25 maart 1983, SILVER/VK (§88)

overheid moet worden afgebakend. Welke aspecten betreffende de inmenging in het privéleven moeten allemaal door de wet zijn geregeld? Het antwoord op deze vraag wordt hierna verder het *kwantitatief* element van de voorzienbaarheid genoemd.

Ook inzake wettelijke bepalingen die op zich een inmenging vormen in het privéleven (1^{ste} geval van inmenging), als inzake wettelijke bepalingen die een gebonden bevoegdheid verlenen aan de overheid om zich te mengen in het privéleven (2^{de} geval van inmenging), rijst dezelfde vraag. Welke aspecten moeten deze wetten regelen opdat er sprake is van een voorzienbare wet?

Naast de vraag naar het *kwantitatief* element van de voorzienbaarheid, rijst er voor elk van deze drie gevallen van inmenging in het privéleven ook een vraag naar de mate van precisie waarmee elk van deze aspecten moet worden geregeld. Het antwoord op deze vraag wordt hierna het *kwalitatief* element van de voorzienbaarheid genoemd. Het betreft in wezen de toegelaten vaagheid van de gehanteerde begrippen⁵⁰⁴.

a. Kwantitatief element van de voorzienbaarheid

170. Wat betreft de afbakening van de bevoegdheid van de overheid om zich te mengen in het privéleven, werd in de MALONE-zaak van 1984⁵⁰⁵ gesteld dat de wet voldoende duidelijk moet zijn opdat de burger een adequate indicatie krijgt van de “omstandigheden waarin” en de “voorwaarden waaronder” de overheid de bevoegdheid krijgt om zich te mengen in het privéleven⁵⁰⁶. De wet moet met andere woorden het *toepassingsgebied* van de inmenging alsook de *wijze waarop* deze inmenging mogelijk is, voldoende duidelijk bepalen. Hierbij moet rekening worden gehouden met de legitieme doelstelling van de maatregel⁵⁰⁷. Hoewel bij de beoordeling van de vraag of de wet voldoende voorzienbaar is, ook mag rekening worden gehouden met voldoende aan de betrokkenen bekendgemaakte administratieve nota's⁵⁰⁸, geldt dit niet voor de afbakening van de discretionaire bevoegdheid van de overheid en de omschrijving van het toepassingsgebied en de wijze waarop de inmenging in het privéleven mogelijk is. Deze moeten dus uit de wettelijke basis

⁵⁰⁴ Het EHRM, noch de rechtsleer maakt een onderscheid tussen het kwantitatief en het kwalitatief aspect van de voorzienbaarheid. Het onderscheid wordt in dit onderzoek gemaakt teneinde een duidelijk toetsingskader te vormen om de gegevensinzameling die het voorwerp uitmaakt van dit onderzoek, op het vlak van de voorzienbaarheid van de wettelijke basis aan te toetsen. In de rechtspraak van het EHRM geven sommige uitspraken inzake voorzienbaarheid duidelijk indicaties over het kwantitatief element, dan wel over het kwalitatief element van de vereiste voorzienbaarheid, terwijl andere uitspraken dan weer over beide elementen lijken te kunnen handelen.

⁵⁰⁵ EHRM 2 augustus 1984, MALONE/VK

⁵⁰⁶ EHRM 2 augustus 1984, MALONE/VK (§67): “(...) Nevertheless, the law must be sufficiently clear in its terms to give citizens an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which public authorities are empowered to resort to this secret and potentially dangerous interference with the right to respect for private life and correspondence.” Zie ook EHRM 26 maart 1987, LEANDER/Zweden (§51); EHRM 4 mei 2000, ROTARU/Roemenië (§55); EHRM 10 maart 2009, BYKOV/Rusland (§78); EHRM 12 januari 2010, GILLAN & QUINTON/VK (§77); EHRM 21 juni 2011, SHIMOVOLOS/Rusland (§68); EHRM 15 januari 2015, DRAGOJEVIC/Kroatië (§81); EHRM 22 december 2015, G.S.B./Zwitserland (§68); zie hierover ook: P. DE HERT, *Artikel 8 EVRM en het Belgisch recht. De bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 20. Voor een toepassing in de rechtspraak van het Hof van Justitie: HvJ 17 december 2015 C-419/14 WEBMINDLICENCES Kft, overweging 81

⁵⁰⁷ EHRM 2 augustus 1984, MALONE/VK (§68): “Consequently, the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim of the measure in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference.”

⁵⁰⁸ EHRM 25 maart 1983, SILVER/VK (§88)

zelf volgen⁵⁰⁹. De wet moet hierbij wel worden begrepen als de wet zoals deze door de interne rechtspraak wordt geïnterpreteerd⁵¹⁰.

171. In de zaak KRUSLIN van 1990⁷ wordt vrij gedetailleerd toegelicht wat moet worden verstaan onder het “toepassingsgebied” en de “wijze van uitvoering van de maatregel”. Er wordt dus vrij duidelijk toegelicht wat minstens in de wet moet worden vastgelegd opdat deze wet een waarborg tegen arbitraire inmenging kan vormen. Met name verlangt het EHRM (de zaak handelde over een telefoontap) onder meer dat de categorieën van mensen die onderworpen kunnen worden aan de maatregel, duidelijk worden bepaald in de wet, net als de aard van de inbreuken die aanleiding geven tot het opleggen van een dergelijke maatregel. De maatregel moet ook in de tijd worden gelimiteerd en de procedure betreffende het opmaken van rapporten over de getapte telefoongesprekken moet worden gespecificeerd⁵¹¹. Het EHRM aanvaardt ook niet dat deze duidelijkheid kan worden afgeleid uit de praktijk van de lidstaat⁵¹².

Later zal duidelijk worden dat de mate van precisie van de wet (in deze context: welke aspecten van de inmenging in het privéleven allemaal in de wet moeten worden geregeld) afhangt van het privacyinvasieve karakter van de maatregel⁵¹³. Bijgevolg zullen privacyinvasieve vormen van informatieverzameling, zoals de inzameling van informatie via geheime onderzoeksmaatregelen⁵¹⁴ zoals observatie, of de inzameling van informatie via een huiszoeking, vereisen dat het toepassingsgebied en de uitvoeringsmodaliteiten uitvoeriger moeten worden geregeld, dan dit het geval is voor minder privacyinvasieve vormen van informatie-inzameling, die bijvoorbeeld met medeweten van de betrokkene gebeuren.

⁵⁰⁹ EHRM 26 maart 1987, LEANDER/Zweden (§51)

⁵¹⁰ EHRM 6 oktober 2016, K.S. en M.S./Duitsland (§35) waarin het EHRM oordeelde dat het voldoende voorzienbaar was dat een huiszoeking kon gebeuren op basis van informatie die was bekomen in strijd met de wet, omdat uit de gevestigde rechtspraak van het hoogste interne rechtscollege kon worden afgeleid dat er geen regel bestond dat dergelijk materiaal in strafzaken niet kon worden gebruikt. In casu was de huiszoeking gebaseerd op informatie afkomstig van een werknemer van een Liechtensteinse bank die de informatie illegaal had gekopieerd en verkocht aan de Duitse geheime diensten (***Fout! Alleen hoofddocument..*** *In the present case, the Court notes that the search of the applicants' premises was based on the relevant provisions of the German Code of Criminal Procedure, namely Articles 102 and 105 of the Code of Criminal Procedure (see paragraph 26 above). As regards the foreseeability of their application in the present case, the Court takes note of the settled case-law of the Federal Constitutional Court according to which there was no absolute rule that evidence which had been acquired in violation of procedural rules could not be used in criminal proceedings (see paragraph 28 above). In these circumstances the Court finds that the applicants were able to foresee – if necessary with the aid of legal advice – that the domestic authorities would consider that the search warrant could be based on the Liechtenstein data despite the fact that they may have been acquired in breach of law. The Court therefore considers that the measure complained of was “in accordance with the law”.*)

⁵¹¹ EHRM 24 april 1990, KRUSLIN/Frankrijk (§35-36); zie ook EHRM 24 april 1990, HUVIG/Frankrijk (§34), EHRM 30 juli 1998, VALENZUELA CONTRERAS/Spanje (§ 57 en § 46); EHRM 29 juni 2006, WEBER en SARAVIA/Duitsland (§95); EHRM 28 juni 2007, ASSOCIATION FOR EUROPEAN INTEGRATION AND HUMAN RIGHTS & EKIMDZHIEV/Bulgarije (§76)

⁵¹² EHRM 24 april 1990, KRUSLIN/Frankrijk (§35)

⁵¹³ P. DE HERT maakt deze veronderstelling reeds in 1998: P. DE HERT, *Artikel 8 EVRM en het Belgisch recht. De bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 21 met verwijzing naar andere rechtsleer, later bevestigd door de rechtspraak: EHRM 25 maart 1998, KOPP/Zwitserland: “As interception constituted a serious interference with private life and correspondence, it had to be based on a “law” that was particularly precise, especially as the technology available for use was continually becoming more sophisticated.”; zie ook EHRM 28 juni 2007, ASSOCIATION FOR EUROPEAN INTEGRATION AND HUMAN RIGHTS & EKIMDZHIEV/Bulgarije (§75); EHRM 25 september 2001, P.G. & J.H./VK (§62); zie ook EHRM 2 september 2010, UZUN/Duitsland (§66); EHRM 21 juni 2011, SHIMOVLOS/Rusland (§68)

⁵¹⁴ Bijvoorbeeld EHRM 4 december 2015, ZAKHAROV/Rusland (§ 229)

172. Wanneer de bestreden maatregel specifiek gaat over het verzamelen en opslaan van informatie, die wordt beschermd onder artikel 8 EVRM, wordt bij de beoordeling van de vraag welke aspecten in de wet moeten worden geregeld, de invloed van de Conventie nr. 108 duidelijk. Het EHRM vereist immers dat de wet aspecten regelt zoals finaliteit en bewaartermijn. In het arrest ROTARU van 2000⁵¹⁵ (betreffende de geheime opslag van informatie door veiligheidsdiensten) wordt gesteld dat de wettelijke basis die deze opslag mogelijk maakt, voldoende duidelijk moet zijn over de informatie die kan worden verzameld en opgeslagen, over de categorieën van personen die het voorwerp kunnen uitmaken van inzameling en opslag van hun informatie, over de omstandigheden waarin deze maatregelen kunnen worden genomen en over de procedure die daarbij moet worden gevolgd. De leeftijd van de informatie en de bewaartermijn moeten gelimiteerd worden. Het moet duidelijk zijn wie de informatie mag inzien en waarvoor ze mag worden gebruikt⁵¹⁶. De aanleg van een register met informatie over een natuurlijke persoon, die enkel gebaseerd is op een algemene bepaling die de overheid de bevoegdheid verleend om informatie in te zamelen voor bepaalde (in casu) veiligheidsdoeleinden is dus onvoldoende voorzienbaar⁵¹⁷. In het arrest S. & MARPER van 2008⁵¹⁸ betreffende de opslag van vingerafdrukken, bloedstalen en cellulaire monsters, worden de essentiële elementen die wettelijk moeten worden geregeld om te kunnen spreken van een voorzienbare wet, herhaald in een context waarin de informatie niet op heimelijke wijze wordt verzameld, maar die wel wordt bewaard nadat de doeleinden waarvoor ze werd ingezameld, zijn gerealiseerd. Het EHRM stelt vast dat de wet onvoldoende voorzienbaar is en er met name onvoldoende duidelijkheid bestaat over het verder gebruik van deze gegevens, de bewaartermijn, de toegang van derde partijen, de procedures om de integriteit en de confidentialiteit van de informatie te bewaren, de procedures betreffende vernietiging,⁵¹⁹

173. Het Grondwettelijk Hof is ook zeer duidelijk over het feit dat de voorzienbaarheid van een wettelijke bepaling die de verwerking van persoonsgegevens mogelijk maakt, moet worden beoordeeld in het licht van de basisprincipes van het recht betreffende de bescherming van de persoonsgegevens. In het arrest van 18 maart 2010 (inzake de beoordeling van het eHealth platform)⁵²⁰ stelt het Grondwettelijk Hof namelijk dat de schending van artikel 22 van de Grondwet moet worden beoordeeld, niet alleen in samenhang met artikel 8 EVRM, maar tevens in samenhang met de Richtlijn 95/46 en de Conventie nr. 108⁵²¹. De verplichtingen die in deze internationale instrumenten zijn gesteld, worden beschouwd als een “onlosmakelijk geheel” met de waarborgen van artikel 22 van de Grondwet, zodat een bepaling die in strijd is met deze internationale verplichtingen, meteen

⁵¹⁵ EHRM 4 mei 2000, ROTARU/Roemenië; zie ook E. DEGRAVE die dit arrest als fundamenteel beschouwd voor de invulling van de vereiste van de voorzienbaarheid van de wettelijke basis in het kader van de verwerking van persoonsgegevens door de overheid: E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et controle*, Brussel, Larcier, 2014, 164.

⁵¹⁶ EHRM 4 mei 2000, ROTARU/Roemenië (§ 57-60); EHRM 4 december 2015, ZAKHAROV/Rusland (§231)

⁵¹⁷ EHRM 16 februari 2000, AMANN/Zwitserland (§76 met verwijzing naar § 58)

⁵¹⁸ EHRM 4 december 2008, S. AND MARPER/VK

⁵¹⁹ Zie ook nog EHRM 13 november 2012, M.M./VK (§95), over het bijhouden van gegevens in een strafregister

⁵²⁰ GwH 18 maart 2010, nr. 29/2010

⁵²¹ In eerdere uitspraken zou het Grondwettelijk Hof nagaan of de regeling waarbij de verwerking van persoonsgegevens werd mogelijk gemaakt al dan niet in strijd is met de Belgische Wet Verwerking persoonsgegevens, wat als een bekritisereerbare werkwijze werd beschouwd door de rechtsleer nu het Grondwettelijk Hof niet vermag te toetsen aan een andere wet en de Wet Verwerking Persoonsgegevens, door zijn algemeen karakter, moeilijk als waarborg voor een voorzienbare wet kan worden beschouwd (zie hierover: E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et controle*, Brussel, Larcier, 2014, 160-161)

artikel 22 van de Grondwet schendt⁵²². Vanuit die optiek gaat het Grondwettelijk Hof bij de beoordeling of is voldaan aan de legaliteitsvereiste van artikel 22 van de Grondwet, na of de meest essentiële elementen van de verwerking van de persoonsgegevens, waaronder de finaliteit van de verwerking⁵²³ zijn geregeld in de wet⁵²⁴. Ook de aanduiding van de verantwoordelijke voor de verwerking van de persoonsgegevens wordt als een essentieel element beschouwd⁵²⁵.

174. Een bijzonder probleem inzake de voorzienbaarheid van de wettelijke basis, is de retroactiviteit van de wettelijke basis⁵²⁶. Het EHRM heeft zich hierover uitgesproken in de zaak G.S.B. van 2015⁵²⁷. Deze zaak handelde over de uitwisseling van bancaire informatie tussen lidstaten met fiscale doeleinden. De verzoeker beweerde dat het verdrag, dat de wettelijke basis vormde voor de uitwisseling, een retroactieve werking kende en dus niet voorzienbaar was, vermits het werd toegepast op informatie die reeds bestond voor de totstandkoming van deze het verdrag. Het EHRM bracht het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht in herinnering en stelde dat artikel 28 van het Verdrag van Wenen weliswaar bepaalt dat de niet-retroactiviteit van de bepalingen van een verdrag de regel is, doch dat het Verdrag van Wenen ook toelaat dat van dit principe kan worden afgeweken wanneer dit uit het verdrag zelf blijkt of wanneer op een andere wijze een andere bedoeling blijkt⁵²⁸. Wat dat laatste betreft stelde het EHRM vast dat er niet werd betwist tussen partijen dat de administratieve bijstand in fiscale zaken onderdeel vormt van het procedurerecht en dat de onmiddellijke toepasselijkheid van het procedurerecht door het EHRM in zijn rechtspraak terzake artikel 6 EVRM, werd beschouwd als een algemeen erkende regel⁵²⁹. Bovendien was het een constante rechtspraak in de lidstaat van de verzoeker (Zwitserland) dat de bepalingen over de administratieve of strafrechtelijke bijstand die derden verplichten tot het doorgeven van informatie, van procedurele aard zijn en van toepassing op alle hangende en toekomstige procedures, zelfs op fiscale aanslagjaren die het aannemen van die bepalingen, voorafgaan⁵³⁰. Verzoeker, die was bijgestaan door een advocaat, diende daarom deze

⁵²² GwH 18 maart 2010, nr. 29/2010, overweging B.5.3; zie nadien ook nog GwH 13 januari 2011, 1/2011, overweging B.12.1

⁵²³ GwH 18 maart 2010, nr. 29/2010, overweging B.11, zie ook E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et contrôle*, Brussel, Larcier, 2014, 165-167 die aantoont dat deze elementen ook terug te vinden zijn in de adviezen van de Raad van State inzake wetgeving waarbij de verwerking van persoonsgegevens wordt geregeld. Ook D. DE BOT verwijst naar deze adviezen in D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*, Brussel, Politeia 2015, 196. Naast de finaliteit worden ook de bewaartermijn en de verwerkte gegevens zelf als essentiële elementen aangeduid in deze adviezen.

⁵²⁴ D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*, Brussel, Politeia 2015, 193

⁵²⁵ D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*, Brussel, Politeia 2015, 199, die ook stelt dat heel wat wettelijke bepalingen die de verwerking van persoonsgegevens regelen en die als een inmenging in het privéleven kunnen worden beschouwd de essentiële elementen inzake gegevensverwerking niet vastleggen.

⁵²⁶ Merk op dat de retroactiviteit van een (fiscale) wet meestal wordt beoordeeld vanuit artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het EVRM (zie EHRM 23 oktober 1997, NATIONAL & PROVINCIAL BUILDING SOCIETY/VK; EHRM 10 juni 2003, M.A./Finland; EHRM 23 juli 2009, JOUBERT/Frankrijk; EHRM 16 maart 2010, DI BELMONTE/Italië). Het EHRM is overigens van mening dat retroactieve fiscale wetgeving op zich niet in strijd is met artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het EVRM. Er moet wel geval tot geval worden beoordeeld of de retroactieve fiscale wetgeving wel een legitiem doel dient en proportioneel is. In de G.S.B.-zaak had de (vermeende) retroactieve werking van het verdrag een impact op het recht op privéleven (uitwisseling van informatie) en niet – of althans niet meteen – op het eigendomsrecht.

⁵²⁷ EHRM 22 december 2015, G.S.B./Zwitserland (§76)

⁵²⁸ EHRM 22 december 2015, G.S.B./Zwitserland (§76)

⁵²⁹ EHRM 19 december 1997, BRUALLA GOMEZ DE LA TORRE/Spanje (§ 35), EHRM 22 juni 2000, COEME/België (§148)

⁵³⁰ EHRM 22 december 2015 G.S.B./Zwitserland (§78)

praktijk te kennen. De onmiddellijke toepasbaarheid van het verdrag was daarom voor het EHRM voorzienbaar. Hierbij komt nog dat het EHRM meent dat eerder door de Zwitserse overheid aangenomen restrictieve houding ten aanzien van administratieve samenwerking in fiscale zaken, niet de verwachting kan hebben gewekt bij de verzoeker dat hij zijn bezittingen zou kunnen blijven verborgen houden in Zwitserland voor de Amerikaanse fiscus of dat hij geen kans zou maken op retroactieve controles⁵³¹.

b. Kwalitatief element van de voorzienbaarheid

175. Wat betreft de mate van precisie waarmee elk aspect van de inmenging in het privéleven moet worden geregeld, kunnen uit de rechtspraak van het EHRM de hiernavolgende principes worden afgeleid.

176. Het basisarrest SUNDAY TIMES van 1979⁵³² stelt vooreerst dat enige vaagheid in de terminologie van de wettelijke basis toegelaten is wanneer dit nodig is om het recht te kunnen laten mee evolueren met gewijzigde omstandigheden. Rekening houdend met deze gedachte heeft het EHRM aanvaard dat een wettelijke bepaling die verplicht om documenten af te leveren aan de overheid, ook kan slaan op documenten die elektronisch zijn opgeslagen, ook al stelt de wettelijke bepaling dit niet uitdrukkelijk⁵³³. Hetzelfde geldt voor een wettelijke bepaling die toelaat beslag te leggen op “voorwerpen”, wat volstaat om als wettelijke basis te dienen voor de inbeslagname van digitale bestanden⁵³⁴.

177. Het arrest SILVER van 1983⁵³⁵ maakte dan weer duidelijk dat bij de beoordeling van de mate van precisie van de wettelijke bepaling rekening kan worden gehouden met niet-wettelijke bepalingen, zoals in casu administratieve nota's, in de mate dat deze voldoende kenbaar zijn gemaakt aan de personen tot wie zij zijn gericht⁵³⁶. Rekening houdend hiermee kan dus wellicht worden gesteld dat administratieve standpunten van de fiscale administratie, zoals circulaires of administratieve commentaren, in de mate dat zij voldoende kenbaar zijn gemaakt aan de personen tot wie zij zijn gericht, mee moeten worden genomen in de beoordeling van de preciesheid van de fiscale wettelijke bepaling. Ook de voorbereidende werken kunnen een element zijn, dat kan worden meegenomen in de beoordeling van de voorzienbaarheid van de wettelijke basis⁵³⁷. De precisie van de wet moet overigens ook worden beoordeeld rekening houdend met alle relevante toepasselijke wettelijke bepalingen. Dit kunnen er dus in voorkomend geval meerdere zijn⁵³⁸. Ook de rechtspraak is relevant bij de beoordeling van de duidelijkheid van de wet⁵³⁹, al verduidelijkt

⁵³¹ EHRM 22 december 2015, G.S.B./Zwitserland (§79)

⁵³² EHRM 26 april 1979, SUNDAY TIMES/VK (§§48 en 49)

⁵³³ EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen (§126)

⁵³⁴ EHRM 16 oktober 2007, WIESER AND BICOS BETEILIGUNGEN/Oostenrijk (§54); idem: EHRM 3 juli 2012, ROBATHIN/Oostenrijk (§41)

⁵³⁵ EHRM 25 maart 1983, SILVER/VK

⁵³⁶ Zie ook EHRM 26 maart 1987, LEANDER/Zweden (§51)

⁵³⁷ EHRM 6 juni 2006, SEGERSTEDT-WIBERG/Zweden (§79) inzake het begrip “special reasons”; EHRM 4 juni 2013, PERUZZO en MAERTENS/Duitsland (§38); Grondwettelijk Hof 14 februari 2013, nr. 06/2013, overweging B.9.3; GwH 16 juli 2015, nr. 107/2015, overweging B.10.1

⁵³⁸ EHRM 27 september 2005, SALLINEN/Finland (§84-86) waar de combinatie van drie wetten werd beoordeeld om vast te stellen dat het onduidelijk was wat het lot was van stukken die in het kader van een huiszoeking in beslag werden genomen en die gedekt werden door het beroepsgeheim; EHRM 6 juni 2006, SEGERSTEDT-WIBERG/Zweden (§79) inzake het begrip “special reasons”

⁵³⁹ Zoals hier hierboven gemeld wordt in de rechtspraak van het EHRM ook voor continentale rechtsstelsels grote ruimte gelaten voor de jurisprudentiële invulling van een wet bij de beoordeling van de legaliteitseis. De

het EHRM wel dat de rechtspraak dan wel consistent moet zijn met de essentie van de wet en met wat redelijkerwijze kon worden verwacht⁵⁴⁰.

178. Daarnaast geeft het EHRM ook aan dat de mate van precisie afhangt van de maatregel zelf, zijn toepassingsgebied en het aantal en de status van de personen tot wie de maatregel is gericht⁵⁴¹. Wanneer de maatregel zo bijvoorbeeld is gericht tot professionelen, dan wordt van hen een grotere voorzichtigheid verwacht, die eventueel ook met zich brengt dat professioneel advies wordt ingewonnen om duidelijkheid te krijgen over de wet⁵⁴². Een maatregel voldoet dus aan de vereiste van de voorzienbaarheid als de betrokkene eerst aangepast juridisch advies moet vragen om de gevolgen van een bepaalde maatregel te kennen⁵⁴³. Maar de maatregel zelf, en met name het privacyinvasief karakter ervan, lijkt de belangrijkste factor te zijn waarmee het EHRM rekening houdt om duidelijke en gedetailleerde regels te verlangen⁵⁴⁴.

179. Wat de mate van precisie betreft waarmee elk essentieel element van de inzameling en verwerking van persoonsgegevens moet worden geregeld, komen we tot de volgende vaststellingen.

Wat betreft de vraag hoe duidelijk de wet moet zijn over *wanneer* informatie kan worden opgevraagd, stelt het EHRM zich streng op voor privacyinvasieve maatregelen zoals het vergaren van informatie door veiligheidsdiensten buiten het medeweten van de betrokkene om. Een wettelijke bepaling die aangeeft dat informatie kan worden ingezameld “wanneer dit noodzakelijk is om bedreigingen van de nationale veiligheid te vermijden of te verijdelen”, wordt daardoor als onvoldoende gezien⁵⁴⁵. Zelfs het gebruik van het noodzakelijkheids criterium (“wanneer dit *noodzakelijk* is voor de nationale veiligheid”), wat

wet is met andere woorden de van kracht zijnde rechtsregel zoals hij door de interne rechtscolleges wordt geïnterpreteerd (P. DE HERT, *Artikel 8 EVRM en het Belgisch recht. De bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 17), derhalve is het logisch dat bij de beoordeling van de voorzienbaarheid van de wettelijke basis, de wijze waarop de rechtspraak de wet interpreteert, meer in overweging wordt genomen: zie bijvoorbeeld EHRM 2 september 2010, UZUN/Duitsland (§62); EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea./Noorwegen (§126); EHRM 15 januari 2015, DRAGOJEVIC/Kroatië (§89)

⁵⁴⁰ Zo heeft het EHRM het moeilijk met de jurisprudentie in Kroatië die toelaat dat de motivering voor een rechterlijke machtiging voor een telefoontap – hoewel die duidelijk door de strafwet wordt voorgeschreven – nog achteraf kan worden gegeven (EHRM 15 januari 2015, DRAGOJEVIC/Kroatië (§97))

⁵⁴¹ Zie bijvoorbeeld: EHRM 28 maart 1990, GROPPERA RADIO/Zwitserland (§68)(inzake artikel 10 EVRM); EHRM 15 november 1996, CANTONI/Frankrijk (§35)(inzake artikel 7 EVRM), later overgenomen in de rechtspraak over artikel 8 EVRM in EHRM 4 december 2008, S. AND MARPER/VK (§96), EHRM 12 januari 2010, GILLAN & QUINTON/VK (§77): “*The level of precision required of domestic legislation – which cannot in any case provide for every eventuality – depends to a considerable degree on the content of the instrument in question, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed*”; zie ook in fiscale zaken: EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea./Noorwegen; EHRM 22 december 2015, G.S.B./Zwitserland (§69)

⁵⁴² EHRM 11 november 1996, CANTONI/Frankrijk (§35) (inzake de toepassing van artikel 7 EVRM met eenzelfde vereiste van de wettelijke basis en daaraan gekoppeld dezelfde vereiste inzake voorzienbaarheid)

⁵⁴³ Zie ook EHRM 6 december 2012, MICHAUD/Frankrijk (§97) waar de maatregel wordt betwist die erin bestaat dat advocaten verdachte zaken dienen te melden over hun cliënten, zonder dat de term “verdacht” wordt gedefinieerd. Volgens het EHRM moet een goed ingelichte beroepsgroep zoals advocaten deze term kunnen begrijpen.

⁵⁴⁴ In die zin is de maatregel (en het privacyinvasieve karakter ervan) bepalend voor zowel het kwantitatieve aspect van de voorzienbaarheid als het kwalitatieve aspect. Zie EHRM 24 april 1990, KRUSLIN/Frankrijk (§33); EHRM 27 september 2005, SALLINEN/Finland (§90) (inzake huiszoeking); EHRM 5 juli 2012, GOLOVAN/Oekraïne (§60); EHRM 15 februari 2011, HEINO/Finland (§43)

⁵⁴⁵ EHRM 4 mei 2000, ROTARU/Roemenië (§58): Het EHRM stelde over “*to permit interferences necessary to prevent and counteract threats to national security*” dat “*the ground allowing such interferences is not laid down with sufficient precision*”.

inhoudt dat er een proportionaliteitsbeoordeling moet te pas komen aan de beslissing van de overheid om informatie in te zamelen⁵⁴⁶, volstaat voor het EHRM dus niet om de wettelijke bepaling in casu als voldoende voorzienbaar en dus als een voldoende waarborg te beschouwen tegen arbitraire inmenging.

Ook over de vraag wanneer informatie kan worden *bewaard* als de doelstelling van het inzamelen van deze informatie al is bereikt (bijvoorbeeld onderzoek van het misdrijf), stelt het EHRM zich streng op. De “preventie van misdrijven” werd in dat geval als een onvoldoende duidelijke omschrijving gezien van de redenen waarom vingerafdrucken, DNA-profielen en dergelijke meer verder konden worden bewaard op het ogenblik dat de doelstelling waarvoor zij oorspronkelijk waren verzameld, was bereikt⁵⁴⁷. Het bewaren van informatie nadat de doelstelling van de oorspronkelijke informatieverzameling is bereikt, kan als privacyinvasief worden beschouwd, rekening houdend met de basisprincipes van de Conventie nr. 108, die vereisen dat persoonsgegevens slechts verder kunnen worden verwerkt in de mate dat dit verenigbaar is met de oorspronkelijke finaliteit van de verwerking.

Het Grondwettelijk Hof stelt zich in het kader van het vergaren van informatie bij derden (met name een financiële instelling) maar met medeweten van de betrokkene, daarentegen vrij soepel op ten aanzien van de vaagheid van de gebruikte terminologie bij het omschrijven van *wanneer* de door artikel 8 EVRM beschermde informatie kan worden ingezameld. In een arrest van het Grondwettelijk Hof van 14 februari 2013⁵⁴⁸ aangaande de bepaling die toelaat dat het bankgeheim in bepaalde gevallen wordt opgeheven, met name en o.m. wanneer er “aanwijzingen van belastingontduiking” bestaan, neemt het Grondwettelijk Hof genoegen met deze (vage) terminologie. De reden hiervoor lijkt evenwel niet zozeer te moeten worden gevonden in het feit dat de bestreden maatregel niet zo privacyinvasief is, maar eerder in het feit dat er in de voorbereidende werken voldoende toelichting werd gegeven over deze terminologie. Bovendien houdt het Grondwettelijk Hof ook rekening met het feit dat er finaal de mogelijkheid bestaat om de rechtbank te laten oordelen over de vraag of er sprake was van “aanwijzingen van belastingontduiking”. Het Grondwettelijk Hof houdt met andere woorden ook rekening met de procedurele waarborgen tegen misbruik⁵⁴⁹.

180. Wat betreft de vraag hoe duidelijk de wet moet zijn over *welke informatie* kan worden ingezameld, kan worden verwezen naar de zaak BERNH LARSEN van 2013. In deze zaak neemt het EHRM genoegen met een bepaling die de fiscale administratie toelaat om informatie te verzamelen “*with significance with respect to the tax assessment of the taxpayer and the inspection thereof*”⁵⁵⁰. Het EHRM vereist dus niet dat de informatie noodzakelijk is voor de heffing van de belasting, en dus met andere woorden dat er een proportionaliteitscontrole vervat zit in de wet zelf. Het volstaat dat de informatie relevant is.

⁵⁴⁶ Zie bijvoorbeeld EHRM 12 januari 2010, GILLAN & QUINTON/VK waarin het EHRM duidelijk maakt dat de mogelijkheid voor de politie om een voetganger aan te houden en te fouilleren, “*if he considers it expedient for the prevention of acts of terrorism*”, niet volstaat. Voor het EHRM betekent “*expedient*” niet meer dan “*voordelig*” of “*dienstig*”. Vermits het niet vereist is dat de maatregel “*noodzakelijk*” is en er dus geen enkele proportionaliteitsbeoordeling vooraf moet gaan aan de beslissing om aan te houden en te fouilleren, vormde deze wettelijke bepaling een onvoldoende waarborg tegen misbruik.

⁵⁴⁷ EHRM 4 december 2008, S. AND MARPER/VK (§99)

⁵⁴⁸ GwH 14 februari 2013, nr. 06/2013, overweging B.9.3

⁵⁴⁹ Zie ook GwH 16 juli 2015, nr. 107/2015, overweging B.11

⁵⁵⁰ EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen (§126)

Voor het EHRM kan de belastingplichtige zijn gedrag hier voldoende op afstemmen door bijvoorbeeld digitale bestanden waarop geen fiscaal relevante informatie staat, af te zonderen⁵⁵¹. De soepeler houding ten aanzien van het in deze zaak gehanteerde woordgebruik houdt wellicht verband met het laag privacyinvasieve karakter van de bestreden maatregel (inzamelen van informatie met medeweten van de betrokkene).

181. Wat betreft de *wijze waarop* de informatie wordt ingezameld, lijkt het EHRM zich ook vrij soepel op te stellen betreffende de vereiste precisie. In de zaak UZUN van 2010⁵⁵² rees de vraag of de bepaling “*special technical means intended for the purpose of surveillance*” ook gps-observatie inhield. Het EHRM meende dat dit het geval was. In de zaak BERNH LARSEN werd gesteld dat het volstaat dat een wet bepaalt dat de fiscale administratie toegang heeft tot bepaalde informatie om als wettelijke basis te dienen voor een maatregel die erin bestaat dat deze informatie wordt gekopieerd en meegenomen⁵⁵³.

c. Supplementair of alternatief: procedurele waarborgen tegen misbruik

182. Wanneer wordt vastgesteld dat de wet weinig precies is over het toepassingsgebied en de wijze van inmenging in het privéleven, wordt (vaak)⁵⁵⁴ nagegaan of de wet op een andere wijze haar functie kan blijven vervullen van waarborg tegen de arbitraire inmenging in het privéleven door de overheid. Dit gebeurt met name door na te gaan of de wet dan minstens wel procedurele waarborgen heeft ingebouwd tegen de willekeurige uitoefening van de bevoegdheden door de overheid, al dan niet *post factum*⁵⁵⁵. De procedurele waarborgen tegen misbruik vormen dan een alternatieve waarborg tegen arbitraire inmenging van de overheid in het privéleven.

183. De meest belangrijke procedurele waarborg tegen misbruik is volgens het EHRM de gerechtelijke controle, vermits gerechtelijke controle de meeste waarborgen biedt op onafhankelijkheid, onpartijdigheid en een eerlijke procedure⁵⁵⁶. In sommige gevallen beperkt het EHRM zich zelfs – in het kader van de controle van de wettelijke basis – tot de vaststelling dat de wet procedurele waarborgen tegen arbitraire inmenging bevat⁵⁵⁷ en geeft het dus geen beoordeling van de duidelijkheid en de mate van precisie van de wet. Wanneer de wet onvoldoende duidelijk is om een waarborg te vormen tegen arbitraire inmenging omdat de betrokkene niet weet waaraan zich te verwachten, en er bovendien geen procedurele waarborgen zijn tegen misbruik door een systeem van controle door bij

⁵⁵¹ EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen (§130) waarin de Noorse fiscale administratie zogenaamde gemengde archieven in beslag had genomen waarop niet alleen fiscaal relevante informatie stond, maar ook private informatie. De maatregel was evenwel volgens het EHRM voldoende voorzienbaar (de belastingplichtige kon weten dat alleen de fiscaal relevante informatie in beslag kon worden genomen)

⁵⁵² EHRM 2 september 2010, UZUN/Duitsland (§67)

⁵⁵³ EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen (§127) with dissenting opinion

⁵⁵⁴ Over de inconsequente wijze waarop het EHRM de aanwezigheid van waarborgen tegen misbruik controleert: zie ook D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*. Brussel, Politeia 2015, 94

⁵⁵⁵ De nood aan processuele waarborgen wordt in de artikelen 5 en 6 EVRM uitdrukkelijk gesteld. De vereisten die terzake door het EHRM worden gesteld kunnen zinvol worden gebruikt in de beoordeling van de processuele waarborgen die op indirecte wijze zijn voorgeschreven door artikel 8 EVRM – zie H. KRABBE, “artikel 8. De eerbiediging van het privéleven” in A. HARTEVELD, B. KEULEN en H. KRABBE, *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, Wolters-Noordhoff, Groningen, 1996, 167; zie bijvoorbeeld: EHRM 24 april 1990, KRUSLIN/Frankrijk (§35); EHRM 4 mei 2000, ROTARU/Roemenië (§ 57-60)

⁵⁵⁶ EHRM 4 mei 2000, ROTARU/Roemenië (§ 59)

⁵⁵⁷ Zie bijvoorbeeld EHRM 16 december 1997, CAMENZIND/Zwitserland (§37)

voorkeur een gerechtelijke overheid, besluit het EHRM dat de inmenging in strijd is met artikel 8 EVRM omdat ze niet voldoet aan de legaliteitsvereiste⁵⁵⁸.

184. In sommige gevallen vereist het EHRM evenwel dat niet alleen de wet zelf voldoende duidelijk is, maar dat er tevens een systeem van controle bestaat dat een effectieve waarborg moet vormen tegen misbruik. In dat geval zijn de procedurele waarborgen tegen misbruik dus een supplementaire vereiste. Dit is in het bijzonder het geval voor *geheime* (privacyinvasieve⁵⁵⁹ of minder privacyinvasieve⁵⁶⁰) inmengingen in het privéleven. Bij geheime inmengingen in het privéleven volstaat een systeem van gerechtelijke controle immers niet, wanneer de wet zelf onvoldoende duidelijk is over het toepassingsgebied en de wijze waarop de inmenging in het privéleven mogelijk is. Het is dan voor de rechter immers onvoldoende duidelijk binnen welk wettelijk kader hij over de maatregel moet oordelen⁵⁶¹. In het kader van geheime maatregelen vereist het EHRM overigens ook dat de gerechtelijke controle niet alleen de beslissing tot inmenging in het privéleven superviseert (in casu de beslissing tot het overgaan tot telefoontap), maar ook de uitvoering van deze beslissing⁵⁶². De combinatie van een duidelijke wetgeving en een gerechtelijke controle⁵⁶³ is bij geheime onderzoeksmaatregelen met name vereist wanneer de betrokkene niet wordt ingelicht over deze geheime onderzoeksmaatregel (wat in fiscale zaken vaak het geval is), ook niet wanneer deze is afgelopen (wat in fiscale zaken doorgaans niet het geval is, minstens omdat de belastingplichtige toegang heeft tot het administratief dossier⁵⁶⁴), omdat dit de efficiëntie van de onderzoeksmaatregel in het gedrang kan brengen. Niettemin vereist het EHRM dat er wel een kennisgeving is van het bestaan van een geheime onderzoeksmaatregel van zodra dit mogelijk is zonder het doel van de geheime onderzoeksmaatregel te ondermijnen.

II. Legitimiteitseis

185. Een inmenging in het privéleven is niet alleen slechts mogelijk als hiervoor een wettelijke basis bestaat. Het is eveneens vereist dat deze inmenging een legitiem doel dient. De legitieme doelstellingen die in aanmerking komen, worden limitatief in artikel 8 lid 2 EVRM opgesomd maar zijn zo ruim dat nagenoeg elke doelstelling voor een inmenging in het privéleven hieronder kan vallen⁵⁶⁵. Dit is in wezen niet zo vreemd: elk overheidshandelen wordt verondersteld te zijn ingegeven door het openbaar belang, zodat elke actie van de overheid die wordt geacht een inmenging te zijn in het privéleven, ook wordt verondersteld te zijn ingegeven door het openbaar belang. De in artikel 8 EVRM opgesomde legitieme

⁵⁵⁸ EHRM 4 mei 2000, ROTARU/Roemenië (§62)

⁵⁵⁹ Zoals bijvoorbeeld telefoontap (EHRM 24 april 1990, KRUSLIN/Frankrijk (§34-36); EHRM 15 januari 2015, DRAGOJEVIC/Kroatië)

⁵⁶⁰ Zoals gps-observatie: EHRM 2 september 2010, UZUN/Duitsland

⁵⁶¹ EHRM 24 april 1990n KRUSLIN/Frankrijk (§34-36), waar de mogelijkheid om een telefoontap uit te voeren onvoldoende duidelijk was uitgewerkt in de wet, waardoor het bestaan van een gerechtelijke controle als onvoldoende werd beschouwd om te dienen als waarborg tegen misbruik. EHRM 10 maart 2009, BYKOV/Rusland (§80)

⁵⁶² EHRM 28 juni 2007, ASSOCIATION FOR EUROPEAN INTEGRATION AND HUMAN RIGHTS & EKIMDZHIEV/Bulgarije (§85)

⁵⁶³ Het EHRM neemt soms genoegen met alternatieve controlesystemen aan de gerechtelijke controle, zoals bijvoorbeeld parlementaire controle

⁵⁶⁴ Zie hierover meer, afdeling 4 rechtsbescherming

⁵⁶⁵ H. KRABBE, "artikel 8. De eerbiediging van het privéleven" in A. HARTEVELD, B. KEULEN en H. KRABBE, *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, Wolters-Noordhoff, Groningen, 1996, 162; P. DE HERT, "het recht op privacy" in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM – deel II. Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 719; B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, Brussel, Larcier, 2008, 107

doelstellingen zijn: de veiligheid van het land, de openbare veiligheid, het economisch welzijn van het land, de bescherming van de openbare orde, het voorkomen van strafbare feiten en de bescherming van de gezondheid en de goede zeden. Het heffen van belastingen wordt als een duidelijke legitieme doelstelling beschouwd om een inmenging in het privéleven mogelijk te maken, vermits het een doelstelling is die kadert in het economisch welzijn van het land⁵⁶⁶.

III. Noodzakelijkheidseis

186. De laatste en wellicht meest moeilijk te vatten voorwaarde waaraan een inmenging in het privéleven moet voldoen om toegelaten te zijn, is de voorwaarde dat de inmenging “noodzakelijk moet zijn in een democratische samenleving”⁵⁶⁷, om het legitiem doel te bereiken.

A. Inhoudelijke criteria

187. Om de noodzakelijkheid van de inmenging in het privéleven te beoordelen in het licht van de legitieme doelstelling, heeft het EHRM een reeks criteria ontwikkeld⁵⁶⁸. Zo wordt het criterium van de relevantie of pertinentie gehanteerd, alsook het criterium van de zogenaamde “pressing social need”. Het meest belangrijke criterium lijkt het derde criterium te zijn, zijnde het proportionaliteitscriterium.

188. Het eerste criterium, met name het criterium van de pertinentie en relevantie⁵⁶⁹, bestaat erin dat de maatregel die een inmenging vormt in het privéleven, relevant en toereikend moet zijn om het beoogde doel te bereiken⁵⁷⁰. In de zaak *S. and MARPER* van

⁵⁶⁶ EHRM 25 februari 1993, *CREMIEUX*/Frankrijk (§35): het betreft een douanezaak waarbij het economisch belang van de staat samen wordt genoemd met de bestrijding of preventie van misdrijven; EHRM 25 februari 1993, *FUNKE*/Frankrijk (§52); EHRM 14 maart 2013, *BERNH LARSEN HOLDING* ea/Noorwegen (§135). Het Grondwettelijk Hof oordeelde in dezelfde zin: GwH 16 juli 2015, nr. 107/2015, overweging B.5.

⁵⁶⁷ Merk op dat de noodzakelijkheidsvereiste zoals geformuleerd in het kader van artikel 8 EVRM (“necessary in a democratic society”), niet voor alle grondrechten op dezelfde wijze wordt ingevuld. Zo is in de rechtspraak van het EHRM in het kader van het recht op leven sprake van “absolutely necessary”; in het kader van het recht op eerlijk proces is sprake van “strictly necessary” en in het kader van het recht op eigendom is er sprake van “necessary”; zie hierover ook Background paper van de Europese Toezichthouder voor Gegevensbescherming (EDPS) “developing a “toolkit” for assessing the necessity of measures that interfere with fundamental rights”, 16 juni 2016

⁵⁶⁸ Zie hierover: K. RIMANQUE, “De noodzakelijkheid in een democratische samenleving – een begrenzing van beperkingen van grondrechten” in *Liber Amicorum Frederic Duman*, Antwerpen, Kluwer, 1983, deel II, 1217-1234; H. KRABBE, “artikel 8. De eerbiediging van het privéleven” in A. HARTEVELD, B. KEULEN en H. KRABBE, *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, Groningen, Wolters-Noordhoff, 1996, 169; P. DE HERT, “het recht op privacy” in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM – deel II. Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 720; B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, Brussel, Larcier, 2008, 108-109; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l’homme*, Brussel, Bruylant, 2011, 167-348; H.R. KRANENBORG, en L.F.M. VERHEY, *Wet bescherming persoonsgegevens in Europees perspectief*, Deventer, Kluwer, 2011, 25-29; F. BOEHM, *Information Sharing and Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice. Towards Harmonised Data Protection Principles for Information Exchange at EU-level*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2012, XII, 57; D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*. Brussel, Politeia 2015, 87; Opinion 1/2014 of the Article 29 Working Party on the application of the necessity and proportionality concepts and data protection in the law enforcement sector

⁵⁶⁹ Voorbeelden: EHRM 16 december 1992, *NIEMIETZ* /Duitsland (§37); EHRM 25 februari 1997, *Z./Finland* (§94); EHRM 28 april 2005, *BUCK*/Duitsland (§45); EHRM 7 juni 2007, *SMIRNOV*/Rusland (§44); EHRM 4 december 2008, *S. AND MARPER*/VK (§101); EHRM 14 maart 2013, *BERNH LARSEN HOLDING* ea/Noorwegen (§158); EHRM 4 juni 2013, *PERUZZO* en *MAERTENS*/Duitsland (§41)

⁵⁷⁰ In de rechtspraak van het Hof van Justitie wordt het woord “geschikt” gebruikt: zie bijvoorbeeld HvJ 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, *DIGITAL RIGHTS IRELAND*, overweging 46

2008⁵⁷¹ werd bijvoorbeeld aanvaard dat de bestreden maatregel, die erin bestond om de vingerafdrukken, DNA-profielen en dergelijke meer te bewaren nadat de doelstelling waarvoor deze informatie was ingezameld was bereikt (namelijk het onderzoek naar een bepaald misdrijf), bijdroeg tot de preventie en het ontdekken van misdrijven (en dus in die zin relevant voor het beoogde doel)⁵⁷². Een gelijkaardige overweging werd gemaakt door het Hof van Justitie in de beoordeling van de dataretentierichtlijn. Het bewaren van communicatiegegevens wordt dus beschouwd als een geschikte maatregel om het beoogde doel te bereiken, met name de strijd tegen de zware vormen van criminaliteit⁵⁷³. Ook in de zaak BERNH LARSEN werd de maatregel, die erin bestond om een back-up mee te nemen van de volledige server van een bedrijf, als relevant en pertinent beschouwd. Het nazicht van de informatie op deze back-up was erop gericht te bepalen welke informatie fiscaal relevant was, waardoor de maatregel bijdroeg tot de efficiëntie en de accuraatheid van de fiscale controle⁵⁷⁴.

189. Daarnaast wordt ook het criterium van de “pressing social need”⁵⁷⁵ gehanteerd, wat inhoudt dat de inmenging niet alleen nuttig moet zijn in een democratische samenleving, maar ook strikt noodzakelijk. Dit houdt met andere woorden in dat van alle mogelijke maatregelen die relevant zijn om het beoogde doel te bereiken, deze maatregel wordt gekozen die echt nodig is, en het beoogde doel niet op een andere (minder ingrijpende wijze) kan worden bekomen⁵⁷⁶. Of nog: de ingrijpende maatregel moet onontbeerlijk (en niet slechts nuttig) zijn om het beoogde doel te bereiken⁵⁷⁷.

In de context van de bescherming van de persoonsgegevens en de conformiteit van de bestreden maatregel met het recht op privéleven zal het Hof van Justitie regelmatig oordelen dat de maatregelen een schending vormt van het recht op privéleven wanneer deze niet *strikt noodzakelijk* is⁵⁷⁸. Een recent relevant voorbeeld is het arrest DIGITAL RIGHTS IRELAND⁵⁷⁹ waarin het Hof van Justitie diende te oordelen over de dataretentierichtlijn⁵⁸⁰, en stelde het dat de maatregel verder gaat dan wat strikt noodzakelijk is doordat de richtlijn voorschrijft dat *alle* communicatiegegevens van alle personen zonder onderscheid moeten

⁵⁷¹ EHRM 4 december 2008, S. AND MARPER/VK (§117)

⁵⁷² De maatregel werd evenwel niet proportioneel geacht met het beoogde doel vermits er o.m. geen onderscheid werd gemaakt tussen de verschillende categorieën betrokkenen (bijvoorbeeld veroordeelde en vrijgesproken verdachten, of meerder –en minderjarige verdachten).

⁵⁷³ De maatregel wordt evenwel beschouwd als verdergaand dan noodzakelijk (HvJ 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, DIGITAL RIGHTS IRELAND, overweging 49-50)

⁵⁷⁴ EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen (§161)

⁵⁷⁵ Bijvoorbeeld: EHRM 24 november 1986, GILLOW/VKjk (§ 55); EHRM 26 maart 1987, LEANDER/Zweden (§58); EHRM 20 oktober 1988, SCHONENBERGER & DURMAZ/Zwitserland (§27); EHRM 16 december 1997, CAMENZIND/Zwitserland (§44); EHRM 28 april 2005, BUCK/Duitsland (§44); EHRM 22 oktober 2005, WYPYCH/Polen; EHRM 7 juni 2007, SMIRNOV/Rusland (§43); EHRM 4 december 2008, S. AND MARPER/VK (§101); EHRM 6 december 2012, MICHAUD/Frankrijk (§120); EHRM 4 juni 2013, PERUZZO en MAERTENS/Duitsland (§41); EHRM 1 december 2015, BRITO FERRINHO BEXIGA VILLA-NOVA/Portugal (§54)

⁵⁷⁶ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2011, 190-191

⁵⁷⁷ Background paper van de Europese Toezichthouder voor Gegevensbescherming (EDPS): “developping a “toolkit” for assessing the necessity of measures that interfere with fundamental rights”, 16 juni 2016, met verwijzing naar EVRM 7 december 1976, HANDYSIDE/VK (§48)

⁵⁷⁸ Zie bijvoorbeeld: HvJ 16 december 2008, C73/07, SATAMEDIA, overweging 56 en HvJ 9 november 2010, C-92/09 en C-93/09, SCHECKE en EIFERT, overweging 77; zie hierover: C. BAGGER TRANBERG, “Proportionality and data protection in the case law of the European Court of Justice”, *International Data Privacy Law*, 2011, 239-248

⁵⁷⁹ HvJ 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, DIGITAL RIGHTS IRELAND, overweging 56-57 en volgende

⁵⁸⁰ Richtlijn 2006/24

worden bewaard zonder enige beperking of enige uitzondering op basis van het doel, met name de zware criminaliteit te bestrijden⁵⁸¹. Het in bulk verzamelen van gegevens door overheden lijkt dan ook in vele gevallen in strijd met de noodzakelijkheidsvereiste van het EVRM⁵⁸².

Merk op dat het woord “noodzakelijk” (in het begrip “noodzakelijkheids criterium”) hier in de enge zin van het woord wordt gehanteerd, daar waar het woord “noodzakelijk” in de tekst van artikel 8 lid 2 EVRM (in het begrip “noodzakelijkheidseis”) in een meer algemene zin dient te worden begrepen en meerdere aspecten omvat, waaronder het hierboven vermelde relevantie criterium en het noodzakelijkheids criterium in de enge zin van het woord.

190. Ten slotte wordt ook het criterium van de proportionaliteit⁵⁸³ gehanteerd dat erin bestaat dat er een redelijke verhouding moet zijn tussen de aantasting van het grondrecht enerzijds en de legitieme doelstelling die wordt nagestreefd anderzijds. In het kader van dit criterium ontstaat er dus een belangenafweging tussen enerzijds het grondrecht dat wordt beschermd en het legitiem doel dat men tracht te bereiken door de inmenging op het grondrecht anderzijds⁵⁸⁴. Bij deze afweging geeft het EHRM een “gewicht” aan de belangen van de verzoeker die zijn recht op privéleven inroept en een “gewicht” aan de belangen van de staat die op het spel staan, waarna moet worden bepaald welk belang het zwaarste doorweegt.

Van de drie door het EHRM gehanteerde criteria blijkt dit criterium het moeilijkste te vatten. In de rechtsleer worden de uitspraken waarin het EHRM het proportionaliteitscriterium toetst, dan ook beschouwd als onduidelijk, incoherent en onlogisch⁵⁸⁵.

Hierna worden een aantal elementen weergegeven die het gewicht van de belangen die op het spel staan bepalen, en die van belang zijn bij de beoordeling van de proportionaliteit in het kader van dit onderzoek. Wat betreft de belangen van de staat, speelt – in strafzaken - de ernst van het misdrijf dat men tracht op te sporen aan de hand van een maatregel die een inmenging vormt in het privéleven mee⁵⁸⁶. Naar analogie kan aangenomen worden dat

⁵⁸¹ Hetzelfde gebeurt in HvJ 6 oktober 2015, C-362/14, SCHREMS, overweging 92-93 en 98;

⁵⁸² Statement of 1 August 2014 of the article 29 Working Party on the ruling of the CJEU which invalidates the data retention directive of

⁵⁸³ Voorbeeld: EHRM 24 november 1986, GILLOW/VK (§ 55); EHRM 20 oktober 1988, SCHONENBERGER & DURMAZ/Zwitserland (§27); EHRM 16 december 1992, NIEMIETZ /Duitsland (§37); EHRM 25 februari 1997, Z./Finland (§94); EHRM 16 december 1997, CAMENZIND/Zwitserland (§44); EHRM 28 april 2005, BUCK/Duitsland (§44); EHRM 22 oktober 2005, WYPYCH/Polen; EHRM 7 juni 2007, SMIRNOV/Rusland (§43); EHRM 4 december 2008, S. AND MARPER/VK (§101); EHRM 6 december 2012, MICHAUD/Frankrijk (§120); EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea./Noorwegen (§158); EHRM 4 juni 2013, PERUZZO en MAERTENS/Duitsland (§41); EHRM 1 december 2015, BRITO FERRINHO BEXIGA VILLA-NOVA/Portugal (§54)

⁵⁸⁴ K. RIMANQUE, “De noodzakelijkheid in een democratische samenleving – een begrenzing van beperkingen van grondrechten” in *Liber Amicorum Frederic Dumon*, Antwerpen, Kluwer, 1983, deel II, 1229-1230; J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch publiekrecht*. Brugge, Die Keure, 2013, 269; F. BOEHM, *Information Sharing and Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice. Towards Harmonised Data Protection Principles for Information Exchange at EU-level*, Berlin – Heidelberg, Springer, 2012, XII, 57

⁵⁸⁵ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l’homme*, Brussel, Bruylant, 2001, 307-308

⁵⁸⁶ EHRM 16 december 1992, NIEMIETZ /Duitsland (§37): het misdrijf dat men trachtte op te sporen betrof het onder druk zetten van een rechter; EHRM 28 april 2005, BUCK/Duitsland (§45), waar het slechts over een verkeersovertreding ging; EHRM 2 september 2010, UZUN/Duitsland; EHRM 6 december 2012, MICHAUD/Frankrijk (§121-123)(de maatregel is erop gericht om witwassen de voorkomen); EHRM 6 oktober 2016, K.S. en M.S./Duitsland (§44 en §48)(het misdrijf waarvan men het bewijs trachtte op te sporen middels

de ernst van de fiscale overtreding die men tracht op te sporen aan de hand van de maatregelen die een inmenging vormen in het privéleven, ook bepalend zal zijn voor het gewicht dat wordt gegeven aan het legitieme doel van de overheid. In de zaak ANDRE van 2008 speelt het argument van de machtsafwijking mee om de door de staat ingeroepen belangen in gewicht te doen dalen. Hier stelde het EHRM vast dat de huiszoeking bij een advocaat was ingegeven door het feit dat de cliënt van deze advocaat niet meewerkte tijdens een fiscale controle⁵⁸⁷. Wat betreft anderzijds de belangen van de verzoeker, wordt bijvoorbeeld bij een huiszoeking rekening gehouden met de omstandigheden waarin de huiszoeking werd bevolen (wat waren de reeds beschikbare elementen of bewijzen), de reikwijdte van de huiszoeking, de aard van de gebouwen waarin de zoeking plaats vond, en de waarborgen die voorhanden waren om de impact van de zoeking in redelijkheid te beperken, waarbij zelfs rekening wordt gehouden met de mogelijke repercussies van de zoeking op de reputatie van de persoon die betrokken is bij de zoeking⁵⁸⁸. Deze elementen zouden naar analogie relevant kunnen zijn bij het beoordelen van het belang van de betrokkene bij een fiscale visitatie. De status van de betrokkene bepaalt ook in meer algemene zin het gewicht van het belang van de betrokkene. Indien de betrokkene bijvoorbeeld gehouden is tot het beroepsgeheim als advocaat en de maatregel treft meer in het bijzonder de informatie die de advocaat in het kader van de uitoefening van zijn beroep ter kennis krijgt, dan kent het EHRM een bijzonder gewicht toe aan het belang van de verzoeker. De reden hiervoor is het belang van dit beroepsgeheim voor de goede werking van justitie en finaal de rechten gewaarborgd door artikel 6 EVRM⁵⁸⁹. Het beroepsgeheim van de persoon bij wie de fiscale informatie-inwinning plaatsvindt, bepaalt dus het gewicht van diens belang. Van belang in het kader van dit onderzoek is nog het feit dat wanneer de inmenging in het privéleven de verwerking van de persoonsgegevens omvat, dit eveneens het gewicht bepaalt dat aan het belang van de verzoeker wordt toegekend, zeker wanneer het gevoelige gegevens betreft⁵⁹⁰.

191. Bij de inhoudelijke beoordeling van de noodzakelijkheidsvereiste worden soms bepaalde *werkmethodes* gehanteerd.

Een eerste methode is het zogenaamde subsidiariteitsonderzoek⁵⁹¹, waarbij verschillende alternatieve maatregelen om eenzelfde doel te bereiken met elkaar worden vergeleken en waarbij wordt nagegaan of tot deze alternatieve maatregelen geen minder privacyinvasieve

een huiszoeking betrof belastingontduiking waarbij het geraamd bedrag aan ontdoken belasting meer dan 100.000 EUR bedroeg)

⁵⁸⁷ EHRM 24 juli 2008, ANDRE/Frankrijk (§47): Het EHRM oordeelde daarom in casu dat de huiszoeking bij de advocaat niet proportioneel was met het beoogde doel, nu de advocaat zelf niet verdacht werd van een misdrijf en de huiszoeking er dus enkel op gericht was het vermoeden dat gold ten aanzien van zijn cliënt, bevestigd te zien; gelijkaardig: EHRM 25 februari 2003, ROEMEN en SCHMIT/Luxemburg (§71): de huiszoeking van de advocaat had finaal tot doel om de journalistieke bron bloot te leggen van een journalist die cliënt was van de advocaat.

⁵⁸⁸ EHRM 28 april 2005, BUCK/Duitsland (§45)

⁵⁸⁹ EHRM 25 februari 2003, ROEMEN en SCHMIT/Luxemburg (§69); EHRM 24 juli 2008, ANDRE/Frankrijk (§41); EHRM 6 december 2012, MICHAUD/Frankrijk (§117-119); EHRM 1 december 2015, BRITO FERRINHO BEXIGA VILLA-NOVA/Portugal (§43)

⁵⁹⁰ EHRM 25 februari 1997n Z./Finland (§95)

⁵⁹¹ Zie hierover: P. DE HERT, "het recht op privacy" in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM – deel II. Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 720; Merk op dat D. DE BOT de subsidiariteitsvereiste niet beschouwt als een werkmethode om de proportionaliteitsbeoordeling uit te voeren, maar wel als een afzonderlijk criterium, naast het criterium van de relevantie en de proportionaliteit: D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*. Brussel, Politeia 2015, 88

maatregel behoort⁵⁹². Hoewel dit subsidiariteitsonderzoek vooral lijkt te kaderen in de controle van het noodzakelijkheids criterium (“pressing social need”), wordt het soms ook gevoerd in het kader van het relevantiecriterium⁵⁹³. Bij de vergelijking van de verschillende alternatieve maatregelen die het beoogde doel op eenzelfde wijze bereiken, neemt het EHRM er genoegen mee dat eerst een minder privacyinvasieve maatregel werd genomen en pas nadat deze niet of minder efficiënt was gebleken, er werd overgestapt naar privacyinvasievere maatregelen⁵⁹⁴. Ook in de rechtspraak van het Hof van Justitie vinden we dit subsidiariteitsonderzoek duidelijk terug⁵⁹⁵.

Daarnaast doet het EHRM soms ook aan rechtsvergelijking om de noodzakelijkheidsvereiste in te vullen. Indien heel wat andere lidstaten op een gelijkaardige wijze een grondrecht beperken (“consensusprincipe”), beïnvloedt dit in de praktijk de beoordeling van het EHRM en met name de invulling van de noodzakelijkheidsvereiste⁵⁹⁶.

Ten slotte, en specifiek wat betreft de verwerking van persoonsgegevens die als een inmenging in het privéleven moet worden beschouwd, laat het EHRM zich voor wat betreft de beoordeling van de noodzakelijkheidsvereiste inspireren door de basisprincipes van de Conventie nr. 108⁵⁹⁷.

192. Uit de rechtspraak van het EHRM kan niet duidelijk worden afgeleid of het niet-voldaan zijn van één van deze criteria, leidt tot het besluit dat de betwiste maatregel niet voldoet aan de noodzakelijkheidseis van artikel 8 lid 2 EVRM⁵⁹⁸. Bij het noodzakelijkheids criterium lijkt dit niet steeds het geval te zijn. In de zaak CHAPPELL van 1989⁵⁹⁹ werd door het EHRM toegegeven dat de wijze waarop de huiszoeken waren uitgevoerd, meer last veroorzaakten “dan nodig” (doordat er twee zoekingen tegelijkertijd doorgingen, waardoor het onder meer moeilijk was voor de betrokkene om alles correct te blijven opvolgen), doch werd uiteindelijk – ondanks er niet aan het noodzakelijkheids criterium was voldaan – toch besloten dat de maatregel, rekening houdend met het geheel van andere omstandigheden – voldeed aan de noodzakelijkheidseis van artikel 8 lid 2 EVRM. Anderzijds zal het Hof van Justitie in een aantal recente arresten

⁵⁹² Zie bijvoorbeeld EHRM 28 januari 2003, PECK/VK; zie ook EHRM 28 april 2005, BUCK/Duitsland (§49)

⁵⁹³ Zie bijvoorbeeld EHRM 28 januari 2003, PECK/VK (§85)

⁵⁹⁴ EHRM 2 september 2010, UZUN/Duitsland (§78)

⁵⁹⁵ zie bijvoorbeeld: HvJ 20 mei 2003, C-465/00, C-138/01 en C-139/01, OSTERREICHISCHER RUNDFUNK randnummers 88 en 89; in casu stelt het Hof van Justitie dat de verwijzende instanties moeten nagaan of het legitieme doel van de overheid om de salarissen van bepaald overheids personeel binnen bepaalde grenzen te houden, niet op een even doeltreffende wijze kan worden bereikt door de salarissen en de namen van de overheids personeelsleden enkel bekend te maken aan de toezichthoudende organen (en dus niet ook aan het grote publiek), dan wel het grote publiek enkel te informeren over de salarissen waarop deze personen recht hadden en niet over de precieze bedragen dat elk personeelslid afzonderlijk ontvangt en waarvan een variabele fractie kan afhangen van de persoonlijke – en gezinssituatie; zie ook bijvoorbeeld HvJ 17 december 2015, C-419/14, WEBMINDLICENCES Kft, randnummer 82: Het Hof van Justitie stelt dat voor het gebruik door de belastingdienst van informatie die werd bekomen op een wijze die privacyinvasief was (met name door afluisteren van telefoongesprekken en inbeslagname van e-mails), er moet worden nagegaan of deze informatie niet kon worden bekomen op een minder privacyinvasieve manier, door bijvoorbeeld een gewone controle in het bedrijfspand van de betrokkene of een vraag om inlichtingen aan een buitenlandse administratie.

⁵⁹⁶ EHRM 4 december 2008, S. AND MARPER/VK (§107)

⁵⁹⁷ Zie bijvoorbeeld EHRM 4 december 2008, S. en MARPER/VK; zie ook HvJ 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, DIGITAL RIGHTS IRELAND

⁵⁹⁸ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2011, 187-190, 216-219 en 347

⁵⁹⁹ EHRM 30 maart 1989, CHAPPELL/VK (§65)

wel meteen besluiten tot schending van het recht op privéleven wanneer zij vaststelt dat de bestreden maatregel niet noodzakelijk is om het beoogde doel te bereiken, zonder nog een proportionaliteitscontrole uit te voeren en met andere woorden een afweging te maken tussen de belangen die op het spel staan⁶⁰⁰. Op zich is het ook enigszins *kunstmatig* om het criterium van de noodzakelijkheid strikt te onderscheiden van het criterium van de proportionaliteit⁶⁰¹. Zij zijn in die zin met elkaar verweven dat een maatregel die niet noodzakelijk is om een beoogd doel te bereiken ook niet evenredig is aan dat doel. Of, zoals het Hof van Justitie dit verwoordde in het arrest SATAMEDIA: om tot een evenwichtige afweging tussen de beide fundamentele rechten te komen (in casu moest een inmenging in het recht op privéleven worden afgewogen tegen het recht op vrije meningsuiting), eist het fundamentele recht op bescherming van het privéleven dat de uitzonderingen op en beperkingen van de gegevensbescherming, binnen de grenzen van het strikt noodzakelijke blijven⁶⁰².

193. Het EHRM laat bij de toepassing van elk van de hierboven vermelde criteria aan de lidstaten een eigen appreciatiemarge.⁶⁰³ De omvang van de appreciatiebevoegdheid van de lidstaten hangt af van een aantal contextuele factoren, zoals de aard en de ernst van de belangen die op het spel staan en de ernst van de inmenging⁶⁰⁴. Wat betreft het belang van de overheid dat op het spel staat, kan nuttig worden verwezen naar een aantal douanezaken, waarbij het EHRM telkens stelt dat het begrijpelijk is dat lidstaten hun toevlucht nemen tot (privacyinvasieve) maatregelen zoals huiszoekingen en inbeslagnames⁶⁰⁵. Wat betreft de belangen van de verzoekende partij, maakt – zoals hierboven al werd aangehaald – het feit dat de maatregel zich richt tot een natuurlijke persoon de appreciatiebevoegdheid van de lidstaat enger dan wanneer de maatregel gericht

⁶⁰⁰ zie HvJ 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, DIGITAL RIGHTS IRELAND en HvJ 6 oktober 2015, C-362/14 SCHREMS; zie Background paper van de Europese Toezichthouder voor Gegevensbescherming (EDPS): “developing a “toolkit” for assessing the necessity of measures that interfere with fundamental rights, 16 juni 2016, waarin wordt gesteld dat de controle van het noodzakelijkheids criterium (Is de maatregel strikt noodzakelijk?) moet gebeuren voordat de proportionaliteit van de maatregel met het nagestreefde doel wordt beoordeeld.

⁶⁰¹ In die zin kan begrip worden opgebracht voor de stelling van D. DE BOT die het criterium van de “pressing social need” of het noodzakelijkheids criterium niet als afzonderlijk criterium onderscheidt: D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*. Brussel, Politeia 2015, 88

⁶⁰² Zie ook HvJ 16 december 2008, C73/07, SATAMEDIA (§56)

⁶⁰³ EHRM 6 september 1978, KLASS/Duitsland (§49); EHRM 26 maart 1987, LEANDER/Zweden (§59); EHRM 25 februari 1993, MILAILHE/Frankrijk (§36); EHRM 25 februari 1993, CREMIEUX/Frankrijk (§35); EHRM 25 februari 1993, FUNKE/Frankrijk (§55); EHRM 16 december 1997, CAMENZIND/Zwitserland (§44); EHRM 16 april 2002, STES COLAS EST/Frankrijk (§47); EHRM 28 april 2005, BUCK/Duitsland (§44); EHRM 22 oktober 2005, WYPYCH/Polen; EHRM 7 juni 2007, SMIRNOV/Rusland (§43); EHRM 4 december 2008, S. AND MARPER/VK (§102); EHRM 18 mei 2010, KENNEDY/VK (§154); EHRM 21 december 2010, SOCIETE CANAL PLUS/Frankrijk (§54); EHRM 6 december 2012, MICHAUD/Frankrijk (§124); EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen (§158); EHRM 4 juni 2013, PERUZZO en MAERTENS/Duitsland (§41); EHRM 2 april 2015, VINCI CONSTRUCTION/Frankrijk (§65) ; EHRM 1 december 2015, BRITO FERRINHO BEXIGA VILLA-NOVA/Portugal (§54)

⁶⁰⁴ Zie bijvoorbeeld: EHRM 26 maart 1987, LEANDER/Zweden (§ 59); EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen (§158); EHRM 22 december 2015, G.S.B./Zwitserland (§93); EHRM 4 juni 2013, PERUZZO en MAERTENS/Duitsland (§41)

⁶⁰⁵ EHRM 25 februari 1993, MIALHE/Frankrijk (§37): “Undoubtedly, in the field under consideration - the prevention of capital outflows and tax evasion - States encounter serious difficulties owing to the scale and complexity of banking systems and financial channels and to the immense scope for international investment, made all the easier by the relative porousness of national borders. The Court therefore recognises that they may consider it necessary to have recourse to measures such as house searches and seizures in order to obtain physical evidence of exchange-control offences and, where appropriate, to prosecute those responsible.” EHRM 25 februari 1993, CREMIEUX/Frankrijk (§39); EHRM 25 februari 1993, FUNKE/Frankrijk (§56)

is tot een rechtspersoon⁶⁰⁶. In dezelfde zin wordt de appreciatiebevoegdheid van de lidstaat als ruimer beschouwd wanneer de maatregel het professionele leven raakt, dan wanneer de maatregel het private leven raakt. Wanneer de maatregel een cruciaal onderdeel van het recht op privéleven raakt, zoals het recht te wonen⁶⁰⁷ (wat het geval is bij een huiszoeking in een woning), wordt de appreciatiebevoegdheid van de lidstaat zeker aan een strengere controle onderworpen. Van belang in het kader van dit onderzoek is vooral het feit dat de bescherming van de persoonsgegevens eveneens als een cruciaal recht wordt beschouwd, dat aldus de appreciatiebevoegdheid van de lidstaten inperkt⁶⁰⁸. Het recht is niet alleen cruciaal, er bestaat bovendien binnen de lidstaten van de Raad van Europa eensgezindheid over de wijze waarop dit aspect van het recht op privéleven moet worden beschermd (Conventie nr. 108). De lidstaten dienen zich daarom aan deze basisprincipes te houden wanneer zij persoonsgegevens verwerken op een wijze die een inmenging vormt in het privéleven. Vandaar dat het logisch is dat, zoals hierboven vermeld, het EHRM deze basisprincipes ook in acht neemt bij de beoordeling van de noodzakelijkheidsvereiste. Zo perkt het feit dat de persoonsgegevens als gevoelige gegevens worden beschouwd in de Conventie nr. 108, de appreciatiebevoegdheid van de lidstaten des te meer in⁶⁰⁹. Ook het feit dat persoonsgegevens in bulk worden meegenomen voor onderzoek, zonder dat de relevantie van deze gegevens wordt nagegaan⁶¹⁰, of het feit dat persoonsgegevens geautomatiseerd worden verwerkt⁶¹¹, brengt het EHRM tot een striktere noodzakelijkheidscontrole.

B. Supplementair of alternatief: de procedurele waarborgen tegen misbruik

194. Vooral wanneer aan de lidstaten een ruime appreciatiemarge wordt verleend⁶¹², beperkt het EHRM zich er soms⁶¹³ toe om de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 lid 2 EVRM niet langer inhoudelijk te toetsen (aan de hand van de drie voormelde criteria), maar enkel na te gaan of er voldoende waarborgen tegen misbruik voorhanden zijn⁶¹⁴. De controle

⁶⁰⁶ EHRM 16 december 1992, NIEMIETZ /Duitsland (§31); EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen (§159)

⁶⁰⁷ EHRM 24 november 1986, GILLOW/VK (§55); EHRM 27 mei 2004, CONNERS/UK (§82)

⁶⁰⁸ EHRM 25 februari 1997, Z./Finland (§ 95-98); EHRM 4 december 2008, S. AND MARPER/VK (§103); EHRM 22 december 2015, G.S.B./Zwitserland (§90); EHRM 4 juni 2013, PERUZZO en MAERTENS/Duitsland (§42); HvJ 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, DIGITAL RIGHTS IRELAND, overweging 53

⁶⁰⁹ EHRM 25 februari 1997, Z./Finland (§ 98) waar het EHRM stelt dat medische gegevens persoonsgegevens zijn die een bijzondere bescherming genieten omdat de confidentialiteit van medische informatie bijdraagt het vertrouwen in het systeem van medische bijstand; EHRM 4 december 2008, S. AND MARPER/VK (§103) (medische gegevens); EHRM 4 juni 2013, PERUZZO en MAERTENS/Duitsland (§42)

⁶¹⁰ EHRM 16 december 1992, NIEMIETZ /Duitsland (§37); in deze zaak was het gerechtelijk mandaat om de huiszoeking uit te voeren in ruime termen gesteld en liet dit toe om documenten in beslag te nemen in een advocatenkantoor zonder enig onderscheid; EHRM 25 februari 1993, MIALHE/Frankrijk (§39): in deze zaak stoorde het EHRM zich in concreto aan het feit dat tijdens de huiszoekingen documenten in bulk waren in beslag genomen en hiervan nadien duizenden documenten niet relevant bleken voor het onderzoek en dus dienden te worden teruggegeven. Gelijkaardig: EHRM 3 juli 2012, ROBATHIN/Oostenrijk (§52); EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen (§159): waar de back-up van de volledige server werd meegenomen voor fiscaal onderzoek en dus niet enkel de fiscaal relevante documenten

⁶¹¹ EHRM 4 juni 2013, PERUZZO en MAERTENS/Duitsland (§42)

⁶¹² Bijvoorbeeld bij geheime surveillancemaatregelen met het oog op het veiligstellen van de nationale veiligheid

⁶¹³ Over de inconsequente houding van het EHRM bij de controle van de waarborgen tegen misbruik: D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*. Brussel, Politeia 2015, 94

⁶¹⁴ Volgens P. DE HERT (onderzoek uitgevoerd in 1998) zou er een tendens naar te nemen zijn waarbij steeds vaker enkel een controle wordt uitgevoerd naar de waarborgen tegen misbruik: P. DE HERT, *Artikel 8 EVRM en het Belgisch recht. De bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 40; zie hierover ook S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2011, 169; Voorbeelden: EHRM 6 september 1978, KLASS/Duitsland

van de waarborgen tegen misbruik gebeurt dan alternatief voor een inhoudelijke controle van de noodzakelijkheidsvereiste.

Wanneer daarentegen de lidstaten een beperkte appreciatiebevoegdheid hebben, zoals het geval is voor de verwerking van persoonsgegevens, zeker wanneer het gevoelige gegevens zijn, beperkt het EHRM zich tot een inhoudelijke controle van de noodzakelijkheidsvereiste en laat het de eventuele waarborgen tegen misbruik buiten beschouwing⁶¹⁵.

In sommige gevallen beoordeelt het EHRM de noodzakelijkheidsvereiste inhoudelijk (soms slechts door de toetsing van enkele van de drie criteria) en gaat het tegelijkertijd na of er voldoende waarborgen zijn tegen misbruik⁶¹⁶ (supplementaire controle).

195. Wat betreft de keuze van de waarborgen tegen misbruik, stelt het EHRM dat dit afhangt van de omstandigheden, waaronder de aard, het toepassingsgebied en de duur van de bestreden maatregel, de redenen op basis waarvan deze maatregelen kunnen worden bevolen, de overheid die bevoegd is om de maatregelen toe te staan, ze uit te voeren en te controleren, en de rechtsmiddelen die in het interne recht zijn voorzien⁶¹⁷.

196. Een eerste duidelijke waarborg tegen misbruik is de aanwezigheid van een wetgeving die de bevoegdheden van de overheid om zich te mengen in het privéleven *aan strikte voorwaarden onderwerpt*, niet alleen wat betreft toepassingsgebied, maar ook wat betreft de wijze van uitvoering van de maatregel⁶¹⁸. De wet die een inmenging in het privéleven toelaat moet daarom niet alleen voldoende duidelijk zijn, opdat zij zou voldoen aan de voorzienbaarheidsvereiste van artikel 8 EVRM, maar tevens moet de wet die de inmenging in het privéleven toelaat deze inmenging aan voldoende strikte voorwaarden onderwerpen, om te voldoen aan de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 EVRM. In het kader van de verwerking van de persoonsgegevens acht het EHRM het in het kader van de controle van de noodzakelijkheidsvereiste dan weer van belang dat de wetgeving een aantal zaken regelt die als essentieel worden beschouwd in de Conventie nr. 108, zoals het feit dat alleen gegevens worden verwerkt in de mate dat ze relevant zijn voor de finaliteit van de verwerking, dat deze gegevens niet langer worden bewaard in een vorm die identificatie van de betrokken natuurlijke persoon toelaat, dan nodig voor de finaliteit van de gegevensverwerking, en dat

(na te hebben vastgesteld dat de maatregel (geheime surveillance) een verregaande inbreuk vormt op het privéleven, eigen aan politiestaten, meer evenzeer te hebben vastgesteld dat de lidstaten een eigen appreciatiebevoegdheid hebben over de voorwaarden waaronder deze geheime surveillance mogelijk is, besluit het EHRM dat moet worden onderzocht of er wel voldoende waarborgen zijn tegen misbruik); EHRM 26 maart 1987, LEANDER/Zweden (§60); EHRM 25 februari 1993, MIALHE/Frankrijk (§37); EHRM 25 februari 1993, CREMIEUX/Frankrijk (§39); EHRM 25 februari 1993, FUNKE/Frankrijk (§56) EHRM 25 februari 1997, Z./Finland (§95); EHRM 16 december 1997, CAMENZIND/Zwitserland (§45); EHRM 16 april 2002, STES COLAS EST/Frankrijk (§48); EHRM 27 september 2005, SALLINEN/Finland (§34 ev.); EHRM 7 juni 2007, SMIRNOV/Rusland (§44); EHRM 16 oktober 2007, WIESER AND BICOS BETEILIGUNGEN/Oostenrijk (§57); EHRM 3 juli 2012, ROBATHIN/Oostenrijk (§44); EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen (§163); EHRM 2 april 2015, VINCI CONSTRUCTION/Frankrijk (§66); EHRM 1 december 2015, BRITO FERRINHO BEXIGA VILLA-NOVA/Portugal (§55); EHRM 6 oktober 2016, K.S. en M.S./Duitsland (§45)

⁶¹⁵ EHRM 25 februari 1997, Z./Finland (§95); EHRM 4 december 2008, S. AND MARPER/VK (§125);

⁶¹⁶ EHRM 28 april 2005, BUCK/Duitsland (§45); EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen; HvJ 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, DIGITAL RIGHTS IRELAND

⁶¹⁷ EHRM 6 september 1978, KLASS/Duitsland (§50); EHRM 29 juni 2006, WEBER en SARAVIA/Duitsland (§106)

⁶¹⁸ EHRM 6 september 1978, KLASS/Duitsland (§51 en 52); EHRM 26 maart 1987, LEANDER/Zweden (§64); EHRM 29 juni 2006, WEBER en SARAVIA/Duitsland (§103-138); EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen (§164)

waarborgen worden ingelast tegen misbruik van de persoonsgegevens⁶¹⁹. De criteria om te oordelen of een wet voldoende duidelijk is om te voldoen aan de voorzienbaarheidsvereiste vallen dan ook vaak samen met de criteria om te beoordelen of een wet voldoende afgebakend is om te voldoen aan de noodzakelijkheidsvereiste⁶²⁰.

197. Een andere belangrijke waarborg tegen misbruik is evenwel, net als dit ook het geval is bij de legaliteitstoets, het bestaan van een controlesysteem. Ook hier meent het EHRM dat een gerechtelijke controle steeds de voorkeur geniet omdat deze de meeste waarborgen biedt inzake onafhankelijkheid, onpartijdigheid en eerlijk proces⁶²¹. Daar waar het bestaan van een controlesysteem in het kader van de controle van de legaliteitseis gericht is op de controle of een inmenging wel wettelijk toegelaten was, is het bestaan van een controlesysteem in het kader van de controle van de noodzakelijkheidseis gericht op de controle van de noodzakelijkheid van de inmenging⁶²².

Het ogenblik waarop er controle moet zijn van de inmenging in het privéleven, hangt af van het privacyinvasieve karakter van de inmenging. Bij geheime surveillancemaatregelen, bijvoorbeeld wordt nagegaan in welke mate er een controle is bij het bevelen van de surveillancemaatregel, tijdens de uitvoering ervan en na afloop van de maatregel⁶²³. Hoewel degene die het voorwerp uitmaakt van de geheime surveillance uiteraard niet betrokken kan worden bij de controle in de eerste twee fasen, dient er wel te worden nagegaan of er tijdens deze fasen voldoende procedurele waarborgen tegen misbruik bestaan⁶²⁴. Het individu dat het voorwerp heeft uitgemaakt van een geheim controlemaatregel moet na afloop van de maatregel in de mogelijkheid worden gesteld controle op de uitgevoerde maatregel te laten uitvoeren, doordat hij ofwel wordt verwittigd⁶²⁵ van het feit dat de maatregelen ten aanzien van zijn persoon is uitgevoerd, ofwel omdat hij toegang heeft tot een controlesysteem zelfs zonder dat er een notificatie is geweest van de geheime maatregelen, van zodra hij kan aantonen dat hij vermoed te zijn onderworpen aan de geheime surveillance⁶²⁶.

Bij minder verregaande inmengingen in het privéleven wordt alleen nagegaan of er post-factumcontrole mogelijk is geweest. Dit is bijvoorbeeld het geval bij fiscale visitaties, die in

⁶¹⁹ EHRM 4 juni 2013, PERUZZO en MAERTENS/Duitsland (§42); zie ook bijvoorbeeld HvJ 17 oktober 2013, C-291/12 SCHWARZ, overweging 57 inzake het afnemen en bewaren van vingerafdrukken voor de controle van de authenticiteit van het paspoort en de identiteit van de houder, waarbij het Hof van Justitie in het kader van de noodzakelijkheidsbeoordeling rekening houdt met het feit dat de gegevens worden bewaard op een "opslagmedium dat aan de hoogste veiligheidsnormen voldoet". Ook het Hof van Justitie doet hetzelfde: HvJ 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, DIGITAL RIGHTS IRELAND

⁶²⁰ EHRM 15 januari 2015, DRAGOJEVIC/Kroatië (§89): "Since the existence of adequate safeguards against abuse is a matter closely related to the question whether the "necessity" test was complied with in this case, the Court will address both the requirement that the interference be "in accordance with the law" and that it be "necessary"

⁶²¹ EHRM 6 september 1978, KLASS/Duitsland (§55); EHRM 2 april 2015, VINCI CONSTRUCTION/Frankrijk (§67); EHRM 26 maart 1987, LEANDER/Zweden (§64)

⁶²² S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2001, 172-173

⁶²³ EHRM 4 december 2015, ZAKHAROV/Rusland (§233)

⁶²⁴ EHRM 4 december 2015, ZAKHAROV/Rusland (§233)

⁶²⁵ EHRM 4 december 2015, ZAKHAROV/Rusland (§289), waarbij de afwezigheid van notificatie als een belangrijk element werd meegenomen in de beoordeling van de effectiviteit van de rechtsmiddelen die inzake de uitgevoerde geheime surveillance konden worden ingezet

⁶²⁶ EHRM 18 mei 2010, KENNEDY/VK (§167); EHRM 4 december 2015, ZAKHAROV/Rusland (§233)

dat opzicht als minder verregaande inmengingen worden beschouwd dan strafrechtelijke huiszoekingen.

198. Indien de wetgeving van de lidstaat die de inmenging in het privéleven toestaat een voorgaande rechterlijke machtiging van de inmenging voorschrijft (typevoorbeeld is de rechterlijke machtiging van een huiszoeking), moet die rechterlijke machtiging wel een zekere omkadering kennen opdat ze een waarborg kan vormen tegen misbruik. Het feit dat er een voorafgaande rechterlijke machtiging is geweest is dus niet voldoende⁶²⁷. In de rechterlijke machtiging moet minstens uitspraak zijn gedaan over de reikwijdte van het huiszoekingsbevel, dit onder meer naar tijd en doel toe⁶²⁸, zo niet vormt deze rechterlijke machtiging geen voldoende waarborg tegen misbruiken. Elementen die bij de afbakening van de reikwijdte van het huiszoekingsbevel van belang zijn: is de huiszoeking gebaseerd op een redelijk vermoeden (“reasonable suspicion”⁶²⁹), is het toepassingsgebied van de huiszoeking redelijk afgebakend (“reasonably limited”)⁶³⁰. Het feit dat de “reasonable suspicion” moet worden onderzocht lijkt in latere rechtspraak erop te wijzen dat de EHRM het bulk vergaren van informatie bij bijvoorbeeld geheime surveillancemaatregelen (d.w.z. zonder dat de informatie over een welbepaalde persoons handelt) als strijdig zal beschouwen met het artikel 8 EVRM, zeker wanneer er geen bijkomende garanties zijn tegen misbruik⁶³¹. Ook de mogelijkheid voor de betrokkene om de huiszoeking post factum aan de beoordeling van een rechter voor te leggen, is een belangrijke procedure waarborg⁶³².

Indien de wetgeving van de lidstaat die de inmenging in het privéleven toestaat, geen voorafgaande rechterlijke machtiging voorschrijft, vormt dit niet noodzakelijk een probleem, in de mate dat er andere afdoende waarborgen zijn tegen misbruik. Zelfs bij een huiszoeking, aanvaardt het EHRM onder bepaalde voorwaarden dat een post factum gerechtelijke controle volstaat⁶³³. Het EHRM stelt daarbij wel dat, indien er geen

⁶²⁷ EHRM 6 oktober 2016, K.S. en M.S./Duitsland (§45): “However, whilst a highly relevant consideration, the fact that an application for a warrant has been subject to judicial scrutiny will not in itself necessarily amount to a sufficient safeguard against abuse”

⁶²⁸ EHRM 25 februari 2003, ROEMEN en SCHMIT/Luxemburg (§70) waarin het EHRM oordeelt dat de rechterlijke machtiging onvoldoende is afgebakend: “search for and seize all objects, documents, effects and/or other items that might assist in establishing the truth with respect to the above offences or whose use might impede progress in the investigation and, in particular, the document dated 23 July 1998 bearing the manuscript note to the heads of division”; EHRM 7 juni 2007, SMIRNOV/Rusland (§46); EHRM 24 juli 2008, ANDRE/Frankrijk (§45): de rechterlijke machtiging voor de huiszoeking was in zeer brede termen gesteld; EHRM 6 oktober 2016, K.S. en M.S./Duitsland (§54); H. KRABBE, “artikel 8. De eerbiediging van het privéleven” in A. HARTEVELD, B. KEULEN en H. KRABBE, *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, Wolters-Noordhoff, Groningen, 1996, 168

⁶²⁹ Te beoordelen op het moment van de uitgifte van de rechterlijke machtiging: EHRM 3 juli 2012, ROBATHIN/Oostenrijk (§46); zie ook EHRM 6 oktober 2016, K.S. en M.S./Duitsland (§46)

⁶³⁰ EHRM 28 april 2005, BUCK/Duitsland (§50); EHRM 16 oktober 2007, WIESER AND BICOS BETEILIGUNGEN/Oostenrijk (§57); EHRM 3 juli 2012, ROBATHIN/Oostenrijk (§44); EHRM 5 juli 2012, GOLOVAN/Oekraïne (§61); EHRM 3 juli 2012, ROBATHIN/Oostenrijk (§46)

⁶³¹ EHRM 4 december 2015, ZAKHAROV/Rusland (§264), zie ook EHRM 12 januari 2016, SZABO é VISSY/Hongarije (§67) waar het EHRM problemen heeft met de machtiging van de minister voor een geheime onderzoeksmaatregelen voor “a range of persons” en finaal concludeert dat de maatregelen niet voldoet aan de noodzakelijkheidsvereiste, onder meer gebaseerd op de ruime omschrijving van de betrokkenen; zie hierover: S.J. ESKENS, noot bij EHRM 4 december 2015, ZAKHAROV/Rusland, *Computerrecht* 2016, afl. 3, 85

⁶³² EHRM 6 oktober 2016, K.S. en M.S./Duitsland (§46-47)

⁶³³ In de zaak CAMENZIND van 1997 (EHRM 16 december 1997, CAMENZIND/Zwitserland (§45) stelt het EHRM dat het in het bijzonder waakzaam moet zijn wanneer huiszoekingen mogelijk zijn zonder rechterlijke machtiging. Het EHRM neemt evenwel genoegen met de toegang tot een rechter na afloop omdat de wetgeving ook voldoende duidelijk de bevoegdheid van de overheid in het kader van deze huiszoeking afbakt en beperkt. Zo kan de huiszoeking alleen worden bevolen door een beperkt aantal special daartoe aangestelde senior ambtenaren; kan de huiszoeking alleen worden uitgevoerd door ambtenaren die daartoe

voorafgaande machtiging is, er wel bijzondere waakzaamheid moet zijn bij de controle van de waarborgen tegen misbruik⁶³⁴. Een post-factumcontrole moet toelaten zowel de wettelijkheid als de verantwoording voor de huiszoeking na te zien⁶³⁵. Het EHRM gaat ook na of de rechtbank deze controle ook effectief en op een bevredigende wijze uitoefent⁶³⁶. Dit houdt volgens het EHRM onder meer in dat de rechtbank teruggave of vernietiging moet kunnen bevelen van materiaal dat in beslag is genomen maar waarvan is gebleken dat dit niet relevant was voor het gevoerde onderzoek of dat dit gedekt was door het beroepsgeheim⁶³⁷. Wat betreft fiscale visitaties licht het EHRM uitdrukkelijk toe dat deze inmenging niet even ernstig is als de inmenging veroorzaakt door een huiszoeking onder het strafrecht, rekening houdend met het feit dat de gevolgen van de niet-medewerking louter administratief zijn⁶³⁸, of minstens omdat de strafrechtelijke sancties die op de niet-medewerking staan, eerder theoretisch zijn⁶³⁹, omdat de “dwang” ten gevolge van een fiscale controle van een andere aard is dan de dwang bij een strafrechtelijke maatregel die manu militari kan worden afgedwongen, en omdat de principiële plicht om belastingaangiftes in te dienen, aangevuld wordt met de verplichting voor de belastingplichtige om informatie te verstrekken en deze meewerkverplichting veronderstelt dat de fiscale administratie in de mogelijkheid moet worden gesteld om de door de belastingplichtige ter beschikking gestelde informatie te controleren⁶⁴⁰. Dit betekent uiteraard niet dat niet evengoed procedurele waarborgen tegen misbruik moeten aanwezig zijn bij deze fiscale visitaties, indien een rechtelijke machtiging ontbreekt. In dat kader vindt het EHRM het belangrijk dat de controle aangekondigd is, dat de vertegenwoordigers van de

special zijn opgeleid, hebben deze ambtenaren de verplichting zich terug te trekken in het geval er omstandigheden zijn die hun onpartijdigheid in het gedrang kunnen brengen; kunnen huiszoekingen alleen worden uitgevoerd in gebouwen waarvan het aannemelijk is dat de verdachte er zich in verschuilt, of dat er voorwerpen kunnen worden in aangetroffen die vatbaar zijn voor inbeslagname en bewijs kunnen opleveren van het misdrijf; kunnen huiszoekingen niet kunnen worden uitgevoerd op zondagen, op feestdagen of 's nachts, behalve in belangrijke zaken of wanneer er een onmiddellijk gevaar dreigt; moet – aan het begin van de huiszoeking - de ambtenaar bewijs leveren van zijn identiteit en de bezetter van de gebouwen informeren over het doel van het onderzoek, moet de bezetter van het gebouw of een verwant of lid van het huishouden worden gevraagd aanwezig te blijven tijdens de huiszoeking, moet er ook een agent aanwezig zijn die erop moet toezien dat de huiszoeking niet afwijkt van haar doel, moet onmiddellijk een verslag van deze huiszoeking worden opgesteld in de aanwezigheid van de personen die erbij betrokken waren, die – wanneer zij dit verzoeken – een kopie van dit verslag moeten krijgen, bestaan er bijzondere beperkingen voor het doorzoeken van documenten, hebben de verdachten, in welke omstandigheid ook, recht op vertegenwoordiging en bestaat er een recht op schadevergoeding voor onrechtmatige huiszoekingen; zie ook EHRM 7 juni 2007, SMIRNOV/Rusland (§45 ev.); EHRM 15 februari 2011, HEINO/Finland (§40 en §45); EHRM 2 oktober 2014, DELTA PEKARNY/Tsjechië. Daartegenover: EHRM 25 februari 1993 MIALHE/Frankrijk (§38): In deze zaak was er ook geen voorafgaandelijke rechterlijke machtiging voor de huiszoekingen en nam het EHRM geen genoegen met de door de lidstaten aangevoerde procedurele waarborgen tegen misbruik: “*decision-making by the head of the customs district concerned, the rank of the officers authorised to establish offences, the presence of a senior police officer (officier de police judiciaire), the timing of searches, the preservation of lawyers’ and doctors’ professional secrecy, the possibility of invoking the liability of the public authorities, etc.*” (§35); EHRM 2 april 2015, VINCI CONSTRUCTION/Frankrijk (§78)

⁶³⁴ EHRM 2 oktober 2014, DELTA PEKARNY/Tsjechië (§83)

⁶³⁵ EHRM 7 juni 2007, SMIRNOV/Rusland (§45); EHRM 15 februari 2011, HEINO/Finland (§45); EHRM 2 oktober 2014, DELTA PEKARNY/Tsjechië (§87)

⁶³⁶ EHRM 7 juni 2007, SMIRNOV/Rusland (§45 en 46); EHRM 3 juli 2012, ROBATHIN/Oostenrijk (§51); EHRM 2 april 2015, VINCI CONSTRUCTION/Frankrijk (§75); EHRM 4 december 2015, ROMAN ZAKHAROV/ Rusland (§284 en 295)

⁶³⁷ EHRM 2 april 2015, VINCI CONSTRUCTION/Frankrijk (§79)

⁶³⁸ EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea./Noorwegen (§173): “*It should also be observed that the nature of the interference complained of was not of the same seriousness and degree as is ordinarily the case of search and seizure carried out under criminal law, the type of measures considered by the Court in a number of previous cases (...) As pointed out by the Supreme Court, the consequences of a tax subject’s refusal to cooperate were exclusively administrative*”

⁶³⁹ EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea./Noorwegen (§173 met verwijzing naar § 153)

⁶⁴⁰ EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea./Noorwegen (§173 met verwijzing naar § 43)

belastingplichtige aanwezig waren, dat er nadien een post factum gerechtelijke controle mogelijk was, die opschortend werkte in die zin dat, van zodra er klacht wordt neergelegd tegen de maatregel die erin bestond een back-up kopie mee te nemen, deze back-up kopie in een verzegelde envelop werden geplaatst en bewaard in het belastingkantoor in afwachting van de beslissing over de klacht. De belastingplichtige heeft bovendien het recht om aanwezig te zijn wanneer het zegel wordt verbroken (tenzij wanneer dat een aanzienlijke vertraging zou veroorzaken), de administratie moet een rapport opstellen van de controle die zij uitvoert op de gegevens (met kopie voor de belastingplichtige) en moet de niet-relevante documenten zo snel mogelijk teruggeven. Na afloop van de controle werden alle elektronisch opgeslagen informatie verwijderd en de papieren documenten werden vernietigd⁶⁴¹. Dergelijke waarborgen acht het EHRM ook van belang bij de beoordeling van het inbeslagname van documenten bij een strafrechtelijke huiszoeking⁶⁴².

199. Wanneer de inmenging in het privéleven raakt aan het beroepsgeheim van de persoon tot wie de maatregel is gericht, zullen specifieke procedurele maatregelen ter waarborging van dit beroepsgeheim vereist zijn⁶⁴³. Voor wat betreft het beroepsgeheim van de advocaat is bijvoorbeeld bij huiszoeken in het kantoor van de advocaat de aanwezigheid vereist van een onafhankelijk toezichter⁶⁴⁴. De tussenkomst van dezelfde onafhankelijke toezichter is eveneens vereist wanneer het beroepsgeheim van de advocaat wordt opgeheven teneinde toegang te krijgen tot de bankrekeninguittreksels van de advocaat, waarop cliënten het ereloon storten⁶⁴⁵. Een aantasting van het beroepsgeheim van de advocaat wordt immers beschouwd als een probleem voor de goede werking van justitie en dus van de rechten gewaarborgd door artikel 6 EVRM⁶⁴⁶.

200. Wanneer de inmenging in het privéleven de verwerking van persoonsgegevens omvat, laat het EHRM zich voor het bepalen van de waarborgen tegen misbruik andermaal

⁶⁴¹ EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen (§164 ev.)

⁶⁴² EHRM 16 oktober 2007, WIESER AND BICOS BETEILIGUNGEN/Oostenrijk (§60) waar de huiszoeking was voorafgegaan door een gerechtelijk mandaat dat voldoende was afgebakend naar toepassingsgebied toe en dat gebaseerd was op een redelijk vermoeden. Daarnaast achtte het EHRM het van belang dat – specifiek voor wat betreft de inbeslagname van documenten – de betrokkenen aanwezig dienden te zijn, dat er een verslag wordt opgesteld over de inbeslaggenomen documenten, dat – wanneer de betrokkene bezwaar maakte tegen de inbeslagname – de documenten werden verzegeld in afwachting van de uitspraak van een rechter en dat – wanneer het een inbeslagname van documenten van een advocaat betrof, de vertegenwoordiger van de balie aanwezig diende te zijn. Zie ook EHRM 3 juli 2012, ROBATHIN/Oostenrijk (§48 ev.)

⁶⁴³ EHRM 1 december 2015, BRITO FERRINHO BEXIGA VILLA-NOVA/Portugal (§55)

⁶⁴⁴ EHRM 16 december 1992, NIEMIETZ /Duitsland (§37); EHRM 25 februari 2003, ROEMEN en SCHMIT/Luxemburg (§69); EHRM 27 september 2005, SALLINEN/Finland (§36-37); EHRM 7 juni 2007, SMIRNOV/Rusland (§45); EHRM 16 oktober 2007, WIESER AND BICOS BETEILIGUNGEN/Oostenrijk (§57); EHRM 24 juli 2008, ANDRE/Frankrijk (§42); EHRM 21 januari 2010, XAVIER DA SILVEIRA/Frankrijk (§40 ev.) waarin wordt bevestigd dat deze bijzondere procedurele waarborgen zelfs gelden ten aanzien van een advocaat uit de EU die niet is ingeschreven aan de balie van het land waarin de huiszoeking wordt uitgevoerd, maar die wel gerechtigd is zijn activiteit als advocaat op occasionele basis in dit land uit te voeren; EHRM 15 februari 2011, HEINO/Finland (§43); EHRM 3 juli 2012, ROBATHIN/Oostenrijk (§44); EHRM 5 juli 2012, GOLOVAN/Oekraïne (§62) waarin wordt bevestigd dat de onafhankelijke toezichthouder ook de nodige kwalificatie moet hebben om zijn functie te kunnen uitoefenen en eveneens moet gebonden zijn door het beroepsgeheim. Bovendien moet de onafhankelijke toezichthouder over voldoende bevoegdheden beschikken om zijn controletaak uit te oefenen en om een schending van het beroepsgeheim te voorkomen (in casu werden twee studenten van een machinebouwschool als getuige bij de huiszoeking betrokken); EHRM 2 april 2015, VINCI CONSTRUCTION/Frankrijk (§68)

⁶⁴⁵ EHRM 1 december 2015, BRITO FERRINHO BEXIGA VILLA-NOVA/Portugal (§57)

⁶⁴⁶ EHRM 16 december 1992, NIEMIETZ /Duitsland (§37); EHRM 1 december 2015, BRITO FERRINHO BEXIGA VILLA-NOVA/Portugal (§55)

leiden door de Conventie nr. 108⁶⁴⁷, zodat bij voorbeeld de aanwezigheid van toestemming om persoonsgegevens te verspreiden of door te geven, als een zeer belangrijke waarborg tegen misbruik wordt beschouwd⁶⁴⁸.

201. Van belang is ook dat het EHRM niet alleen nagaat of de wet voldoende maatregelen tegen misbruik bepaalt, maar ook in welke mate deze de facto zijn gerespecteerd⁶⁴⁹. Derhalve gaat het EHRM bij bijvoorbeeld huiszoekingen ook na in welke omstandigheden het huiszoekingsbevel werd uitgevaardigd, welke bewijzen er op dat moment voorhanden waren, de afbakening van het huiszoekingsbevel, de manier waarop de zoeking werd uitgevoerd, de eventuele gevolgen van de huiszoeking op de reputatie van de betrokkene en dergelijke meer⁶⁵⁰.

C.De noodzakelijkheidsvereiste wordt vermoed te zijn voldaan (BOSPHORUS-doctrine)

202. In een bijzondere situatie vermoedt het EHRM dat de maatregel die als een inmenging in het privéleven wordt beschouwd, voldoet aan de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 lid 2 EVRM. Dit is met name het geval wanneer de maatregel kan worden beschouwd als een uitvoering van een verplichting die de betrokken lidstaat heeft aangegaan als lid van een bepaalde internationale organisatie waaraan een deel van de bevoegdheden werd overgedragen, wanneer deze internationale organisatie zelf voldoende bescherming biedt van de rechten in artikel 8 EVRM en dit op een wijze die equivalent is aan de bescherming die wordt geboden door het EVRM. Dit principe werd vooropgesteld in de BOSPHORUS-zaak en hernomen in de zaak MICHAUD van 2012⁶⁵¹. De EU wordt door het EHRM beschouwd als een instelling die in principe een rechtsbescherming biedt van de mensenrechten die equivalent is aan het EVRM⁶⁵². Maatregelen die buiten de strikte uitvoering van de internationale verplichtingen vallen en die met andere woorden onderdeel vormen van de discretionaire bevoegdheid van de lidstaat, kunnen niet genieten van dit vermoeden van “equivalent bescherming” (BOSPHORUS-doctrine)⁶⁵³. Zo heeft een lidstaat bij de uitvoering van een Europese Verordening geen manoeuvreerruimte meer, terwijl dit wel het geval is bij de implementatie van een richtlijn die de lidstaten in principe alleen

⁶⁴⁷ Zie bijvoorbeeld EHRM 25 februari 1997, Z./Finland (§95); EHRM 22 december 2015, G.S.B./Zwitserland (§90)

⁶⁴⁸ EHRM 25 februari 1997, Z./Finland (§96)

⁶⁴⁹ Zie bijvoorbeeld EHRM 30 maart 1989 CHAPPELL/VK (§62 ev.); EHRM 16 december 1997 CAMENZIND/Zwitserland (§46) waarin het EHRM vaststelt dat de huiszoeking ook effectief is uitgevoerd in de aanwezigheid van de verzoeker, nadat deze in de mogelijkheid was gesteld om zijn dossier te consulteren en om een advocaat te telefoneren; EHRM 7 juni 2007, SMIRNOV/Rusland (§44); EHRM 16 oktober 2007, WIESER AND BICOS BETEILIGUNGEN/Oostenrijk (§58-59 en § 62-65, waar het EHRM vaststelt dat de procedurele waarborgen voorgeschreven door de wet weliswaar waren nageleefd tijdens een huiszoeking waarbij documenten in beslag waren genomen, maar dat dezelfde procedurele waarborgen niet waren nageleefd bij de inbeslagname – op het zelfde moment- van elektronische data vermits de vertegenwoordiger van de balie niet de hele tijd aanwezig kon zijn tijdens de inbeslagname (bezig met de controle van de inbeslagname van de papieren documenten) alsook vermits er geen verslag was opgesteld van de uitgevoerde onderzoekshandelingen en van de in beslag genomen elektronische documenten op het einde van de zoeking, maar slechts op het einde van de dag); zie ook EHRM 24 juli 2008, ANDRE/Frankrijk (§44) waarin het EHRM vaststelt dat de stafhouder weliswaar aanwezig was tijdens een huiszoeking bij een advocaat, maar de door hem geopperde bezwaren niet hadden kunnen verhinderen dat toch een hele reeks documenten in beslag waren genomen die onder het beroepsgeheim van de advocaat vielen; EHRM 3 juli 2012, ROBATHIN/Oostenrijk (§49 ev.); EHRM 2 april 2015, VINCI CONSTRUCTION/Frankrijk (§75)

⁶⁵⁰ EHRM 7 juni 2007, SMIRNOV/Rusland (§44)

⁶⁵¹ EHRM 6 december 2012, MICHAUD/Frankrijk (§102 ev.)

⁶⁵² EHRM 6 december 2012, MICHAUD/Frankrijk (§105)

⁶⁵³ EHRM 6 december 2012, MICHAUD/Frankrijk (§103)

verbinden ten aanzien van het doel ervan⁶⁵⁴. De BOSPHORUS-doctrine is van belang bij de beoordeling van de Europese rechtsinstrumenten die internationale uitwisseling van inlichtingen mogelijk maken. De BOSPHORUS-doctrine werkt ook niet wanneer in de specifieke omstandigheden van een zaak blijkt dat de bescherming van het EVRM manifest deficiënt was. In dat geval wordt aangenomen dat het belang van de internationale samenwerking onderschikt is aan de rol van het EVRM als constitutioneel instrument van Europese publieke orde⁶⁵⁵. Wanneer bijvoorbeeld blijkt dat een intern rechtscollege heeft geweigerd een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie over de overeenstemming van een handeling van een lidstaat met een bepaald grondrecht, dan oordeelt het EHRM dat er geen beroep kan worden gedaan op het vermoeden van equivalente bescherming⁶⁵⁶. Indien het vermoeden van equivalente rechtsbescherming niet speelt, maakt het EHRM een eigen beoordeling van de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 lid 2 EVRM⁶⁵⁷.

§ 4 De positieve verplichting van de overheid om het recht op privéleven te waarborgen

203. Hierboven werd al aangehaald dat de leer van de positieve plichten in het kader van dit onderzoek vooral van belang is voor de beoordeling van het recht op inzage tot de door de fiscale administratie ingezamelde gegevens.

204. Door de rechtspraak van het EHRM werd de toegang tot het eigen dossier of de informatie die de verzoeker aanbelangt, al verschillende malen beoordeeld vanuit deze positieve plichtenleer. Het betreft dus gevallen waarin het EHRM oordeelde dat de lidstaat terzake tekortschoot in zijn positieve verplichting om het recht op privéleven te waarborgen, door het toegangsrecht niet of niet op een geschikte manier te regelen.

Het mijlpaalarrest betreffende dit recht op toegang is het arrest GASKIN van 1989⁶⁵⁸. Dit arrest handelt over de toegang tot een overheidsdossier dat betrekking had op de jeugdijaren van de verzoeker⁶⁵⁹. Het recht op toegang tot de persoonlijke informatie werd toen nog duidelijk gekoppeld aan de private inhoud van de informatie en het recht om kennis te nemen van de inhoud ervan⁶⁶⁰. Gaandeweg werd het recht op toegang tot de persoonsgegevens (en de terzake geldende positieve verplichting voor de overheid om een adequaat juridisch kader te ontwikkelen waarin dit mogelijk wordt) ook uitgebreid naar zaken waarin de toegang niet zozeer gericht is op de kennisname van de inhoud van deze informatie (zoals bijvoorbeeld informatie over de eigen persoonlijke geschiedenis⁶⁶¹ of

⁶⁵⁴ EHRM 6 december 2012, MICHAUD/Frankrijk (§113)

⁶⁵⁵ EHRM 6 december 2012, MICHAUD/Frankrijk (§103)

⁶⁵⁶ EHRM 6 december 2012, MICHAUD/Frankrijk (§114)

⁶⁵⁷ EHRM 6 december 2012, MICHAUD/Frankrijk (§117 ev.)

⁶⁵⁸ EHRM 7 juli 1989, GASKIN/VK. Het EHRM erkent de weigering van de toegang tot het dossier als een schending van de positieve verplichting: (§41): *“As regards such refusal, “the substance of [the applicant’s] complaint is not that the State has acted but that it has failed to act” (see the Airey judgment of 9 October 1979, Series A no. 32, p. 17, para. 32).”*

⁶⁵⁹ Gelijkaardig: EHRM 24 september 2002, M.G./VK (§27)

⁶⁶⁰ Merk op dat het EHRM in de zaak GASKIN zelfs uitdrukkelijk stelt dat het met zijn uitspraak niet heeft gezegd dat er een algemeen recht op toegang tot persoonsgegevens bestaat: EHRM 7 juli 1989, GASKIN/ VK (§37): *“This finding is reached without expressing any opinion on whether general rights of access to personal data and information may be derived from Article 8 para. 1 (art. 8-1) of the Convention. The Court is not called upon to decide in abstracto on questions of general principle in this field but rather has to deal with the concrete case of Mr. Gaskin’s application.”*

⁶⁶¹ EHRM 7 juli 1989, GASKIN/ VK

identiteit⁶⁶², of informatie over de gezondheidsrisico's waaraan de betrokkene was onderworpen⁶⁶³) maar eerder gericht is op de controle van de correctheid van de informatie⁶⁶⁴. Het recht op toegang tot het persoonlijk dossier werd dus gekoppeld aan een basisprincipe van de Conventie nr.108, met name dat de verwerkte persoonsgegevens steeds accuraat moeten worden gehouden. In dat kader bevestigt het EHRM bovendien dat de betrokkene het recht zou moeten hebben om de verkeerde informatie recht te zetten⁶⁶⁵. Dit recht op verbetering vormt eveneens een basisprincipe in de Conventie nr. 108.⁶⁶⁶

Er moet wel worden opgemerkt dat het recht op inzage van de eigen persoonsgegevens niet steeds wordt beoordeeld in het kader van de positieve verplichtingen van de lidstaten om het recht op privéleven te waarborgen. Vaak wordt het recht op inzage (en met name het gebrek aan dit recht) beoordeeld samen met de opslag van persoonsgegevens die als een inmenging in het privéleven worden beschouwd, waardoor het de afwezigheid van het recht op inzage, samen met de opslag van persoonsgegevens in bepaalde omstandigheden, als een inbreuk wordt beschouwd op de negatieve verplichting voor de overheid om zich van dergelijke inmengingen te onthouden. In die context werd nog voor het hiervoor aangehaalde arrest GASKIN, de afwezigheid van een inzagerecht beoordeeld in de zaak LEANDER van 1987⁶⁶⁷. In deze zaak werd de *opslag* van informatie over het private leven van personen in een geheim politieregister en het vrijgeven ervan, gekoppeld aan het feit dat aan de verzoeker de mogelijkheid werd geweigerd deze informatie (in te zien en in voorkomend geval) tegen te spreken, beschouwd als een inmenging in het privéleven⁶⁶⁸.

205. Dat er vooralsnog geen algemeen recht op toegang tot de persoonsgegevens kan worden afgeleid uit de rechtspraak van het EHRM inzake artikel 8 EVRM, blijkt uit de zaak SMITH⁶⁶⁹ van 2007. In deze zaak werd geoordeeld dat er geen sprake was van een tekortkoming van een lidstaat doordat deze lidstaat geen recht op toegang had voorgeschreven tot dossiers die worden bijgehouden door een bank. In casu betrof de informatie in het dossier waartoe de verzoeker toegang zocht, zakelijke transacties die volkomen bekend waren aan de verzoeker. Hoewel zakelijke informatie in principe ook deel kan uitmaken van het privéleven, en de toegang tot informatie over het privéleven in eerdere uitspraken was erkend als een recht, stelde het EHRM hier vast dat de verzoeker de zakelijke informatie wenste in te zien met het oog op het verzamelen van documenten die konden dienen als bewijs in een gerechtelijke procedure en die hem al bekend waren. Het

⁶⁶² EHRM 13 februari 2003, ODIEVRE/Frankrijk (§28-29)

⁶⁶³ EHRM 19 oktober 2005, ROCHE/VK (§155) en eerder al gelijkaardig: EHRM 19 februari 1998, GUERRA/Italië (§60) en EHRM 9 juni 1998, MCGINLEY/VK (§97)

⁶⁶⁴ Zie EHRM 27 oktober 2009, HARALAMBIE/Roemenië; EHRM 29 juni 2011, JARNEA/Roemenië en EHRM 13 november 2012, JOANNA SZULC/Polen.

⁶⁶⁵ EHRM 13 november 2012, JOANNA SZULC/Polen (§87)

⁶⁶⁶ EHRM 26 maart 1987, LEANDER/Zweden (§48): "It is uncontested that the secret police-register contained information relating to Mr. Leander's private life. Both the storing and the release of such information, which were coupled with a refusal to allow Mr. Leander an opportunity to refute it, amounted to an interference with his right to respect for private life as guaranteed by Article 8 § 1 (art. 8-1)."

⁶⁶⁷ EHRM 26 maart 1987, LEANDER/Zweden

⁶⁶⁸ EHRM 26 maart 1987, LEANDER/Zweden (§48): "It is uncontested that the secret police-register contained information relating to Mr. Leander's private life. Both the storing and the release of such information, which were coupled with a refusal to allow Mr. Leander an opportunity to refute it, amounted to an interference with his right to respect for private life as guaranteed by Article 8 § 1 (art. 8-1)."; zie ook later: EHRM 6 juni 2006, SEGERSTEDT-WIBERG/Zweden, waarin het opslaan van informatie als een afzonderlijke inmenging werd beschouwd van de onmogelijkheid om volledige inzage te krijgen van de opgeslagen informatie

⁶⁶⁹ EHRM 4 januari 2007, SMITH/VK

weigeren van toegang tot het dossier met informatie over het privéleven vormt volgens het EHRM slechts een inmenging in het privéleven wanneer de toegang erop gericht is informatie te verzamelen over de identiteit of persoonlijke geschiedenis van de betrokkene, of met het oog op het corrigeren van deze informatie en het voorkomen van misbruik van deze informatie.

206. Teneinde te bepalen of er sprake is van een positieve verplichting (en de lidstaat terzake effectief in gebreke is gebleven zodat er sprake is van een schending van artikel 8 EVRM) gaat het EHRM na of de lidstaat, bij een weigering tot inzage van het dossier of de informatie, een correcte afweging heeft gemaakt tussen het algemeen belang enerzijds en het betrokken individueel belang anderzijds⁶⁷⁰. Er gebeurt met andere woorden een proportionaliteitscontrole zoals deze ook gebeurt in het kader van de controle van een inbreuk op de negatieve verplichting van de overheid om zich te onthouden van inmenging⁶⁷¹. De belangenafweging die gebeurt bij deze proportionaliteitscontrole wordt ook hier bepaald door de appreciatiebevoegdheid die aan de lidstaten wordt gegeven. Deze appreciatiebevoegdheid hangt – zoals hierboven al toegelicht - dan weer af van de aard van de belangen die op het spel staan en van het onderwerp van de zaak⁶⁷². De appreciatiebevoegdheid van de lidstaten is in het kader van de controle van de positieve verplichtingen wel altijd ruimer dan wanneer de negatieve verplichting van de lidstaat wordt beoordeeld, omdat de keuze van de maatregelen die een lidstaat neemt om aan zijn positieve verplichting tegemoet te komen, ook binnen de appreciatiebevoegdheid van de lidstaat valt⁶⁷³. De appreciatiebevoegdheid van de lidstaat wordt onder meer ook bepaald door het al dan niet bestaan van een consensus onder de lidstaten over zowel het gewicht dat aan het betrokken belang moet worden gehecht, als over de wijze waarop dit belang moet worden gewaarborgd. Indien er geen dergelijke consensus bestaat, wordt de appreciatiebevoegdheid van de lidstaten als wijder beschouwd⁶⁷⁴. Indien er wel een consensus bestaat over het gewicht van het betrokken belang en de wijze waarop dit belang moet worden beschermd, zoals dit het geval is voor de bescherming van de persoonsgegevens, dan houdt het EHRM hiermee sterk rekening en laat het zich door de basisprincipes van de Conventie nr. 108 leiden⁶⁷⁵.

⁶⁷⁰ EHRM 7 juli 1989, GASKIN/ VK (§42): *"In accordance with its established case-law, the Court, in determining whether or not such a positive obligation exists, will have regard to the 'fair balance that has to be struck between the general interest of the community and the interests of the individual ... In striking this balance the aims mentioned in the second paragraph of Article 8 (art. 8) may be of a certain relevance, although this provision refers in terms only to 'interferences' with the right protected by the first paragraph - in other words is concerned with the negative obligations flowing therefrom ..."* (see the Rees judgment of 17 October 1986, Series A no. 106, p. 15, para. 37)." zie hierover ook: P. DE HERT, "het recht op privacy" in VANDE LANOTTE J. en HAECK, Y. *Handboek EVRM – deel II. Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 721; F. BOEHM, *Information Sharing and Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice. Towards Harmonised Data Protection Principles for Information Exchange at EU-level*, Berlin – Heidelberg, Springer, 2012, XII, 27

EHRM 13 november 2012, JOANNA SZULC/Polen (§84)

⁶⁷¹ In wezen gaat het hier dus om dezelfde proportionaliteitstoets, zie hierover: EHRM 17 januari 2012, VARAPNICKAITĖ-MAŽYLIENĖ/Litouwen (§42); EHRM 5 april 2012, STROMBLAD/Zweden (§76)

⁶⁷² EHRM 5 april 2012, STROMBLAD/Zweden (§76)

⁶⁷³ EHRM 26 maart 1985, X. en Y. / Nederland (§ 24); EHRM 13 februari 2003, ODIEVRE/Frankrijk (§ 46); EHRM 10 mei 2011, MOSLEY/ VK (§107): *"The choice of measures designed to secure compliance with that obligation in the sphere of the relations of individuals between themselves in principle falls within the Contracting States' margin of appreciation"*

⁶⁷⁴ EHRM 10 mei 2011, MOSLEY/ VK (§110)

⁶⁷⁵ EHRM 17 januari 2012, VARAPNICKAITĖ-MAŽYLIENĖ/Litouwen (§44) inzake de openbaarmaking van medische data

In de mate dat het recht op inzage wordt beoordeeld als een inbreuk op de negatieve verplichtingen van de overheid om zich te onthouden van inmenging (dit is met name het geval wanneer het gaat over een (afwezigheid) van inzagerecht in door de overheid opgeslagen informatie die op zich als een inmenging in het privéleven wordt beschouwd), geldt uiteraard het hierboven beschreven controlemechanisme, dat erin bestaat om na te gaan of er voor deze inmenging (met name de weigering van het inzagerecht) een wettelijke basis bestaat, of er voor deze inmenging een legitieme grond is en of deze inmenging noodzakelijk is rekening houdend met de legitieme grond⁶⁷⁶.

§ 5 Conclusie over de draagwijdte van het recht op privéleven

207. Artikel 8 lid 1 EVRM heeft een zeer ruim toepassingsgebied. Wanneer de fiscale administratie informatie verzamelt door middel van een fiscale visitatie, is het recht op woning van toepassing. Het “right to be left alone” speelt er in zijn meest zuivere vorm. Maar ook het recht om in de lokalen die worden gevisiteerd private en professionele relaties aan te gaan, vormt de motivering voor de rechtsbescherming van het recht op woning. Het feit dat de inmenging in het privéleven verregaander kan zijn wanneer het lokaal professioneel wordt aangewend, doet geen afbreuk aan het feit dat de rechtsbescherming van artikel 8 EVRM hier wel geldt. Ook rechtspersonen genieten van de bescherming van hun beroepslokalen onder artikel 8 EVRM.

Maar ook het verzamelen van informatie kan op zich vrij snel een inmenging vormen in het privéleven. Het EHRM lijkt een rechtsbescherming toe te kennen aan alle informatie over het private leven in de enge zin van het woord, en dit zonder enig voorbehoud. Tot deze informatie over het private leven behoort de informatie over het inkomen en het vermogen. Maar ook informatie over het professionele leven wordt beschermd door artikel 8 EVRM, zij het dat de inmenging verregaander kan zijn. Aan bepaalde informatie, in hoofdzaak eerder publieke informatie, wordt geen voorbehoudsloze rechtsbescherming verleend. De rechtsbescherming wordt slechts verleend rekening houdend met de context. Relevante contextuele elementen zijn (geïnspireerd op de Conventie nr. 108) de wijze van verzameling, de wijze van opslag, de verdere bestemming van de informatie en dergelijke meer. De informatie van rechtspersonen wordt niet in een dergelijke algemene zin beschermd, behoudens wanneer de rechtspersoon met een natuurlijke persoon kan worden gelijkgesteld⁶⁷⁷. Informatie die onder het zakengeheim valt, wordt wel beschermd onder artikel 8 EVRM, ook voor rechtspersonen. Ook informatie die onderdeel vormt van communicatie tussen personen wordt beschermd onder het recht op correspondentie. Dit recht wordt vrij ruim geïnterpreteerd waardoor alle informatie die op enigerlei wijze een onderdeel vormt van een maatregel waarmee ook geraakt wordt aan communicatie, beschermd wordt (zie bijvoorbeeld inbeslagname van de back-up kopie van de server). Deze extensieve toepassing is vooral van belang voor rechtspersonen die de rechtsbescherming onder artikel 8 EVRM van hun informatie hierdoor sterk uitgebreid kunnen zien.

⁶⁷⁶ In dat kader zal het EHRM de afwezigheid van een inzagerecht in registers die worden bijgehouden door de veiligheidsdiensten van een lidstaat vaak in overeenstemming achten met artikel 8 EVRM in de mate dat er een voorzienbare wettelijke grondslag is. De veiligheid van de lidstaat wordt vaak als een doel beschouwd dat proportioneel is met de weigering tot inzage in de veiligheidsregisters (zie bv. EHRM 6 juni 2006, SEGERSTEDT-WIBERG/Zweden (§99-104))

⁶⁷⁷ HvJ 9 november 2010, C-92/09 en C-93/09, VOLKER & MARCUS SCHECKE, overweging 53-54

208. Het ruime toepassingsgebied van artikel 8 EVRM zorgt ervoor dat de meeste vormen van inzameling van informatie ten aanzien van natuurlijke personen moeten voldoen aan de vereisten van artikel 8 EVRM. Dit houdt in dat er een wettelijke basis moet zijn, wat rekening houdend met artikel 22 van de GW inhoudt dat er een formele wet moet zijn die de inmenging toelaat. Dit vormt de garantie dat er een democratisch debat aan de grondslag heeft gelegen van de beslissing een inmenging in het privéleven door de overheid toe te laten. Deze formele wet moet bovendien voldoende voorzienbaar zijn, wat in wezen inhoudt dat deze wet moet kunnen fungeren als een waarborg tegen misbruik. De betrokkene moet dus voldoende weten waar hij aan toe is. Voor wat betreft de formele wetten die aan de overheid de discretionaire bevoegdheid verlenen om zich te mengen in het privéleven (in casu en onder meer bepaalde informatie in te zamelen), moet deze bevoegdheid voldoende afgebakend zijn, zowel op het vlak van het toepassingsgebied als de uitvoeringswijze. Gebreken in de voorzienbaarheid kunnen eventueel worden gecompenseerd door de zogenaamde procedurele waarborgen tegen misbruik. De gerechtelijke controle wordt hierbij door het EHRM nog steeds als de belangrijkste waarborg geschouwd die het meeste garanties biedt.

209. Opdat een inzameling van informatie door de fiscale administratie die kwalificeert als een inmenging in het privéleven toegestaan zou zijn, volstaat het niet dat er een wettelijke basis is. De inmenging moet ook en vooral noodzakelijk zijn om een legitiem doel te bereiken. Het heffen van de belasting vormt een dergelijke legitiem doel. De noodzakelijkheidsvereiste is op zich zeer vaag, doch de rechtspraak van het EHRM en ook het Hof van Justitie geven een aantal duidelijke criteria waaraan moet zijn voldaan. De inmenging in het privéleven moet vooreerst relevant zijn en pertinent om het beoogde doel te bereiken. Daarnaast moet de inmenging ook proportioneel zijn aan het beoogde doel, wat onder meer inhoudt dat de inmenging strikt noodzakelijk moet zijn om het beoogde doel te bereiken. Een belangrijke uitspraak in dat kader is het arrest DIGITAL RIGHTS IRELAND⁶⁷⁸ waarin het Hof van Justitie diende te oordelen over de dataretentierichtlijn, en waarin werd geoordeeld dat het bewaren van de gegevens verder gaat dan wat strikt noodzakelijk is omdat de maatregel *alle* communicatiegegevens betrof van alle personen zonder onderscheid en er dus geen beperking werd ingelast in functie van het doel van de maatregel, met name de zware criminaliteit bestrijden. Bij de proportionaliteitsbeoordeling moet in ieder geval een afweging worden gemaakt tussen de belangen van de overheid en de privacybelangen van de betrokkene. De criteria die bij het wegen van deze belangen in overweging worden genomen zijn vaag (ernst van de overtreding, status van de betrokkene, ...). Meer houvast kan worden gevonden in een aantal werkmethodes die door het EHRM worden gehanteerd bij de beoordeling van de noodzakelijkheidsvereiste, waaronder het subsidiariteitsonderzoek, dat inhoudt dat er wordt nagegaan of het beoogde doel niet met minder privacyinvasieve methodes kon worden bereikt. Ook de basisprincipes van het persoonsgegevensbeschermingsrecht dienen bij de noodzakelijkheidscontrole in overweging te worden genomen.

⁶⁷⁸ HvJ 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, DIGITAL RIGHTS IRELAND, overweging 56-57 en volgende

Onderafdeling 2 Het recht op bescherming van de persoonsgegevens

§ 1 Inleiding

210. Terwijl bij de studie van de draagwijdte van het recht op privéleven het stramien wordt gehanteerd dat door het EHRM wordt gevolgd in zijn rechtspraak over artikel 8 EVRM, wordt bij de studie van de draagwijdte van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens uitgegaan van een eigen indeling, opgesteld in functie van de vragen die men zich moet stellen bij een onderzoek naar de rechtmatigheid van de verwerking van persoonsgegevens. Met name dient in een eerste stap te worden nagaan of – in casu - de inzameling van informatie door de fiscale administratie onder het toepassingsgebied van de Richtlijn 95/46 dan wel de Verordening 2016/679 valt (hierna §2 - toepassingsgebied). In concreto betekent dit dat moet worden nagegaan of de fiscale overheid bij elke vorm van inzameling van informatie die het voorwerp van onderzoek uitmaakt (in het hoofdstuk 3 hierna) wel persoonsgegevens verwerkt in de zin van de Richtlijn 95/46 dan wel de Verordening 2016/679. Indien dit het geval is, zal in een tweede stap moeten worden nagegaan of de verwerking wel toegelaten is (hierna § 3). In de mate dat de verwerking toegelaten is, zal in een laatste stap moeten worden onderzocht of de verwerking van de persoonsgegevens wel verloopt op de kwaliteitsvolle wijze die de Richtlijn 95/46 en de Verordening 2016/679 vereisen (§4). Indien de verwerking op een kwaliteitsvolle wijze verloopt, dan is ze rechtmatig in de zin van het persoonsgegevensbeschermingsrecht. Eén van de kwaliteitsvereisten is de vereiste van transparantie. Het feit dat persoonsgegevens op een transparante wijze moeten worden verwerkt wordt in de Richtlijn 95/46 en de Verordening 2016/679 geconcretiseerd, voornamelijk door aan de betrokkene specifieke rechten te verlenen. Het gaat hier over het recht op informatie, het recht op inzage van de persoonsgegevens, het recht op verbetering en wissen van de persoonsgegevens alsook het recht op verzet en het recht op beperking van de verwerking. De mate waarin deze rechten aan de betrokkenen worden verleend of worden uitgesloten, bepaalt dus mee de inhoudelijke⁶⁷⁹ draagwijdte van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens en moet dus tevens worden onderzocht (§5). Het transparantiebeginsel wordt ten slotte ook geconcretiseerd door het openbaar maken van bepaalde verplicht aan te melden verwerkingen van persoonsgegevens bij de toezichthoudende overheid. Alleen de Richtlijn 95/46 schrijft deze verplichting voor; in de Verordening 2016/679 is deze verplichting weggefallen. Vermits deze verplichting eveneens de concretisering vormt van het transparantiebeginsel tot op het ogenblik dat de Verordening 2016/679 van toepassing wordt (25 mei 2018) wordt de draagwijdte van deze verplichting eveneens onderzocht (§6).

211. In tegenstelling tot het recht op privéleven, dat op basis van de rechtspraak van het EHRM slechts een vage invulling krijgt, is het recht op de bescherming van de persoonsgegevens veel concreter. Nochtans wordt bij de invulling van dit recht door hetzij de gezaghebbende adviesverlenende organen (zie hierover onderafdeling 3 van afdeling 1

⁶⁷⁹ Het recht op de bescherming van de persoonsgegevens wordt naast een aantal inhoudelijke principes, ook beheerst door een aantal procedurele voorschriften die er op gericht zijn om al dan niet preventief rechtsbescherming te verlenen aan het recht op de bescherming van de persoonsgegevens; deze eerder procedurele voorschriften komen aan bod in de afdeling over de rechtsbescherming (afdeling 3 van dit hoofdstuk). De inhoudelijke principes komen aan bod in deze onderafdeling en vormen het toetsingskader waaraan elke vorm van inwinning van informatie door de fiscale administratie wordt getoetst (hoofdstuk 3)

van dit hoofdstuk), hetzij de rechtsleer, vaak teruggegrepen naar verwerkingen van persoonsgegevens buiten enige overheidscontext. Bijgevolg zullen we bij de interpretatie van de basisbeginselen van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens in overheidscontext toch nog vaak op onduidelijkheden stoten. In ieder geval bestaan er ten aanzien van de verwerking van de persoonsgegevens door de overheid heel wat uitzonderingen op de regel⁶⁸⁰.

212. In wat hierna volgt wordt de draagwijdte van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens niet enkel op algemene wijze geschetst. Er worden meteen een aantal *algemene* conclusies getrokken over de draagwijdte van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens voor de verwerking van persoonsgegevens door de fiscale administratie. Dit betekent niet dat meteen wordt nagegaan wat de draagwijdte van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens inhoudt bij *elke vorm* van inzameling van informatie door de fiscale administratie, vermits dit de hoofdvraag vormt in hoofdstuk 3. De verwerking van persoonsgegevens door de FOD Financiën maakt het voorwerp uit van de wet van 3 augustus 2012 houdende bepalingen betreffende de verwerking van persoonsgegevens door de FOD Financiën in het kader van zijn opdrachten (hierna verder: “de wet van 3 augustus 2012”). Teneinde tot een aantal algemene conclusies te komen over de draagwijdte van het persoonsgegevensbeschermingsrecht voor de verwerking van persoonsgegevens door de fiscale administratie, worden ook een aantal onderdelen van deze wet geanalyseerd. Daarbij moet, omwille van de duidelijke samenhang van het recht op bescherming van de persoonsgegevens met het recht op privéleven, soms eerst de vraag worden beantwoord in welke mate de verwerking van persoonsgegevens door de fiscale administratie als een inmenging in het privéleven kan worden beschouwd.

§ 2 Toepassingsgebied

I. Materieel toepassingsgebied

A. Algemeen

213. De Richtlijn 95/46 is van toepassing op elke geheel of gedeeltelijk geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, alsook op elke niet-geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens als die in een bestand zijn opgenomen of bestemd zijn om erin te worden opgenomen (artikel 3.1 van de Richtlijn 95/46 en artikel 3 § 1 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). De Verordening 2016/679 gaat uit van een in wezen identiek toepassingsgebied. Artikel 2.1 van de Verordening bepaalt: “*Deze verordening is van toepassing op de geheel of gedeeltelijk geautomatiseerde verwerking, alsmede op de verwerking van persoonsgegevens die in een bestand zijn opgenomen of die bestemd zijn om daarin te worden opgenomen.*”

⁶⁸⁰ Zie onder meer hierover: D. DE BOT, *Privacybescherming bij e-government in België*, Brugge, Vandenbroele, 2005, 47

B. Begrip persoonsgegevens

214. Vooral het begrip “persoonsgegevens” is in deze omschrijving van het materieel toepassingsgebied, het begrip dat tot de meeste vragen heeft aanleiding gegeven, al lijken deze vragen voor het onderwerp van dit onderzoek van beperkt belang, zoals hierna zal blijken.

Een persoonsgegeven is iedere informatie betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon, waarbij een persoon als “identificeerbaar” wordt beschouwd als hij “direct of indirect kan worden geïdentificeerd, met name aan de hand van een identificatienummer of van één of meer specifieke elementen die kenmerkend zijn voor zijn of haar fysieke, fysiologische, psychische, economische, culturele of sociale identiteit” (artikel 2 a van de Richtlijn 95/46 en artikel 1 § 1 Wet Verwerking Persoonsgegevens). De Verordening 2016/679 hanteert een licht aangepaste definitie die alleen een verduidelijking vormt. Artikel 4.1 van de Verordening 2016/679 definieert een persoonsgegeven immers als *“alle informatie over een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon („de betrokkene”); als identificeerbaar wordt beschouwd een natuurlijke persoon die direct of indirect kan worden geïdentificeerd, met name aan de hand van een identicator zoals een naam, een identificatienummer, locatiegegevens, een online identicator of van een of meer elementen die kenmerkend zijn voor de fysieke, fysiologische, genetische, psychische, economische, culturele of sociale identiteit van die natuurlijke persoon”*. Het gaat dus in wezen over elke informatie die kan worden gekoppeld aan een natuurlijke persoon⁶⁸¹.

215. *Elke informatie* kan een persoonsgegeven vormen, in de mate dat de informatie kan worden gekoppeld aan een natuurlijke persoon.

De vorm die deze informatie aanneemt is van geen belang. Zowel beeld⁶⁸² – of geluidsmateriaal⁶⁸³, als geschreven materiaal kan een persoonsgegeven zijn. De informatie die de fiscale administratie inwint zal doorgaans een schriftelijke vorm aannemen. Evenwel is het niet ondenkbaar dat de fiscale administratie, bijvoorbeeld ter gelegenheid van een fiscale visitatie beeld – of desnoods geluidsopnames maakt van hetgeen de visu kon worden vastgesteld. Ook dit beeld – of geluidsmateriaal kan dus een persoonsgegeven vormen, voor zover de erin opgenomen informatie kan worden gekoppeld aan een natuurlijke persoon.

Inhoudelijk zal zowel correcte en bewezen informatie een persoonsgegeven kunnen zijn, als niet-correcte of niet-bewezen informatie⁶⁸⁴. De gevoeligheidsgraad van de informatie speelt geen rol, zodat zowel informatie over het private leven van de betrokken natuurlijke persoon, als informatie over eender welk ander aspect van het leven van de betrokkene, een

⁶⁸¹ Voor deze parafrasering: E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et controle*, Brussel, Larcier, 2014, 12

⁶⁸² Zie recent nog: HvJ 11 december 2014, C-212/13, RYNES ivm “een door een camera vastgelegde afbeelding van een persoon” (kwalificeert als een persoonsgegevens aangezien de betrokken persoon hierdoor kan worden geïdentificeerd).

⁶⁸³ Zie overweging 14 van de Richtlijn 95/46 en memorie van toelichting bij het Wetsontwerp van 20 mei 1998 tot omzetting van de Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van deze persoonsgegevens, 1997-1998, 1566/1, 12

⁶⁸⁴ Opinion 4/2007 of the Article 29 Working Party on the concept of personal data, 6

persoonsgegevens kan zijn⁶⁸⁵. Informatie over het inkomen van een natuurlijke persoon is zonder enige twijfel een persoonsgegeven⁶⁸⁶. Het is hierbij dus van geen belang dat het bedrag van het inkomen al bewezen of correct is.

Ook informatie die openbaar is, kan een persoonsgegeven zijn⁶⁸⁷. Informatie die bijvoorbeeld is opgenomen in een krantenartikel, kan dus evenzeer een persoonsgegeven vormen, in de mate dat die informatie kan worden gekoppeld aan een natuurlijke persoon.

De informatie kan zowel objectief (bijvoorbeeld naam of adres) zijn, als subjectief (bijvoorbeeld X is een slechte betaler)⁶⁸⁸. Een opinie, maar ook een beslissing over een natuurlijke persoon, kunnen dus een persoonsgegeven zijn. Een juridische argumentatie evenwel, waarin het recht wordt toegepast op de voorliggende feitelijke situatie, vormt geen persoonsgegeven. Het Hof van Justitie oordeelde dit in een arrest van 17 juli 2014⁶⁸⁹ inzake de juridische argumentatie die aan de grondslag lag van een administratieve beslissing in een vreemdelingenzaak. Deze juridische argumentatie was opgenomen in een zogenaamde “minuut” die de voorbereiding vormde van een administratieve beslissing. In deze minuut waren niet alleen gegevens over de aanvrager van de verblijfstitel opgenomen, zoals naam, geboortedatum, nationaliteit, geslacht, etniciteit, religie en taal (waarover de in het geding zijnde partijen het overigens eens waren dat dit persoonsgegevens zijn) maar ook de juridische analyse waarin het recht wordt toegepast op de voorliggende feitelijke situatie. Het Hof van Justitie stelde dat de juridische analyse in de minuut persoonsgegevens kan bevatten, maar op zich geen persoonsgegeven vormt in de zin van artikel 2, sub a, van Richtlijn 95/46⁶⁹⁰. Het Hof van Justitie verantwoordt dit standpunt door te stellen dat “een dergelijke juridische analyse geen informatie over de aanvrager van de verblijfstitel vormt”⁶⁹¹, en redeneert vanuit de finaliteit van de Richtlijn 95/46. De Richtlijn 95/46 beoogt immers de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, wat onder meer het recht omvat om inzage te krijgen tot de persoonsgegevens opdat de betrokkene bijvoorbeeld de verbetering ervan zou kunnen vragen. De juridische analyse kan geen voorwerp uitmaken van een verbetering⁶⁹². Nu beslissingen of opinies over een natuurlijke persoon nog relevante informatie kunnen zijn met het oog op het heffen van de inkomstenbelastingen, is dit wellicht niet het geval voor een juridische argumentatie (die desgevallend een beslissing

⁶⁸⁵ Opinion 4/2007 of the Article 29 Working Party on the concept of personal data, 6-7, zie ook D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 35-36

⁶⁸⁶ HvJ 20 mei 2003 C-465/00, C-138/01 en C-139/01, OSTERREICHISCHER RUNDFUNK; HvJ 16 december 2008 C73/07, SATAMEDIA, overweging 35 (in casu ging het over de voor- en achternaam van bepaalde natuurlijke personen met een inkomen boven een bepaald bedrag, alsmede onder meer op 100 EUR nauwkeurig de hoogte van hun inkomen uit arbeid en kapitaal); HvJ 1 oktober 2015, C-201/14, BARA, overweging 29 (in casu ging het over de bij de fiscale administratie aangegeven inkomsten die werden doorgegeven aan een instelling van sociale zekerheid. Deze gegevens zijn zonder twijfel persoonsgegevens)

⁶⁸⁷ Zie bijvoorbeeld HvJ 16 december 2008 C73/07, SATAMEDIA, overweging 48 en 49 inzake het publiceren door een particulier van bij de belastingdiensten openbare informatie inzake het inkomen van personen en HvJ 13 mei 2014, C-131/12 GOOGLE SPAIN, overweging 30 inzake het verwerken door internetzoekmachine Google van informatie die reeds in de media is gepubliceerd. Zie ook de memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 20 mei 1998 tot omzetting van de Richtlijn 95/46 van 24 oktober 1995 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van deze persoonsgegevens, 1997-1998, 1566/1, 17

⁶⁸⁸ Opinion 4/2007 of the Artikel 29 Data Protection Working Party on the concept of personal data, 6; D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 35

⁶⁸⁹ HvJ 17 juli 2014, C-141/12 en C-372/12, Y.S., overweging 38

⁶⁹⁰ HvJ 17 juli 2014, C-141/12 en C-372/12, Y.S., overweging 39

⁶⁹¹ HvJ 17 juli 2014, C-141/12 en C-372/12, Y.S., overweging 40

⁶⁹² HvJ 17 juli 2014, C-141/12 en C-372/12, Y.S., overweging 42-46

onderbouwt). De uitspraak van het Hof van Justitie is in die context wellicht van minder belang voor dit onderzoek. Het relaas van een verhoor van een natuurlijke persoon is dan weer wel een persoonsgegeven⁶⁹³. In fiscale context betekent dit dat bijvoorbeeld het antwoord op een vraag om inlichtingen door een natuurlijke persoon, volledig als een persoonsgegeven moet worden beschouwd van (minstens) de persoon die het antwoord gaf.

216. De informatie moet wel een natuurlijke persoon “betreffen”. De informatie moet dus “over” een natuurlijke persoon gaan. De Working Party 29 interpreteert dit begrip zeer breed door de theorie van de zogenaamde “doelsgegevens” en “resultaatsgegevens” aan te nemen⁶⁹⁴. Hierdoor zou informatie over een object een persoonsgegeven kunnen zijn wanneer die informatie kan gebruikt worden om een natuurlijke persoon te evalueren, te taxeren, te beïnvloeden, ... Zo bijvoorbeeld zou de waarde van een woning een persoonsgegeven worden wanneer dit gegeven kan worden gebruikt met als *doel* de juiste belasting in hoofde van de eigenaar van de woning, natuurlijke persoon, te heffen. Anderzijds zou informatie over een object ook een persoonsgegeven worden wanneer het als *resultaat* heeft dat een natuurlijke persoon kan worden geëvalueerd, beïnvloed, ... Zo zou bijvoorbeeld de positie van een taxi (via satellietverbinding bepaald) met de bedoeling de dichtstbij zijnde taxi voor de cliënt te lokaliseren, volgens de Working Party 29 een persoonsgegeven vormen, omdat de lokalisatie-informatie van de taxi’s als *resultaat* heeft dat ook gegevens beschikbaar worden over de taxichauffeur zelf die toelaten deze taxichauffeur te evalueren inzake bijvoorbeeld het respecteren van snelheidsbeperkingen, het kiezen van de meest geschikte weg, en dergelijke meer. Deze brede interpretatie van het begrip persoonsgegeven wordt in de rechtsleer bekritiseerd⁶⁹⁵ en het is vooralsnog onduidelijk of het Hof van Justitie deze interpretatie zal volgen. Zoals aangehaald in onderafdeling 1 over de draagwijdte van het recht op privéleven, heeft het Hof van Justitie wel al aanvaard dat gegevens over rechtspersonen *onrechtstreeks* over een natuurlijke persoon kunnen gaan, zodat de bescherming van het persoonsgegevensbeschermingsrecht kan worden ingeroepen. In de zaak SCHECKE heeft het Hof van Justitie met name uitdrukkelijk erkend dat rechtspersonen een beroep kunnen doen op *zowel* artikel 7 van het Handvest (inzake het recht op privéleven) als artikel 8 van het Handvest (inzake de bescherming van de persoonsgegevens) voor zover uit de officiële naam van de rechtspersoon de identiteit van een of meer natuurlijke personen blijkt⁶⁹⁶. Deze rechtspraak is in het kader van dit onderzoek wel van groot belang. Dit is niet alleen zo omwille van de grote groep rechtspersonen van wie de officiële naam naar een of meer natuurlijke

⁶⁹³ Zie naar analogie: de Nederlandse Raad van State oordeelde dat niet alleen de vermelding van de personalia van een ondervraagde natuurlijke persoon in een proces-verbaal persoonsgegevens zijn. Ook het relaas van het verhoor kan een persoonsgegeven vormen in de mate dat dit verhoor gegevens bevat die herleidbaar zijn tot de gehoorde (ABRvS 24 januari 2007 zoals aangehaald door H.R. KRANENBORG, en L.F.M. VERHEY, *Wet bescherming persoonsgegevens in Europees perspectief*, Deventer, Kluwer, 2011, 61-62)

⁶⁹⁴ Opinion 4/2007 of the Artikel 29 Working Party on the concept of personal data

⁶⁹⁵ Voor kritiek op de “oprekken” van het begrip persoonsgegeven: M. JANSEN, “Arrest HvJ EU inzake begrip persoonsgegevens en karakter inzagerecht”, *P&I* 2014, 203, voetnoot 13

⁶⁹⁶ HvJ 9 november 2010, C-92/09 en C-93/09, VOLKER en MARCUS SCHECKE en HARTMUT EIFERT (C-93/09), overweging 53; zie eerder al in Nederland: Rb. Zwolle 21 februari 2006, aangehaald door H.R. KRANENBORG en L.F.M. VERHEY, *Wet bescherming persoonsgegevens in Europees perspectief*, Deventer, Kluwer, 2011, 61 waarin de rechtbank oordeelt dat de informatie over eenmanszaken en maatschappen gegevens betreffende een persoon waren in de zin van artikel 1 onderdeel a van de Nederlandse Wbp (Wet Bescherming Persoonsgegevens). Nederland zette de Richtlijn 95/46 op het vlak van de definitie over de persoonsgegevens op eenzelfde manier om als België.

personen verwijst, die in het kader van dit onderzoek het recht op de bescherming van de persoonsgegevens kunnen inroepen. Meer algemeen is deze uitspraak van belang omdat informatie die in wezen niet over een natuurlijke persoon handelt maar over een “object”, ook als een persoonsgegeven kan worden beschouwd, dit niet zozeer omwille van doel of resultaat van de verwerking van dit gegeven, maar wel omwille van het feit dat de informatie over het object *onrechtstreeks* informatie verschafft over een natuurlijke persoon. Deze stelling van het Hof van Justitie hangt samen met het aspect *identificeerbaarheid* van het begrip persoonsgegeven, dat hierna verder wordt toegelicht. Gegevens van de Dienst Inverkeerstelling Voertuigen die in wezen informatie verschaffen over voertuigen, zullen daarom ook als persoonsgegevens worden beschouwd, omwille van de eenvoudige identificeerbaarheid van de (in voorkomend geval) natuurlijke persoon die in verband kan worden gebracht met het voertuig (aanvrager van de inschrijving)⁶⁹⁷.

217. De koppeling van de informatie aan een *natuurlijke persoon*, zij het zelfs onrechtstreeks, is steeds vereist. Gegevens over rechtspersonen, behoudens de hierboven vermelde uitzondering waarbij de koppeling kan worden gemaakt aan een natuurlijke persoon door de naam van de rechtspersoon, vallen in principe niet onder het toepassingsgebied van de Richtlijn 95/46 en van de Wet Verwerking Persoonsgegevens, noch van de Verordening 2016/679. De Richtlijn 95/46 maakte de uitbreiding van het persoonsgegevensbeschermingsrecht naar rechtspersonen weliswaar mogelijk⁶⁹⁸. De Verordening 2016/679 sluit dit uitdrukkelijk uit⁶⁹⁹. Een andere belangrijke uitzondering op de uitsluiting van de gegevens van rechtspersonen uit het persoonsgegevensbeschermingsrecht, is de informatie die blijkt uit communicatie van een rechtspersoon. In de mate dat de natuurlijke persoon die namens de rechtspersoon communiceert, identificeerbaar is, is deze informatie ook steeds een persoonsgegeven (bijvoorbeeld informatie in e-mailverkeer van een vennootschap die door een identificeerbare werknemer wordt verstuurd is dus een persoonsgegeven⁷⁰⁰).

De Article 29 Working Party beveelt dan ook aan om de regels betreffende gegevensbescherming ook toe te passen op gegevens van rechtspersonen in de mate dat deze gegevens worden verwerkt op een wijze die niet toelaat deze gegevens te onderscheiden van de gegevens die wel als persoonsgegevens kunnen worden beschouwd⁷⁰¹. De gegevens van een rechtspersoon zullen bijvoorbeeld vaak worden verwerkt samen met de gegevens van de vertegenwoordigingsbevoegde natuurlijke persoon, in welk geval er een vermenging is van persoonsgegevens en gegevens van een rechtspersoon⁷⁰². Ook het Hof van Justitie lijkt deze redenering van de article 29 Working Party over “gemengde”

⁶⁹⁷ Beraadslaging FO nr. 27/2016 van 25 augustus 2016 van het sectoraal comité voor de federale overheid

⁶⁹⁸ Sommige lidstaten, zoals Italië, Oostenrijk en Luxemburg hebben de Richtlijn 95/46 op een wijze omgezet dat ook rechtspersonen beroep kunnen doen op de wetgeving inzake de bescherming van de persoonsgegevens (zie Opinion 4/2007 of the Article 29 Working Party on the concept of personal data, 24; voor een bespreking: B. VAN DER SLOOT, “Do privacy and data protection rules apply to legal persons and should they? A proposal for a two-tiered system”, *Computer Law & Security Review* 2015, nr. 31, 38).

⁶⁹⁹ zie overweging 14 van de Verordening 2016/679: “Deze verordening heeft geen betrekking op de verwerking van gegevens over rechtspersonen en met name als rechtspersonen gevestigde ondernemingen, zoals de naam en de rechtsvorm van de rechtspersoon en de contactgegevens van de rechtspersoon”

⁷⁰⁰ Opinion 4/2007 of the Article 29 Working Party on the concept of personal data, 23; zie in de rechtsleer: R. SAELENS, noot bij HvJ 17 december 2015 C-419/14 WEBMINDLICENCES KfT, *Computerrecht* 2016, afl. 3, 85

⁷⁰¹ Opinion 4/2007 van de Article 29 Working Party

⁷⁰² D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 25

verwerkingen⁷⁰³ te volgen in het arrest van 13 mei 2014 in de zaak GOOGLE SPAIN, waarbij het Hof van Justitie – voor wat betreft de internetzoekmachine “google” - stelt dat (onder meer) het geautomatiseerd, onophoudelijk en systematisch op het internet zoeken naar daar gepubliceerde informatie als „verwerking” in de zin van de Richtlijn 95/46 moet worden beschouwd, “zonder dat het daarbij van belang is dat de exploitant van de zoekmachine dezelfde verrichtingen tevens op andere soorten informatie toepast en daarbij geen onderscheid maakt tussen deze informatie en de persoonsgegevens”⁷⁰⁴. Hiermee rekening houdend, zal de FOD Financiën, ook al kan de verwerking van informatie in het kader van de vestiging van de vennootschaps – en rechtspersonenbelasting (of belasting van de niet-inwoners gevestigd ten aanzien van rechtspersonen) worden afgescheiden van de verwerking van informatie in het kader van de vestiging van de personenbelasting (of de belasting van de niet-inwoners/natuurlijke personen), de regels betreffende de bescherming van de persoonsgegevens bij *elke* verwerking van informatie in het kader van de inkomstenbelastingen dienen te volgen, vermits ook in het kader van de vestiging van de inkomstenbelastingen ten aanzien van rechtspersonen, doorgaans persoonsgegevens worden verwerkt (zoals de gegevens van de natuurlijke persoon die de rechtspersoon vertegenwoordigt, gegevens van personeelsleden, ...).

218. Doorgaans wordt aangenomen dat enkel de persoonsgegevens die gekoppeld kunnen worden aan natuurlijke personen *die nog in leven zijn*, worden beschermd door het persoonsgegevensbeschermingsrecht⁷⁰⁵. De Richtlijn 95/46 en de Wet Verwerking Persoonsgegevens bepalen dit niet uitdrukkelijk. In overweging 27 van de Verordening 2016/679 wordt nu wel uitdrukkelijk gesteld dat de Verordening niet van toepassing is op de persoonsgegevens van overleden personen, maar de Verordening 2016/679 laat de lidstaten wel de vrijheid om hieromtrent regels vast te stellen. Informatie van overleden natuurlijke personen zal evenwel heel vaak meteen een persoonsgegeven vormen in hoofde van andere nog in leven zijnde natuurlijke personen, zoals de afstammelingen of de erfgenamen⁷⁰⁶. Ook in fiscale zaken is deze vaststelling van belang. Informatie die wordt verwerkt met het oog op het vaststellen van de inkomstenbelastingen van een inmiddels overleden natuurlijke persoon, geniet de bescherming van het persoonsgegevensbeschermingsrecht, omdat deze belasting verschuldigd zal zijn door de erfgenamen van deze persoon die, zo niet al geïdentificeerd, minstens eenvoudig identificeerbaar zullen zijn voor de fiscale administratie.

219. Informatie zal ten slotte slechts een persoonsgegeven zijn wanneer de natuurlijke persoon over wie die informatie gaat, *geïdentificeerd is of identificeerbaar is*.

De vraag of iemand kan worden geïdentificeerd, moet worden beoordeeld rekening houdend met “*alle middelen waarvan mag worden aangenomen dat zij redelijkerwijs in te zetten zijn door degene die verantwoordelijk is voor de verwerking van de persoonsgegevens of door enig andere persoon, om de betrokkene te identificeren*”⁷⁰⁷. De Working Party 29

⁷⁰³ Hiermee wordt bedoeld verwerkingen waarin zowel persoonsgegevens vervat zitten als andere gegevens

⁷⁰⁴ HvJ 13 mei 2014, C-131/12, GOOGLE SPAIN, randnummer 28

⁷⁰⁵ Opinion 4/2007 of the Article 29 Working Party on the concept of personal data, 22

⁷⁰⁶ Zie D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 26

⁷⁰⁷ Zie overweging 26 van de Richtlijn 95/46; memorie van toelichting bij het Wetsontwerp van 20 mei 1998 tot omzetting van de Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van deze persoonsgegevens, 1997-1998, 1566/1, 12

neemt aan dat wat betreft de “redelijkerwijs in te zetten middelen”, rekening moet worden gehouden met de “omstandigheden van de zaak” en met de “technische mogelijkheden tot identificatie die kunnen evolueren in de tijd”⁷⁰⁸. In overweging 26 van de Verordening 2016/679 wordt gesteld dat, om te bepalen of er redelijkerwijs in te zetten middelen zijn die tot identificatie kunnen leiden, “rekening moet worden gehouden met alle objectieve factoren, zoals de kosten van en de tijd benodigd voor identificatie, met inachtneming van de beschikbare technologie op het tijdstip van verwerking en de technologische ontwikkelingen”. De moeilijke discussie over wat de “redelijkerwijs in te zetten middelen zijn”, lijkt in het kader van dit onderzoek weinig relevant. De informatie die de fiscale administratie verwerkt met het oog op belastingheffing zal immers doorgaans een geïdentificeerd persoon betreffen. Een natuurlijke persoon zal bijvoorbeeld eenvoudigweg geïdentificeerd zijn wanneer de informatie deel uitmaakt van zijn persoonlijk dossier. De informatie handelt dan (minstens ook) over de natuurlijke persoon van wie dit dossier is⁷⁰⁹. Indien de natuurlijke persoon over wie de informatie gaat nog niet geïdentificeerd is, dan zal deze informatie doorgaans eenvoudig identificeerbaar zijn, al was het maar doordat de fiscale administratie hiertoe haar wettelijke onderzoeksbevoegdheden kan aanwenden en bijvoorbeeld een vraag om inlichtingen kan stellen aan degene van wie de informatie werd bekomen, om de natuurlijke personen over wie de informatie handelt, te identificeren⁷¹⁰.

Ook gecodeerde gegevens⁷¹¹, die doorgaans worden gebruikt in het kader van het dataminieren van gegevens, ook door de fiscale administratie⁷¹², of gepseudonimiseerde gegevens⁷¹³ zijn persoonsgegevens⁷¹⁴. In dat kader kan worden opgemerkt dat de mogelijkheid om een natuurlijke persoon te identificeren moet worden beoordeeld zowel vanuit de positie van de verwerkingsverantwoordelijke als vanuit de positie van “enige andere persoon”⁷¹⁵. Van zodra er een derde bestaat die bijvoorbeeld over de sleutel van de code beschikt, zijn gecodeerde gegevens persoonsgegevens⁷¹⁶. Alleen bij anonimisering

⁷⁰⁸ Opinion 4/2007 of the Article 29 Working Party on the concept of personal data, 15-17

⁷⁰⁹ Opinion 4/2007 of the Article 29 Working Party on the concept of personal data, 9

⁷¹⁰ Zie HvJ 19 oktober 2016, C-582/14, BREYER, waarin wordt gesteld dat “een dynamisch internetprotocoladres dat door een aanbieder van onlinemediadiensten wordt geregistreerd telkens als een persoon een website bezoekt die door deze aanbieder toegankelijk wordt gemaakt voor het publiek, ten aanzien van die aanbieder een persoonsgegeven in de zin van voormelde bepaling vormt, wanneer hij beschikt over wettige middelen waarmee hij de betrokken persoon kan identificeren aan de hand van extra informatie die bij de internetprovider van deze persoon berust.”

⁷¹¹ Het begrip gecodeerde gegevens wordt niet in de Richtlijn 95/46 of de Verordening 2016/679 gebruikt, maar wel in het Uitvoeringsbesluit van 13 februari 2001. In artikel 1, 3° wordt het begrip gedefinieerd als: “persoonsgegevens die slechts door middel van een code in verband kunnen worden gebracht met een geïdentificeerd of identificeerbaar persoon”

⁷¹² Zie hierover § 3, punt V hierna, omtrent het verbod van geautomatiseerde besluitvorming.

⁷¹³ Artikel 4, 5° van de Verordening 2016/679 definieert het begrip pseudonimisering als: “het verwerken van persoonsgegevens op zodanige wijze dat de persoonsgegevens niet meer aan een specifieke betrokkene kunnen worden gekoppeld zonder dat er aanvullende gegevens worden gebruikt, mits deze aanvullende gegevens apart worden bewaard en technische en organisatorische maatregelen worden genomen om ervoor te zorgen dat de persoonsgegevens niet aan een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon worden gekoppeld”

⁷¹⁴ Overweging 26 bij Verordening 2016/679 wat betreft gepseudonimiseerde gegevens

⁷¹⁵ Zie overweging 26 van de Richtlijn 95/46 en overweging 26 bij de Verordening 2016/679;

⁷¹⁶ Memorie van toelichting bij het Wetsontwerp van 20 mei 1998 tot omzetting van de Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van deze persoonsgegevens, 1997-1998, 1566/1, 12; Het feit dat een derde de natuurlijke persoon kan identificeren zorgt ervoor dat informatie in zeer veel gevallen “identificeerbaar” wordt en dus als een persoonsgegeven moet worden beschouwd (zie hierover: C. CUIJPERS en P. MARCELIS, “Oprekking van het begrip persoonsgegevens. Beperking van de privacybescherming”, *Computerrecht* 2012, afl. 6,339-351. Zij stellen zich de vraag of hiervoor bijvoorbeeld een vingerafdruk die als illustratie in een paper wordt afgedrukt, een

verliest een gegeven zijn karakter van persoonsgegevens, aangenomen dat er geen enkele weg terug is om de anonimisering ongedaan te maken⁷¹⁷, wat in de context van de huidige informatiemaatschappij en de steeds wijzigende technologie overigens vrij moeilijk lijkt te zijn⁷¹⁸. Rijksregisternummers⁷¹⁹ zijn om dezelfde reden *altijd* persoonsgegevens, vermits er steeds iemand zal bestaan die de natuurlijke persoon zal kunnen identificeren. Vermits een rijksregisternummer bovendien zo uniek⁷²⁰ is dat er slechts één natuurlijke persoon mee kan worden geïdentificeerd (een zogenaamde unieke identifier), zal deze informatie vanuit het oogpunt van de bescherming van het privéleven vaak bijzondere bescherming worden toegekend (zie hierover ook afdeling 1 over de draagwijdte van het recht op privéleven).

220. Besluitend kan dan ook worden gesteld dat de informatie die voor de fiscale administratie relevant is met het oog op het heffen van de inkomstenbelastingen in zeer grote mate persoonsgegevens zullen zijn⁷²¹. Identificeerbaarheid van de natuurlijke persoon zal doorgaans geen probleem vormen, gelet op de onderzoeksbevoegdheden die de fiscale administratie kan aanwenden. Vooral van belang is de vaststelling dat de vermenging van persoonsgegevens met andere gegevens ervoor zorgt dat de fiscale administratie gehouden zal zijn de principes van het persoonsgegevensbeschermingsrecht op alle verwerkingen toe te passen.

C. Begrip verwerking

1. Aard van de verwerking

221. Ook het begrip verwerking geeft aanleiding tot een aantal toepassingsvragen, die in het kader van dit onderzoek van weinig belang lijken.

222. Onder “verwerking” wordt verstaan “*elke bewerking of elk geheel van bewerkingen met betrekking tot persoonsgegevens, al dan niet uitgevoerd met behulp van geautomatiseerde procédés, zoals het verzamelen, vastleggen⁷²², ordenen, bewaren, bijwerken, wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiden of op enigerlei andere wijze ter beschikking stellen, samenbrengen, met elkaar in verband brengen, alsmede het afschermen, uitwissen of vernietigen van persoonsgegevens*” (artikel 2 b van de Richtlijn 95/46 en artikel 1 § 2 van de Wet Verwerking

persoonsgegevens vormt, louter door het feit dat een zeer beperkte groep mensen die toegang heeft tot de databases waarin vingerafdrukken aan personen worden gekoppeld, dit gegeven kan identificeren)

⁷¹⁷ Overweging 26 bij de Richtlijn 95/46 en overweging 26 bij de Verordening 2016/679

⁷¹⁸ C. CUIJPERS en P. MARCELIS, “Oprekking van het begrip persoonsgegevens. Beperking van de privacybescherming”, *Computerrecht* 2012, afl. 6, 339-351

⁷¹⁹ Hetzelfde geldt voor biometrische gegevens, zoals vingerafdrukken of DNA-gegevens

⁷²⁰ Doorgaans zal een identificatie slechts kunnen ontstaan door een combinatie van informatie, zoals bijvoorbeeld naam, adres en geboortedatum, alhoewel dit ook contextafhankelijk is en het mogelijk is dat een veel voorkomende naam in de context van een grote organisatie geen persoonsgegevens vormt (aangenomen dat er binnen deze grote organisatie ook geen mogelijkheid is om die naam verder duidelijk te koppelen aan een natuurlijke persoon, wat zelden het geval zal zijn), terwijl dezelfde veel voorkomende naam veel sneller een persoonsgegeven zal vormen in een kleine organisatie (D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 28)

⁷²¹ Zie ook wetsontwerp van 6 juli 2012 houdende bepalingen betreffende de verwerking van persoonsgegevens door de FOD Financiën in het kader van zijn opdrachten, inbegrepen het advies van de Raad van State, doc 53/2343/001 waarin de wetgever erkent dat de verwerkingen die de FOD Financiën doet in het kader van zijn opdracht, grotendeels verwerkingen betreft van persoonsgegevens in de zin van de Wet Verwerking Persoonsgegevens

⁷²² Zie recent nog een toepassing in HvJ 11 december 2014, C-212/13 RYNES: een videobewakingsstelsel is een vorm van automatische gegevensverwerking

Persoonsgegevens). De Verordening 2016/679 definieert het begrip zeer analoog (artikel 4, 2°), nl.: “een bewerking of een geheel van bewerkingen met betrekking tot persoonsgegevens of een geheel van persoonsgegevens, al dan niet uitgevoerd via geautomatiseerde procedés, zoals het **verzamelen**, vastleggen, ordenen, structureren, opslaan, bijwerken of wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiden of op andere wijze ter beschikking stellen, aligneren of combineren, afschermen, wissen of vernietigen van gegevens”.

223. Vermits de centrale onderzoeksvraag zich concentreert rond het *inzamelen* van informatie door de fiscale administratie, is er steeds sprake van een verwerking in de zin van het persoonsgegevensbeschermingsrecht. Ook de eenvoudige consultatie van een databank met persoonsgegevens vormt een verwerking van persoonsgegevens⁷²³, zelfs indien het gaat over een online publiek beschikbare databank⁷²⁴. Dit laatste werd door de rechtsleer bekritiseerd⁷²⁵, waarop DE BOT het werkbare onderscheid maakte tussen het raadplegen van persoonsgegevens zonder dat men (nadien) over de materiële zeggenschap of controle over deze persoonsgegevens beschikt, en het raadplegen waarbij men de persoonsgegevens vervolgens wel “ter beschikking” heeft, zoals dit het geval is bij het registreren van deze gegevens, het downloaden van deze gegevens en dergelijke meer⁷²⁶. In het kader van dit onderzoek zal het raadplegen door de fiscale administratie van een (online beschikbare) databank met het oog op het vestigen van de inkomstenbelastingen normaliter als een verwerking kunnen worden beschouwd in de zin van het persoonsgegevensbeschermingsrecht. De raadpleging van de (online beschikbare) databank zal immers steeds gepaard moeten gaan met enige vorm van registratie, indien de fiscale administratie zich van deze informatie wenst te bedienen voor het vestigen van de belasting.

224. Ook elke manipulatie van persoonsgegevens die volgt op de inzameling van de persoonsgegevens is overigens een verwerking in de zin van het persoonsgegevensbeschermingsrecht⁷²⁷. Daarom zal het opslaan van de ingezamelde persoonsgegevens, bijvoorbeeld in de zogenaamde datawarehouse⁷²⁸, alsook elke

⁷²³ Memorie van toelichting bij het Wetsontwerp van 20 mei 1998 tot omzetting van de Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van deze persoonsgegevens, 1997-1998, 1566/1, 13

⁷²⁴ H.R. KRANENBORG, en L.F.M. VERHEY, *Wet bescherming persoonsgegevens in Europees perspectief*, Deventer, Kluwer, 2011, 66

⁷²⁵ T. LEONARD, en Y. POULLET, “La protection des données à caractère personnel en pleine (r)évolution”, *JT* 1999, 378 met verwijzing naar M.-H. BOULANGER en C. DE TERWANGNE, “Internet et le respect de la vie privée” in *Internet face au droit*, Diegem-Namur, Story Scientia-C.R.I.D., 1997, 198-199

⁷²⁶ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks *Recht en praktijk*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 40-41; memorie van toelichting bij het Wetsontwerp van 20 mei 1998 tot omzetting van de Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van deze persoonsgegevens, 1997-1998, 1566/1, 13 waarin de minister terzake stelde dat een onderscheid diende te worden gemaakt tussen de basisprincipes van de wet (met name het principe van de finaliteit en van de kwaliteit van de gegevens) die bij elke verwerking van toepassing zijn, en andere verplichtingen uit hoofde van de wet, waaronder de informatieverplichting die in toepassing van artikel 9 § 2 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens (van toepassing wanneer de persoonsgegevens niet bij de betrokkene zijn verkregen) slechts van toepassing zijn wanneer de persoonsgegevens worden geregistreerd of doorgegeven aan een derde. Aldus zou het louter raadplegen van een persoonsgegeven op het internet geen aanleiding geven tot een informatieverplichting.

⁷²⁷ Tot en met het vernietigen zelf: zie D. DE BOT, *Privacybescherming bij e-government in België*, Brugge, Vandenbroele, 2005, 34

⁷²⁸ Zie hierover punt V van § 3 hierna over de geautomatiseerde besluitvorming.

“bewerking” in verband met een dergelijke databank, een verwerking vormen in de zin van het persoonsgegevensbeschermingsrecht⁷²⁹. Hetzelfde geldt voor het al dan niet geautomatiseerd doorgeven van de persoonsgegevens door de fiscale administratie aan andere overheidsdiensten⁷³⁰. Ook het doorgeven van persoonsgegevens door andere overheden of door derden aan de fiscale administratie vormt uiteraard een verwerking in de zin van het persoonsgegevensbeschermingsrecht, die moet voldoen aan alle vereisten van het persoonsgegevensbeschermingsrecht om rechtmatig te zijn. Ook het ter beschikking stellen van persoonsgegevens in het kader van bijvoorbeeld een verzoek tot openbaarmaking van een bestuursdocument is een verwerking van persoonsgegevens⁷³¹.

225. De Richtlijn 95/46 en de Wet Verwerking Persoonsgegevens enerzijds en de Verordening 2016/679 anderzijds zijn van toepassing op zowel de “geheel of gedeeltelijk geautomatiseerde verwerkingen” als op “de niet-geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens als die in een bestand zijn opgenomen of bestemd zijn om erin te worden opgenomen” (artikel 3 § 1 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens; artikel 3.1 van de Richtlijn 95/46 en artikel 2.1 van de Verordening 2016/679)⁷³². Alleen niet-geautomatiseerde verwerkingen van persoonsgegevens die niet in een bestand zijn opgenomen of niet bestemd zijn om in een bestand te worden opgenomen vallen dus buiten het toepassingsgebied van het persoonsgegevensbeschermingsrecht. In het kader van dit onderzoek gaan we ervan uit dat dit nooit het geval zal zijn. De inzameling van informatie zal doorgaans geautomatiseerd zijn. De informatie zal vaak al elektronisch beschikbaar zijn van bij de inzameling door bijvoorbeeld de elektronische aangifte, doordat de informatie per e-mail wordt verstrekt, of doordat de informatie wordt gehaald uit een elektronisch bestand. In de mate dat de informatie niet elektronisch wordt aangeleverd, zal zij ingescand worden⁷³³ zodat zij verder op een geautomatiseerde wijze kan worden verwerkt. In de mate dat er nog informatie zou bestaan die op niet-geautomatiseerde wijze wordt aangeleverd en ook niet wordt ingescand, moet er toch van uit worden gegaan dat de verwerking van deze informatie onder het persoonsgegevensbeschermingsrecht valt, omdat deze informatie steeds zal worden opgenomen in “een bestand”. Een bestand is “*elk gestructureerd geheel van persoonsgegevens die volgens bepaalde criteria toegankelijk zijn, ongeacht of dit geheel gecentraliseerd dan wel gedecentraliseerd is of verspreid op een functioneel of geografisch bepaalde wijze*” (artikel 1, 1°, § 3 Wet Verwerking Persoonsgegevens; artikel 2 c Richtlijn 95/46 en artikel 4, 6° Verordening 2016/679). Het moet daarbij gaan over criteria die gericht zijn op de personen en die daarom de persoonsgegevens zelf toegankelijk maken⁷³⁴. Voor dit

⁷²⁹ D. DE BOT, *Privacybescherming bij e-government in België*, Brugge, Vandenbroele, 2005, 34-35

⁷³⁰ HvJ 1 oktober 2015, C-201/14, BARA, overweging 29 (inzake het doorgeven door de fiscale administratie van gegevens over het inkomen van natuurlijke personen aan een instelling van sociale zekerheid)

⁷³¹ HvJ 29 juni 2010, C-28/08, BAVARIAN LAGER, overweging 69.

⁷³² In overweging 27 van de Richtlijn 95/46 wordt aangegeven dat de uitbreiding van het toepassingsgebied naar niet-geautomatiseerde verwerkingen erop gericht is het gevaar op ontduiking te vermijden en dus de bescherming van de persoonsgegevens niet afhankelijk te stellen van de aangewende methode bij de verwerking.

⁷³³ Zie voor wat betreft het inscannen van de papieren aangifte: www.belgium.be/nl/belastingen/inkomstenbelastingen/particulieren_en_zelfstandigen/aangifte/op_papier (geconsulteerd op 14 oktober 2015): “*Als u ervoor kiest om uw aangifte op papier te doen, (...) De bedragen die u op de echte aangifte overschrijft moeten leesbaar zijn want ze worden gescand met een optische lezer. Om geldig te zijn, moet de originele aangifte ondertekend zijn en overgemaakt worden aan het scanningcentrum, waarvan het adres op het aangifteformulier is voorgedrukt*”.

⁷³⁴ Zie overweging 15 en 27 van Richtlijn 95/46. Een (niet-geautomatiseerd) geheel van persoonsgegevens die gestructureerd is op grond van chronologie, valt dus niet onder het toepassingsgebied van het

onderzoek wordt van de veronderstelling uitgegaan dat alle door de fiscale administratie (niet-geautomatiseerd) ingezamelde persoonsgegevens steeds in een bestand zullen worden opgenomen dat toegankelijk is volgens criteria met betrekking tot de persoon.

226. *Informatie-inzameling* (van in casu de fiscale administratie) zal dus steeds als een verwerking in de zin van het persoonsgegevensbeschermingsrecht kunnen worden beschouwd.

2. Doeleinden van de verwerking

227. De verwerking van persoonsgegevens die door een natuurlijk persoon worden verricht in het kader van activiteiten met uitsluitend *persoonlijke of huishoudelijke doeleinden*, valt buiten het toepassingsgebied van het persoonsgegevensbeschermingsrecht (artikel 3 lid 2 van de Richtlijn 95/46; artikel 3 § 2 van de Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens en artikel 2.2.c van de Verordening 2016/679). Ook in de professionele sfeer kan er sprake zijn van het verwerken van persoonsgegevens voor persoonlijke doeleinden, bijvoorbeeld wanneer iemand tijdens de uitoefening van zijn beroep aantekeningen maakt, die uitsluitend bedoeld zijn als geheugensteun voor de eigen gedachtevorming⁷³⁵. De aantekeningen die een fiscaal ambtenaar in dat kader maakt, vallen daarom niet onder het persoonsgegevensbeschermingsrecht.

228. De verwerking van persoonsgegevens in het kader van overheidsactiviteiten valt principieel onder het toepassingsgebied van de Richtlijn 95/46 en de Verordening 2016/679⁷³⁶. Zoals aangegeven in onderafdeling 2 over de ontstaansgeschiedenis, valt alleen de verwerking van persoonsgegevens met het oog op de uitoefening van niet binnen de werkingssfeer van het Gemeenschapsrecht vallende activiteiten, buiten de werkingssfeer van de Richtlijn 95/46 (Artikel 3 lid 2 van de Richtlijn 95/46) en van de Verordening 2016/679 (Artikel 2.2.a, b en d van de Verordening 2016/679). Hiermee wordt geenszins bedoeld dat het moet gaan om activiteiten die verband houden met de interne markt⁷³⁷. Alleen de verwerking van de persoonsgegevens in het kader van de openbare veiligheid, defensie, de veiligheid van de Staat en de activiteiten van de Staat op strafrechtelijk gebied, valt buiten het toepassingsgebied van deze rechtsinstrumenten. De verwerking van persoonsgegevens door de fiscale administratie met het oog op het heffen van belastingen valt dus binnen de werkingssfeer van de beide rechtsinstrumenten.

gegevensbeschermingsrecht (J. DUMORTIER, "Wanneer is een dossier een bestand in de zin van de privacywet?", *Computerrecht* 1997, 163, noot onder Cass. 26 mei 1997)

⁷³⁵ H.R. KRANENBORG, en L.F.M. VERHEY, *Wet bescherming persoonsgegevens in Europees perspectief*, Deventer, Kluwer, 2011, 69

⁷³⁶ Zie bijvoorbeeld HvJ 20 mei 2003, C-465/00, C-138/01 en C-139/01, OSTERREICHISCHER RUNDFUNK (over de openbaarmaking door de overheid van inkomstgegevens); zie ook bijvoorbeeld HvJ 1 oktober 2015, C-201/14, BARA over de uitwisseling van informatie tussen een overheidsinstantie van sociale zekerheid en de fiscale overheden. Zie over de toepasselijkheid van het gegevensbeschermingsrecht op de overheidssector: P. BLUME, "The Public Sector end the Forthcoming EU Data Protection Regulation", *EDPL* 2015, 35 ev., alsook: B. DOCQUIR, B., *Le droit de la vie privée*, Brussel, Larcier, 2008, 119

⁷³⁷ Zie HvJ 20 mei 2003, C-465/00, C-138/01 en C-139/01, OSTERREICHISCHER RUNDFUNK, randnummer 42; zie commentaar in P. VAN NUFFEL in *T.B.P.* 2004, 92-93 alsook Y. POULLET, "the directive 95/46/EC: ten years after", *Computer Law and Security Review* 2006, 211

Hoewel de overheidsactiviteiten principieel binnen de werkingssfeer van de Richtlijn 95/46 en de Verordening 2016/679 vallen, werden in beide rechtsinstrumenten heel wat uitzonderingen mogelijk gemaakt⁷³⁸, die hierna verder worden besproken.

II. Personeel en territoriaal toepassingsgebied

229. Het persoonsgegevensbeschermingsrecht zoals bedoeld in de Richtlijn 95/46 en de Verordening 2016/679 dringt zich op aan eenieder, die persoonsgegevens verwerkt in de zin van deze Richtlijn 95/46 of de Verordening 2016/679. Zodra een verwerking van persoonsgegevens gebeurt in het kader van activiteiten die niet zijn uitgesloten (zie hierboven: nationale veiligheid, strafrecht, persoonlijk of huishoudelijk gebruik), moet het persoonsgegevensbeschermingsrecht worden gerespecteerd door degene die de persoonsgegevens verwerkt. Ook de Belgische fiscale overheid is dus gehouden de regels te respecteren bij elke verwerking van persoonsgegevens.

De Richtlijn 95/46 schrijft voor dat elke lidstaat – in de regel – zijn nationale persoonsgegevensbeschermingsrecht, dat in uitvoering van de Richtlijn 95/46 wordt vastgesteld, moet toepassen op de verwerking van persoonsgegevens die wordt verricht in het kader van *activiteiten van een vestiging van de verwerkingsverantwoordelijke op het grondgebied van de lidstaat zelf* (Artikel 4 van de Richtlijn 95/46). De Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens is daarom van toepassing op de Belgische fiscale administratie doordat de verwerking van persoonsgegevens door de Belgische fiscale administratie kadert in een “effectieve en daadwerkelijke activiteit” op het Belgisch grondgebied (of op een plaats waar de Belgische wet uit hoofde van het internationaal publiekrecht van toepassing is) (artikel 3bis van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). Vanaf 25 mei 2018 is de Verordening 2016/679 van toepassing op de Belgische fiscale administratie vermits de Verordening 2016/679 van toepassing is op de verwerking van persoonsgegevens in het kader van de activiteiten van een *vestiging* van een verwerkingsverantwoordelijke of een verwerker in de Unie, ongeacht of de verwerking in de Unie al dan niet plaatsvindt (Artikel 3.1 van de Verordening 2016/679)⁷³⁹.

230. Er dient wat betreft de verplichtingen die voortvloeien uit de Richtlijn 95/46 en de Wet Verwerking Persoonsgegevens, dan wel uit de Verordening 2016/679, wel een onderscheid te worden gemaakt tussen de “verwerker” enerzijds en de “verwerkingsverantwoordelijke” anderzijds.

De belangrijkste verplichtingen rusten op de *verwerkingsverantwoordelijke* die de plicht heeft om voor de naleving te zorgen van de basisprincipes van een kwaliteitsvolle gegevensverwerking (zie artikel 6.2 van de Richtlijn 95/46, artikel 4 § 2 van de Wet

⁷³⁸ Zie hierover: P. BLUME, “The Public Sector and the Forthcoming EU Data Protection Regulation”, *EDPL* 2015, 35 ev

⁷³⁹ De Verordening 2016/679 krijgt een zekere extraterritoriale werking doordat ze van toepassing is op de verwerking van persoonsgegevens *van betrokkenen die zich in de Unie bevinden*, door een niet in de Unie gevestigde verwerkingsverantwoordelijke of verwerker, wanneer de verwerking verband houdt met ofwel het aanbieden van goederen of diensten aan deze betrokkene in de Unie (ongeacht of een betaling door de betrokkene vereist is), ofwel met het monitoren van hun gedrag, voor zover dit gedrag in de Unie plaatsvindt (Artikel 3.2 van de Verordening 2016/679). De extraterritoriale werking is van geen belang voor dit onderzoek.

Verwerking Persoonsgegevens en ook artikel 5.2 van de Verordening 2016/679)⁷⁴⁰. Bovendien is het de verwerkingsverantwoordelijke tot wie de betrokkene zich moet richten voor de uitoefening van zijn transparantierechten, waaronder zijn recht op inzage (zie artikel 10, 11 en 12 van de Richtlijn 95/46, artikel 9, 10 en 12 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens en artikel 12 tot 20 van de Verordening 2016/679).

De verwerkingsverantwoordelijke is volgens de Richtlijn 95/46 de natuurlijke of rechtspersoon, de overheidsinstantie, de dienst of enig ander lichaam die, respectievelijk dat, alleen of samen met anderen, het doel van en de middelen voor de verwerking van persoonsgegevens vaststelt. De Richtlijn 95/46 bepaalt bovendien dat wanneer het doel van en de middelen voor de verwerking worden vastgesteld bij nationale of communautaire wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, in het nationale of communautaire recht *kan* worden bepaald wie de verwerkingsverantwoordelijke is of volgens welke criteria deze wordt aangewezen (artikel 2 d van de Richtlijn 95/46). In de omzetting van de Richtlijn 95/46 naar Belgisch recht heeft men voor een *verplichting* geopteerd om de verwerkingsverantwoordelijke door of krachtens een wet, decreet of ordonnantie aan te duiden, wanneer doel en middelen van de verwerking van de persoonsgegevens door of krachtens een wet, decreet of ordonnantie zijn bepaald (artikel 1 § 4 van de Wet verwerking persoonsgegevens). Artikel 4, 7° van de Verordening 2016/679 hanteert een definitie die analoog is aan de in de Richtlijn 95/46 gehanteerde definitie⁷⁴¹, in die zin dat wanneer de doelstellingen van en de middelen voor de verwerking in het Unierecht of het lidstatelijk recht worden vastgesteld, het Unierecht of het lidstatelijk recht *kan* bepalen wie de verwerkingsverantwoordelijke is of volgens welke criteria deze wordt aangewezen. Het feit dat dit geen verplichting meer zal zijn vanaf het moment dat de Verordening 2016/679 van toepassing wordt, is in het kader van dit onderzoeksonderwerp van geen belang. Immers, de verwerkingsverantwoordelijke zal omwille van artikel 22 van de GW steeds door een formele wet moeten worden aangeduid. De verwerking van persoonsgegevens door de fiscale administratie zal namelijk heel vaak als een inmenging in het privéleven kunnen worden beschouwd. Dit impliceert dat de inmenging een wettelijke basis moet kennen. In Belgische context (artikel 22 van de GW) zal dit een formele wet moeten zijn. Omwille van de voorzienbaarheidsvereiste moeten de meest essentiële zaken van de verwerking van de persoonsgegevens die als een inmenging in het privéleven worden beschouwd via deze formele wet worden geregeld. De aanduiding van de verwerkingsverantwoordelijke dient als een dergelijke essentieel element van een regeling betreffende de verwerking van de persoonsgegevens te worden beschouwd⁷⁴², al was het maar omdat het bepalend is voor de uitoefening van de transparantierechten van de betrokkene.

⁷⁴⁰ Over de basisprincipes van een kwaliteitsvolle gegevensverwerking: zie hierna § 4 en volgende

⁷⁴¹ "een natuurlijke persoon of rechtspersoon, een overheidsinstantie, een dienst of een ander orgaan die/dat, alleen of samen met anderen, het doel van en de middelen voor de verwerking van persoonsgegevens vaststelt; wanneer de doelstellingen van en de middelen voor deze verwerking in het Unierecht of het lidstatelijke recht worden vastgesteld, kan daarin worden bepaald wie de verwerkingsverantwoordelijke is of volgens welke criteria deze wordt aangewezen"

⁷⁴² D. DE BOT, *Privacybescherming bij e-government in België*, Brugge, Vandenbroele, 2005, 35-36; E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et contrôle*, Brussel, Larcier, 2014, 124 die er in haar doctoraatsonderzoek overigens van uit gaat dat elke verwerking van persoonsgegevens door de overheid in het kader van e-government, een inmenging vormt in het privéleven: zie E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et contrôle*, Brussel, Larcier, 2014, 103. De Commissie tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer volgt dit standpunt in onder meer advies 23/2008 van 11 juni 1998 (Advies Commissie tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer nr. 23/2008 van 11 juni 2008 met betrekking tot het voorontwerp van wet houdende oprichting van de authentieke bron van

231. De (formele) wetgever heeft bij de aanduiding van de verwerkingsverantwoordelijke geen vrije keuze. De wetgever zal met name de overheidsinstantie moeten aanduiden die, - de facto - alleen of samen met anderen, het *doel* van en de *middelen* voor de verwerking van persoonsgegevens vaststelt en dus deze persoonsgegevens daadwerkelijke “beheerst”⁷⁴³. Wanneer het doel van de verwerking wordt bepaald door een andere instantie dan de instantie die de middelen bepaalt, dan moet duidelijk de voorkeur worden gegeven aan de finaliteit als beslissend criterium om te bepalen wie de verwerkingsverantwoordelijke is. De finaliteit van de verwerking van de persoonsgegevens is immers – zoals hierna zal blijken – een hoeksteen in het persoonsgegevensbeschermingsrecht. Op basis hiervan wordt door E. DEGRAVE verdedigd dat wanneer er binnen eenzelfde overheidsinstantie persoonsgegevens worden verwerkt voor verschillende finaliteiten, er ook per finaliteit een verwerkingsverantwoordelijke moet worden aangeduid⁷⁴⁴.

232. In artikel 2 van de Wet van 3 augustus 2012, wordt bepaald dat de FOD Financiën de verwerkingsverantwoordelijke is⁷⁴⁵. Er kan worden aangenomen dat het de FOD Financiën is die effectief doel en middelen bepaalt van de verwerking van de persoonsgegevens in het kader van zijn opdrachten. De aanduiding van de FOD Financiën als verwerkingsverantwoordelijke lijkt dus correct te zijn, maar niet evident⁷⁴⁶. De opdrachten die door de wet aan de FOD Financiën zijn toegewezen zijn immers vaak uiteenlopend⁷⁴⁷, en

voertuiggegevens, p. 18); Aanbeveling nr. 02/2012 van de Commissie tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer van 8 februari 2012 betreffende de na te leven basisprincipes bij gegevensverwerkingen en uitwisselingen waarbij de FOD Financiën is betrokken

⁷⁴³ E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et controle*, Brussel, Larcier, 2014, 125; Opinion 1/2010 van de article 29 Working Party on the concepts of “controller” and “processor”, 12

⁷⁴⁴ E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et controle*, Brussel, Larcier, 2014, 125-126

⁷⁴⁵ Dit heeft tot gevolg dat de verschillende fiscale administraties die onderdeel vormen van de FOD Financiën niet als “derde” kunnen worden beschouwd. Een derde in de zin van de Wet Verwerking Persoonsgegevens en artikel 2 f van de Richtlijn 95/46 en artikel 4, 10° van de Verordening 2016/679 is immers “*de natuurlijke of rechtspersoon, de overheidsinstantie, de dienst of enig ander lichaam, niet zijnde de betrokkene, noch de voor de verwerking verantwoordelijke, noch de verwerker, noch de personen die onder rechtstreeks gezag van de voor de verwerking verantwoordelijke of de verwerker gemachtigd zijn om de gegevens te verwerken*”

⁷⁴⁶ In haar advies bij het eerste voorontwerp van wet betreffende bepaalde verwerkingen van persoonsgegevens door de FOD Financiën (nl. Advies 01/2007 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van 17 januari 2007 betreffende het voorontwerp van wet betreffende bepaalde verwerkingen van persoonsgegevens door de FOD Financiën, pagina 5, randnummer 20) merkte de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer op dat de drie grote directies generaal binnen de FOD Financiën (met name de Algemene Administratie voor Belasting en Invordering, Algemeen Administratie van de Patrimoniumdocumentatie en de Algemene Administratie van de Thesaurie) blijkbaar “duidelijk verschillende verwerkingen uitvoeren” waardoor het volgens de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer aangewezen zou zijn dat elk van deze directies de middelen en de doeleinden van hun verwerkingen zouden vaststellen, zodat er in wezen voor de FOD Financiën drie verwerkingsverantwoordelijken zouden worden aangeduid. In het advies nr. 11/2012 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van 11 april 2012 omtrent het voorontwerp van wet betreffende de verwerking van persoonsgegevens door de FOD Financiën in het kader van zijn bijzondere opdrachten, wordt deze aanbeveling niet overgenomen en neemt de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer dus genoegen met de aanduiding van de FOD Financiën als verwerkingsverantwoordelijke.

⁷⁴⁷ Het K.B. van 17 februari 2002 houdende oprichting van de FOD Financiën (BS 22 februari 2002) bepaalt de wettelijke opdrachten van de FOD Financiën. Met name neemt de FOD Financiën de diensten van het (voormalige) minister van Financiën over, met uitzondering van de diensten belast met de pensioenen en met uitzondering van de diensten belast met de begroting en de controle op de uitgaven (artikel 2 § 2 lid 1 van het K.B. van 17 februari 2002). Op grond van artikel 2 § 2 lid 2 van hetzelfde K.B., neemt de FOD Financiën de Automobielen dienst over (van FOD Mobiliteit en Vervoer) alsook het financieel beheer van de terreinen en gebouwen van de federale Staat (met uitzondering van de gebouwen die vallen onder de bevoegdheid van de Minister van Landsverdediging en de Minister van Buitenlandse Zaken) (van de Regie der Gebouwen).

voor elk van deze opdrachten worden persoonsgegevens verwerkt. Zo zijn er naast de opdrachten van belastingheffing – en invordering, ook opdrachten in de strijd tegen de illegale internationale handel (zie de administratie van de douane en accijnzen) of opdrachten in het kader van de weddeberekening van ambtenaren⁷⁴⁸. Het doel en middelen van de verwerking van persoonsgegevens in het kader van elk van deze opdrachten zal dan wel in globo door de FOD Financiën worden bepaald, maar zullen onderling van elkaar verschillen. Ook de beoordeling van de rechtmatigheid van de verwerking van persoonsgegevens verschilt in functie van de verschillende opdrachten. Hierna zal immers worden toegelicht dat een verwerking bijvoorbeeld steeds proportioneel moet zijn in functie van de finaliteit van de verwerking. Een verwerking van persoonsgegevens die proportioneel is in functie van de finaliteit van de illegale internationale handel zal niet noodzakelijk proportioneel zijn in functie van de finaliteit van de belastingheffing. Het aanduiden van één verwerkingsverantwoordelijke die moet toezien op het respecteren van de beginselen betreffende het persoonsgegevensbeschermingsrecht voor al deze opdrachten, lijkt vanuit het oogpunt van de bescherming van de persoonsgegevens, niet de meest ideale oplossing. Hier rijst evenwel het praktische probleem dat – rekening houdend met de huidige structuur en organisatie van de FOD Financiën – bepaalde administraties persoonsgegevens kunnen verwerken voor verschillende van elkaar te onderscheiden finaliteiten. Zo heeft bijvoorbeeld de Algemene Administratie van de Douane en Accijnzen als taak niet alleen in te staan voor de inning en controle van invoerrechten, accijnzen en BTW bij invoer, maar ook de Gemeenschap te beschermen tegen onwettige en oneerlijke handel⁷⁴⁹. Ook andere administraties van de FOD Financiën verwerken gegevens in het kader van opdrachten die los staan van de controle en de heffing van belastingen, zoals de Algemene Administratie van de Thesaurie die instaat voor het beheer van de weddeberekening van de federale ambtenaren⁷⁵⁰. Er is dus binnen de FOD Financiën geen onderverdeling van diensten in functie van (gelijklopende) finaliteiten, wat de aanduiding van de meest aangewezen verwerkingsverantwoordelijke bemoeilijkt.

233. Op de *verwerker* rusten minder verplichtingen dan op de verwerkingsverantwoordelijke. De verwerker is de natuurlijke of rechtspersoon, de overheidsinstantie, de dienst of enig ander lichaam die ten behoeve van de verwerkingsverantwoordelijke persoonsgegevens verwerkt (artikel 2, e van de Richtlijn

Daarnaast heeft de FOD Financiën op grond van artikel 2 § 1 van hetzelfde K.B. de volgende opdrachten: (1) de voorbereiding, de uitvoering en de evaluatie van het beleid inzake belastingen, rechten, taksen en accijnzen en inzake invorderingen voor verschillende overheden; (2) de voorbereiding, de uitvoering en de evaluatie van het beleid inzake maatschappelijk verkeer van onroerende goederen en patrimoniumdocumentatie, met inbegrip van de opmetingen en waarderingen en de rechtszekerheid; (3) de voorbereiding, de uitvoering en de evaluatie van het beleid inzake financieel beheer van de federale Staat en inzake nationale, internationale en Europese financiële kwesties en verhoudingen.

⁷⁴⁸ Hoewel de wetgever in de voorbereidende werken aangeeft dat de wet van 3 augustus 2012 enkel betrekking heeft op de verwerking van persoonsgegevens in het kader van de “bijzondere” opdrachten van de FOD Financiën, waardoor verwerkingen in het kader van personeelsbeheer of in het kader van de relatie met leveranciers niet onder de wet zou vallen, kan dit als dusdanig niet uit de wet zelf worden afgeleid die in algemene zin betrekking heeft op de verwerkingen in kader van de wettelijke opdrachten (Wetsontwerp van 6 juli 2012 houdende bepalingen betreffende de verwerking van persoonsgegevens door de FOD Financiën in het kader van zijn opdrachten, inbegrepen het advies van de Raad van State, doc 53/2343/001, 3).

⁷⁴⁹ Brochure over de nieuwe structuur van de FOD Financiën, geraadpleegd op www.minfin.fgov.be op 14 juni 2016, 23

⁷⁵⁰ Brochure over de nieuwe structuur van de FOD Financiën, geraadpleegd op www.minfin.fgov.be op 14 juni 2016, 48

95/46)⁷⁵¹. De Verordening 2016/679 hanteert een analoge definitie⁷⁵². In overheidscontext zal er vaak geen verwerker zijn aangeduid, hoewel het niet ondenkbaar is dat de overheid bepaalde aspecten van de verwerking van de persoonsgegevens delegeert aan een verwerker, zoals een externe ICT-firma. Er is immers pas sprake van een verwerker, wanneer deze verwerker losstaat van de verwerkingsverantwoordelijke en een afzonderlijke rechtspersoon uitmaakt⁷⁵³. Vermits het opzet van deze afdeling erin bestaat de inhoudelijke basisprincipes inzake de bescherming van persoonsgegevens te kennen en de kern van de verantwoordelijkheden inzake de bescherming van persoonsgegevens bij de verwerkingsverantwoordelijke rust, worden de verplichtingen van de verwerker hier verder niet behandeld.

§ 3 Toelaatbaarheid van de persoonsgegevensverwerking

I. Algemeen

234. Eens duidelijk is geworden dat er sprake is van een verwerking van persoonsgegevens die onder het toepassingsgebied valt van het persoonsgegevensbeschermingsrecht, moet vervolgens worden nagegaan of de verwerking wel toegelaten is.

Hiertoe werden in artikel 7 van de Richtlijn 95/46 een reeks toelaatbaarheidsgronden uitgewerkt. Artikel 5 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens schrijft identieke toelaatbaarheidsgronden voor. De verwerking van persoonsgegevens buiten de toelaatbaarheidsgronden van artikel 5 wordt in België strafrechtelijk gesanctioneerd⁷⁵⁴.

Deze toelaatbaarheidsgronden vormen een concretisering van de legaliteitsvereiste van artikel 8 EVRM⁷⁵⁵ alsook van de legitimitievereiste⁷⁵⁶. In artikel 8 EVRM wordt ervan uitgegaan dat een inmenging in iemands privéleven slechts mogelijk is ingeval er minstens een wettelijke basis is voor deze inmenging. Bij de totstandkoming van de Conventie nr. 108 werd er niet van uitgegaan dat de verwerking van persoonsgegevens altijd een inmenging vormt in het privéleven, waardoor bij de verwerking van persoonsgegevens er dus niet steeds een wettelijke basis moet zijn. Wel werd ervan uitgegaan dat er privacyrisico's verbonden zijn aan het verwerken van persoonsgegevens, waardoor men het niet aangewezen achtte de verwerking van persoonsgegevens in alle omstandigheden zonder meer toe te laten. De Conventie nr. 108 stelde dat de verwerking van de persoonsgegevens pas toegelaten is wanneer de verwerking "lawfully" is, wat in deze context niet betekent dat de verwerking van de persoonsgegevens steeds een grondslag moet vinden in een

⁷⁵¹ In artikel 1, 5° van de Wet Verwerking Persoonsgegevens is sprake van de natuurlijke persoon, de rechtspersoon, de feitelijke vereniging of het openbaar bestuur die ten behoeve van de verwerkingsverantwoordelijke persoonsgegevens verwerkt met uitsluiting van de personen die onder rechtstreeks gezag van de verwerkingsverantwoordelijke gemachtigd zijn om de gegevens te verwerken

⁷⁵² Artikel 4, 8° Verordening 2016/679: "een natuurlijke persoon of rechtspersoon, een overheidsinstantie, een dienst of een ander orgaan die/dat ten behoeve van de verwerkingsverantwoordelijke persoonsgegevens verwerkt"

⁷⁵³ Opinion 1/2010 van de article 29 Working Party on the concepts of "controller" and "processor", 26-27

⁷⁵⁴ En dit met een geldboete van 100 EUR tot 100.000 EUR (artikel 39, 2° Wet Verwerking Persoonsgegevens)

⁷⁵⁵ D. DE BOT, *Privacybescherming bij e-government in België*, Brugge, Vandenbroele, 2005, 36; B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, Larcier, 2008, 111-112

⁷⁵⁶ Zie ook D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*. Brussel, Politeia 2015, 106, die legaliteit, legitimitieit en noodzakelijkheid als de gemeenschappelijke pijlers beschouwd van zowel de bescherming van het recht op privéleven als de bescherming van de persoonsgegevens

voorzienbare en duidelijke wet zoals vereist door artikel 8 EVRM, maar wel dat de verwerking minstens in overeenstemming moet zijn met de toepasselijke wettelijke en reglementaire bepalingen⁷⁵⁷. In de Conventie nr. 108 worden dus geen specifieke toelaatbaarheidsgronden uitgewerkt. In de Richtlijn 95/46 werd er dan voor gekozen om de voorwaarden waaronder de verwerking van de persoonsgegevens is toegelaten aan te vullen⁷⁵⁸ door – behoudens de voorwaarde dat de verwerking in overeenstemming moet zijn met de wet – nog 6 specifieke gronden op te geven die de verwerking van persoonsgegevens toelaatbaar kunnen maken (artikel 7 van de Richtlijn 95/46). Elke verwerking van de persoonsgegevens moet een grondslag kunnen vinden in één of meer⁷⁵⁹ van deze toelaatbaarheidsgronden, zo niet is de verwerking verboden. De toelaatbaarheidsgronden zijn duidelijk geïnspireerd op artikel 8 EVRM en met name de legitimiteitsvereiste. In essentie houdt deze legitimiteitsvereiste in dat een inmenging in het privéleven op grond van artikel 8 lid 2 EVRM slechts toegelaten is wanneer er een evenwicht is tussen het (legitieme) doeleinde dat wordt nagestreefd met de inmenging en de mate van inmenging in de rechten van de betrokkene. Welnu, bij de uitwerking van de toelaatbaarheidsgronden van artikel 7 van de Richtlijn 95/46 heeft men gekozen voor het aanduiden van 6 omstandigheden waarin er wordt verondersteld dat er een evenwicht aanwezig is tussen de belangen van de verwerkingsverantwoordelijke enerzijds en de betrokkene anderzijds⁷⁶⁰. Er wordt onder meer aangenomen dat dit evenwicht aanwezig is wanneer de betrokkene een kwaliteitsvolle toestemming heeft gegeven voor de verwerking van de persoonsgegevens (eerste toelaatbaarheidsgrond - artikel 7 a van de Richtlijn 95/46, artikel 5 a van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). Daarnaast wordt er ook aangenomen dat dit belangenevenwicht *in abstracto*⁷⁶¹ aanwezig is wanneer de verwerking van persoonsgegevens *noodzakelijk* is voor de uitvoering van een overeenkomst (tweede toelaatbaarheidsgrond - artikel 7 b van de Richtlijn 95/46, artikel 5 b van de Wet Verwerking Persoonsgegevens), *noodzakelijk* is voor het nakomen van een wettelijke opdracht (derde toelaatbaarheidsgrond - artikel 7 c van de Richtlijn 95/45, artikel 5 c van de Wet Verwerking Persoonsgegevens), *noodzakelijk* is ter vrijwaring van het vitaal belang van de betrokkene (vierde toelaatbaarheidsgrond - artikel 7 d van de Richtlijn 95/45, artikel 5 d van de Wet Verwerking Persoonsgegevens) of *noodzakelijk* is voor de uitvoering van een taak van algemeen belang (vijfde toelaatbaarheidsgrond - artikel 7 e van de Richtlijn 95/46, artikel 5 e van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). Bij de zesde toelaatbaarheidsgrond, moet de belangenafweging nog *in concreto* gebeuren. Op grond van artikel 7 f van de Richtlijn 95/46 en artikel 5 f van de Wet Verwerking Persoonsgegevens is het verwerken van persoonsgegevens immers ook toegelaten wanneer de verwerking noodzakelijk is voor de behartiging van het gerechtvaardigde belang van de verwerkingsverantwoordelijke of van de derde(n) aan wie de gegevens worden verstrekt, mits het belang of de fundamentele

⁷⁵⁷ T. LEONARD, en Y. POULLET, “La protection des données à caractère personnel en pleine (r)évolution”, *JT* 1999, 385; Opinion 06/2014 of the article 29 Working Party on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, 6-7

⁷⁵⁸ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 129

⁷⁵⁹ Opinion 06/2014 of the article 29 Working Party on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, 4

⁷⁶⁰ T. LEONARD, en Y. POULLET, “La protection des données à caractère personnel en pleine (r)évolution”, *JT* 1999, 385; D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, randnummer 153; E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et controle*, Brussel, Larcier, 2014, 182

⁷⁶¹ T. LEONARD, en Y. POULLET, “La protection des données à caractère personnel en pleine (r)évolution”, *JT* 1999, 385

rechten en vrijheden van de betrokkene niet prevaleren⁷⁶². In de Verordening 2016/679 blijven de toelaatbaarheidsgronden van de Richtlijn 95/46 inhoudelijk overeen⁷⁶³, zij het dat deze gronden niet langer worden aangeduid als “toelaatbaarheidsgronden”⁷⁶⁴, maar wel algemeen worden aangeduid als gronden voor een rechtmatige verwerking⁷⁶⁵.

235. In artikel 8 van het Handvest wordt de aanwezigheid van een toelaatbaarheidsgrond waarin de wet voorziet, als een onderdeel van het persoonsgegevensbeschermingsrecht gezien dat grondrechtelijke bescherming verdient. De toelaatbaarheidsgronden worden in artikel 8 van het Handvest wel niet verduidelijkt, met uitzondering van de toestemming. Deze toelaatbaarheidsgrond is in het persoonsgegevensbeschermingsrecht ook cruciaal voor de private sector als verwerkingsverantwoordelijke, maar is voor de verwerking van persoonsgegevens in de overheidssector doorgaans niet van toepassing, gelet op het dwingend karakter van de informatieverzekering door de overheid (zie ook verder hierna randnummer 238).

236. Vermits het principiële verbod tot verwerking van persoonsgegevens de regel is, dienen de toelaatbaarheidsgronden beperkend te worden geïnterpreteerd⁷⁶⁶. Evenwel wordt tegelijkertijd algemeen aangenomen dat de toelaatbaarheidsgronden van de Richtlijn 95/46 (en dus ook deze van artikel 6.1 van de Verordening 2016/679) zo ruim zijn dat nagenoeg elke verwerking van persoonsgegevens een basis zal vinden in één van deze gronden⁷⁶⁷. Alleen louter arbitraire verwerkingen van de persoonsgegevens, zonder enige finaliteit, worden uitgesloten⁷⁶⁸. In die zin houden de toelaatbaarheidsgronden ook verband met de finaliteitsvereiste⁷⁶⁹.

⁷⁶² Zie hierover: T. LEONARD, en Y. POULLET, “La protection des données à caractère personnel en pleine (r)évolution”, *JT* 1999, 384; D. DE BOT, *Privacybescherming bij e-government in België*, Vandenbroele, 2005, 38; D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, randnummer 153; E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et contrôle*, Brussel, Larcier, 2014, 182.

⁷⁶³ Artikel 6.1 van de Verordening 2016/679: “1. De verwerking is alleen rechtmatig indien en voor zover aan ten minste een van de onderstaande voorwaarden is voldaan:

- a) de betrokkene heeft toestemming gegeven voor de verwerking van zijn persoonsgegevens voor een of meer specifieke doeleinden;
- b) de verwerking is noodzakelijk voor de uitvoering van een overeenkomst waarbij de betrokkene partij is, of om op verzoek van de betrokkene vóór de sluiting van een overeenkomst maatregelen te nemen;
- c) de verwerking is noodzakelijk om te voldoen aan een wettelijke verplichting die op de verwerkingsverantwoordelijke rust;
- d) de verwerking is noodzakelijk om de vitale belangen van de betrokkene of van een andere natuurlijke persoon te beschermen;
- e) de verwerking is noodzakelijk voor de vervulling van een taak van algemeen belang of van een taak in het kader van de uitoefening van het openbaar gezag dat aan de verwerkingsverantwoordelijke is opgedragen;
- f) de verwerking is noodzakelijk voor de behartiging van de gerechtvaardigde belangen van de verwerkingsverantwoordelijke of van een derde, behalve wanneer de belangen of de grondrechten en de fundamentele vrijheden van de betrokkene die tot bescherming van persoonsgegevens nopen, zwaarder wegen dan die belangen, met name wanneer de betrokkene een kind is.”

⁷⁶⁴ Artikel 7 wordt in de Richtlijn 95/46 vermeld onder afdeling II met als titel: “beginselen betreffende de toelaatbaarheid van gegevensverwerking”. Deze afdeling II was een onderdeel van hoofdstuk II met als titel: “algemene voorwaarden voor een rechtmatige verwerking van persoonsgegevens”, waardoor de toelaatbaarheidsgronden dus als een voorwaarde van een rechtmatige verwerking werd beschouwd

⁷⁶⁵ Artikel 6 van de Verordening 2016/679 draagt als titel: “rechtmatigheid van de verwerking” en maakt deel uit van hoofdstuk II met als titel: “beginselen”

⁷⁶⁶ D. DE BOT, *Privacybescherming bij e-government in België*, Brugge, Vandenbroele, 2005, 37

⁷⁶⁷ B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, Brussel, Larcier, 2008, 112

⁷⁶⁸ B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, Brussel, Larcier, 2008, 112

⁷⁶⁹ T. LEONARD, T en Y. POULLET, “La protection des données à caractère personnel en pleine (r)évolution”, *JT* 1999, 384 die uiteenzet dat het beginsel van de finaliteit in de wet van 1998 tot omzetting van de Richtlijn

237. De verwerking van persoonsgegevens door de overheid is doorgaans toegelaten op grond van de toelaatbaarheidsgrond van artikel 7 c van de Richtlijn 95/46 (artikel 5 c van de Wet Verwerking Persoonsgegevens, artikel 6.1 c van de Verordening 2016/679) (“de verwerking is noodzakelijk om te voldoen aan een wettelijke verplichting”) (zie hierna verder toelicht onder II), hetzij op grond van de toelaatbaarheidsgrond van artikel 7 e van de Richtlijn 95/46 (artikel 5 e van de Wet Verwerking Persoonsgegevens, artikel 6.1 e van de Verordening 2016/679) (“de verwerking is noodzakelijk voor de vervulling van een taak van algemeen belang of van een taak in het kader van de uitoefening van het openbaar gezag dat aan de verwerkingsverantwoordelijke is opgedragen”),⁷⁷⁰ (zie hierna verder toegelicht onder III).

238. Zoals hierboven al gesteld is de *toestemming* in de relatie met de overheid geen bruikbare toelaatbaarheidsgrond⁷⁷¹. De toestemming moet immers worden gegeven zonder enige druk van de verwerkingsverantwoordelijke, en ook niet van derden⁷⁷². In de mate dat de betrokkene door de overheid wordt verplicht om gegevens te verstrekken, kan er geen sprake zijn van toestemming⁷⁷³. Ook wanneer de betrokkene persoonsgegevens verstrekt aan de overheid zonder dat hij hiertoe wordt verplicht, maar om op die wijze van bepaalde overheidsdiensten te kunnen genieten, is er doorgaans geen sprake van een vrije toestemming voor de verwerking van de persoonsgegevens omdat er geen echte vrije keuze is voor de betrokkene om al dan niet een beroep te doen op die overheidsdiensten en dus ook geen vrije keuze om de persoonsgegevens te verstrekken⁷⁷⁴. Algemeen wordt dus

95/46 in wezen terugkomt in zowel artikel 4 (inzake de kwaliteit van de persoonsgegevens) als in artikel 5 (inzake de toelaatbaarheid)

⁷⁷⁰ Opinion 15/2011 van de article 29 Working Party 29 on the definition of consent, 16; D. DE BOT, *Privacybescherming bij e-government in België*, Brugge, Vandenbroele, 2005, 36; B. VAN ALSENOY, E. KINDT, & J. DUMORTIER, “Privacy and data protection aspects of e-government identity management”, in S. VAN DER HOF, M. GROOTHUIS (Eds.), *Innovating government*, Den Haag, T.M.C. Asser Press, 254; Zie bijvoorbeeld het arrest OSTERREICHISCHER RUNDFUNK waarin de vraag wordt gesteld of de Richtlijn in de weg staat aan een regeling waarbij bepaalde overheidsinstanties verplicht worden om bepaalde gegevens over het inkomen van bepaalde werknemers publiek te maken en waarbij het Hof – na te hebben vastgesteld dat er in casu wel degelijk sprake is van een verwerking van persoonsgegevens – nagaat of de toelaatbaarheidsvereisten van artikel 7 c en 7 e voldaan zijn (HvJ 20 mei 2003 C-465/00, C-138/01 en C-139/01, OSTERREICHISCHER RUNDFUNK, overweging 65-66), zie recent nog: HvJ 7 maart 2017, C-398/15, MANNI, randnummer 42 en 43

⁷⁷¹ Opinion 15/2011 of the article 29 Working Party on the definition of consent, 16; Opinion 1/2009 of the article 29 Working Party on pre-trial discovery for cross border litigation; P. BLUME, “The Public Sector end the Forthcoming EU Data Protection Regulation”, *EDPL* 2015, 34; A.J. KLINGENBERG en M. LINDENBOOM, “Lost in e-government. Bevat de Algemene Verordening Gegevensbescherming voldoende waarborgen bij gegevensverwerking door de overheid?”, *P&I* 2013, 273-278; D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*. Brussel, Politeia 2015, 261

⁷⁷² D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 59

⁷⁷³ Opinion 15/2011 of the article 29 Working Party on the definition of consent, 16, zie ter vergelijking ook de Richtlijn 2016/680 inzake de verwerking van persoonsgegevens voor doeleinden van voorkoming, opsporing en vervolging van strafbare feiten, tenuitvoerlegging van straffen of voor doeleinden van openbare veiligheid, waarin de toestemming geen mogelijke toelaatbaarheidsgrond voor gegevensverwerking vormt wanneer de betrokkene wettelijk wordt verplicht persoonsgegevens te verstrekken; P. BLUME, “The Public Sector end the Forthcoming EU Data Protection Regulation”, *EDPL* 2015, 34, die verdedigt dat het verplicht verstrekken van persoonsgegevens aan de overheid daarom een sterke bescherming van de persoonsgegevens vereist.

⁷⁷⁴ Opinion 15/2011 of the article 29 Working Party on the definition of consent, 16; B.-J. KOOPS, “The trouble with European data protection law”, *International Data Privacy Law*, 2014, 253. Deze auteur geeft het voorbeeld van een Nederlandse gemeente waarin de betrokken die bepaalde sociale hulpverlening wenst van de overheid de keuze heeft om ofwel akkoord te gaan met een zeer uitgebreide mogelijkheid tot uitwisseling van de persoonsgegevens die in het kader van deze hulpverlening moeten worden verstrekt of geen sociale hulpverlening te krijgen. Aldus bestaat er geen echte keuze. Merk op dat in het ontwerp van Verordening aanvankelijk was bepaald in een overweging dat de toestemming toch een toelaatbaarheidsgrond zou kunnen zijn voor gegevensverwerking ten aanzien van de overheid in de mate dat er geen verplichting is om de persoonsgegevens te verstrekken. Deze overweging werd in de definitieve versie geschrapt (zie hierover A.J.

aangenomen dat er tussen de betrokkene en de overheid een onevenwichtige krachtsverhouding bestaat, zodat er in wezen nooit sprake kan zijn van een vrije toestemming⁷⁷⁵. In het kader van dit onderzoek zullen de persoonsgegevens die de fiscale administratie verwerkt, nooit de toestemming als toelaatbaarheidsgrond kunnen hebben. Persoonsgegevens worden immers in de regel aan de administratie verstrekt op grond van een wettelijke verplichting, zoals hierna in hoofdstuk 3 zal blijken. Zelfs indien de betrokkene persoonsgegevens verstrekt los van een wettelijke verplichting, maar wel bijvoorbeeld om een regularisatie van ontdoken belastingen te bekomen, dan zal er nog geen sprake zijn van een vrije toestemming omdat er geen vrije keuze is voor de betrokkene om al dan niet persoonsgegevens te verstrekken om de beoogde “dienst” van de fiscale administratie te bekomen. Minstens zal er sprake zijn van een onevenwichtige krachtsverhouding tussen de fiscale administratie en de betrokkene.

Ook de toelaatbaarheidsgrond van het gerechtvaardigd belang (artikel 7 f van de Richtlijn 95/46, artikel 5 f van de Wet Verwerking Persoonsgegevens, artikel 6.1 f van de Verordening 2016/679) wordt algemeen beschouwd als ongeschikt voor de verwerking van persoonsgegevens door overheden, vermits het enige gerechtvaardigde belang dat voor een overheid kan spelen het openbaar belang is, waarvoor een toelaatbaarheidsgrond bestaat, nl. artikel 7 e van de Richtlijn 95/46 (artikel 5 e van de Wet Verwerking Persoonsgegevens, artikel 6.1 e van de Verordening 2016/679)⁷⁷⁶. De Verordening 2016/679 bepaalt nu overigens uitdrukkelijk dat het gerechtvaardigd belang niet geldt als toelaatbaarheidsgrond voor de verwerking van persoonsgegevens door overheidsinstanties in het kader van de uitoefening van hun taken (artikel 6.1 tweede lid Verordening 2016/679).

239. Precies ten aanzien van de twee voor de overheid relevante toelaatbaarheidsgronden laat de Verordening 2016/679 toe dat de lidstaten “*specifiekere bepalingen handhaven of invoeren ter aanpassing van de manier waarop de regels van deze verordening met betrekking tot de verwerking met het oog op de naleving van lid 1, punten c) en e), worden toegepast; hiertoe kunnen zij een nadere omschrijving geven van specifieke voorschriften voor de verwerking en andere maatregelen om een rechtmatige en behoorlijke verwerking te waarborgen, ook voor andere specifieke verwerkingssituaties als bedoeld in hoofdstuk IX*”⁷⁷⁷ (artikel 6.1.c en 6.1.e en 6.2 van de Verordening 2016/679). Hiermee wordt gevolg gegeven aan de vraag om voldoende flexibiliteit in te voeren ten aanzien van de toepassing van de Verordening 2016/679 op de overheidssector⁷⁷⁸, waardoor lidstaten de vrijheid krijgen de

KLINGENBERG en M. LINDENBOOM, “Lost in e-government. Bevat de Algemene Verordening Gegevensbescherming voldoende waarborgen bij gegevensverwerking door de overheid?”, *P&I* 2013, 273-278)

⁷⁷⁵ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 60

⁷⁷⁶ Opinion 06/2014 of the article 29 Working Party on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, 22

⁷⁷⁷ Het gaat hier over verwerking van persoonsgegevens in relatie tot de vrijheid van meningsuiting en van informatie, waaronder de verwerking voor journalistieke doeleinden (artikel 85 Verordening 2016/679), de verwerking van persoonsgegevens in relatie tot het recht van toegang van het publiek tot officiële documenten (artikel 86 van de Verordening 2016/679); de verwerking van het nationaal identificatienummer (artikel 87 van de Verordening 2016/679); de verwerking in het kader van de arbeidsverhouding (artikel 88 van de Verordening 2016/679); de verwerking met het oog op archivering in het algemeen belang, wetenschappelijk of historisch onderzoek of statistische doeleinden (artikel 89 van de Verordening 2016/679), de verwerking van persoonsgegevens die zijn verkregen in het kader van een onder de geheimhoudingsplicht vallende activiteit (artikel 90 van de Verordening 2016/679); de verwerking in het kader van bestaande gegevensbeschermingsregels van kerken en religieuze verenigingen (artikel 91 van de Verordening 2016/679)

⁷⁷⁸ Zie hierover: Note from the Council Presidency on the flexibility for the public sector (1 maart 2013, 2012/001 (COD)); overweging 10 van de Verordening 2016/679

regels van de Verordening 2016/679 een eigen specifieke invulling te geven (of te behouden) ten aanzien van overheden. Deze bepaling laat evenwel niet toe afbreuk te doen aan de regels door de Verordening 2016/679 gesteld.

240. Verwerking van persoonsgegevens is dus in principe verboden, tenzij één of meer van de hierboven vermelde toelaatbaarheidsgronden aanwezig zijn, die allen verband houden met een verondersteld evenwicht tussen de belangen van de betrokkene en de belangen van de verwerkingsverantwoordelijke. Het belang van de verwerkingsverantwoordelijke wordt in de meeste gevallen (behoudens ingeval van de toelaatbaarheidsvoorwaarde van de toestemming), beoordeeld in functie van de *doelstelling* die de verwerkingsverantwoordelijke beoogt na te streven.

Daarnaast zijn er evenwel nog gevallen waarin de verwerking van persoonsgegevens verboden is, ook al is er een bepaalde toelaatbaarheidsgrond aanwezig, dit omwille van de *aard* van die gegevens. Het gaat hier ten eerste over het verwerken van bepaalde categorieën van gevoelige gegevens waarvan wordt aangenomen dat het verwerken ervan steeds problematisch is, wat de toelaatbaarheidsgrond er ook van is⁷⁷⁹. Het verwerken van deze persoonsgegevens is dus in principe verboden. Alleen de toestemming kan de verwerking van deze types van persoonsgegevens mogelijk maken, behoudens nog andere specifieke redenen (die de specifieke toelaatbaarheidsgronden worden genoemd, om ze te onderscheiden van de algemene toelaatbaarheidsgronden). Deze persoonsgegevens worden hierna verder besproken onder punt IV. In datzelfde punt IV worden naast de gevoelige gegevens ook de gerechtelijke gegevens besproken. Hoewel de Richtlijn 95/46 en de Verordening 2016/679 de verwerking van deze gerechtelijke gegevens strikt genomen niet verbieden, worden er wel ernstige voorwaarden gesteld aan de verwerking ervan, omdat de verwerking van deze gegevens eveneens principieel als problematisch wordt aanzien. In wezen had men er evengoed voor kunnen opteren om de verwerking van deze gerechtelijke persoonsgegevens –net als de gevoelige gegevens– te verbieden, tenzij bepaalde voorwaarden worden nageleefd. De Belgische wetgever heeft overigens voor deze optie gekozen. In het kader van deze afdeling wordt er voor geadviseerd om de verwerking van de gerechtelijke gegevens te bespreken onder de gevallen van verwerking die principieel verboden zijn.

Tot slot is er nog een laatste vorm van verwerking van persoonsgegevens die in principe verboden is, los van de aanwezigheid van een algemene toelaatbaarheidsgrond. Het gaat hier over het geautomatiseerd verwerken van persoonsgegevens als enige basis voor het nemen van individuele beslissingen. Ook deze vorm van verwerking van persoonsgegevens wordt steeds als problematisch beschouwd en is dus in principe verboden. Dit wordt verder besproken onder punt V.

II. De wettelijke verplichting als eerste relevante algemene toelaatbaarheidsgrond

241. De eerste relevante toelaatbaarheidsgrond in het kader van het verwerken van persoonsgegevens door de overheid in het algemeen en door de fiscale administratie in het bijzonder betreft de zogenaamde “wettelijke verplichting”. Persoonsgegevens mogen met

⁷⁷⁹ Overweging 33 van de Richtlijn 95/45

name worden verwerkt wanneer de verwerking *noodzakelijk* is om een wettelijke verplichting na te komen waaraan de verwerkingsverantwoordelijke is onderworpen (artikel 7 c van de Richtlijn 95/46, artikel 5.c van de Wet Verwerking Persoonsgegevens en artikel 6.1.c van de Verordening 2016/679). In dat geval wordt er verondersteld dat er een evenwicht is tussen de belangen van de betrokkene en de belangen van de verwerkingsverantwoordelijke, in casu de fiscale administratie.

242. Hierbij rijst in eerste instantie de vraag wanneer de verwerking van persoonsgegevens als *noodzakelijk* kan worden beschouwd voor de naleving van een wettelijke verplichting, opdat zij toelaatbaar zou kunnen zijn in de zin van het persoonsgegevensbeschermingsrecht. Volgens de Working Party 29 dient de wettelijke verplichting voldoende duidelijk te zijn over de verwerking van de persoonsgegevens die vereist wordt. Dit betekent dat de aard en het voorwerp van de verwerking duidelijk moeten zijn. Wanneer de verwerkingsverantwoordelijke dus een discretionaire bevoegdheid krijgt over de wijze waarop hij dient tegemoet te komen aan een wettelijke verplichting (en het verwerken van persoonsgegevens tot de mogelijkheden behoort om de wettelijke verplichting na te leven, maar dit ook op een andere wijze kan), dan kan artikel 7 c van de Richtlijn 95/46 (in de toekomst artikel 6.1 c van de Verordening 2016/679) niet de toelaatbaarheidsgrond vormen voor de verwerking van de persoonsgegevens⁷⁸⁰. Wanneer de wet daarentegen duidelijk is over de aard en het voorwerp van de verwerking van persoonsgegevens die vereist wordt, dan is er geen sprake van een discretionaire bevoegdheid en is de verwerking met andere woorden “noodzakelijk”. De duidelijkheid over de aard en het voorwerp van de verwerking kan volgens de Working Party 29 blijken uit de wet zelf, maar ook uit zogenaamde “secondary legislation”, in welk geval de wet zelf alleen een algemeen objectief stelt⁷⁸¹. De Verordening 2016/679 verduidelijkt dat minstens het doel van de verwerking die gebaseerd is op deze toelaatbaarheidsgrond in de rechtsgrond moet zijn vastgesteld (artikel 6.3 van de Verordening 2016/679). Het wettelijk of reglementair voorschrift dat de wettelijke verplichting oplegt moet overigens steeds voldoende duidelijk en nauwkeurig zijn, en de toepassing daarvan moet voorspelbaar zijn voor degenen op wie deze van toepassing is, zoals vereist door de rechtspraak van het Hof van Justitie en het EHRM⁷⁸².

De fiscale administratie zal, net als elke administratie, steeds binnen een wettelijk kader moeten handelen (artikel 105 GW)⁷⁸³, op grond van het administratief legaliteitsbeginsel. Voor de verwerking van persoonsgegevens volstaat deze vaststelling niet. Een verwerking van persoonsgegevens door de fiscale administratie zal maar toelaatbaar zijn op grond van artikel 5 c van Richtlijn 95/46 (in de toekomst: artikel 6.1 c van de Verordening 2016/679), wanneer het wettelijk kader, en eventueel de reglementaire besluiten die op grond van dit

⁷⁸⁰ Opinion 06/2014 of the article 29 Working Party on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, 19

⁷⁸¹ Opinion 06/2014 of the article 29 Working Party on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, 20

⁷⁸² Overweging 41 van de Verordening 2016/679

⁷⁸³ Zie over het administratief legaliteitsbeginsel: J. DUJARDIN, J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, ea. *Basisbegrippen Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2012, 385; A. MAST, *Overzicht Van Het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 20; J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid*, Brugge, die Keure, 2011, 14; M. MAUS, *de fiscale controle*, Brugge, die Keure, 2005, 119-122 en de verwijzingen aldaar; E. VAN DE VELDE, “Afspraken” met de fiscus: de grenzen, juridische kwalificatie en rechtsgevolgen, Brussel, Larcier, 2009, 168

wettelijk kader zijn genomen, ook duidelijk *een verplichting* opleggen om persoonsgegevens te verwerken door de aard en het voorwerp van de vereiste verwerking aan te duiden.

243. Tevens rijst de vraag in *welke wet* de wettelijke verplichting moet zijn ingeschreven. Volgens de Working Party 29 moet het in ieder geval gaan over een wet van een lidstaat of van de Unie. Dit principe wordt in de Verordening 2016/679 bevestigd in artikel 6.3 waarin wordt bepaald dat de rechtsgrond⁷⁸⁴ van een verwerking die is gebaseerd op de wettelijke verplichting moet worden vastgesteld hetzij in het Unierecht, hetzij in het nationale recht van de lidstaat dat op de verwerkingsverantwoordelijke van toepassing is. Verplichtingen van derde staten vallen dus niet onder de toelaatbaarheidsgrond van artikel 7 c van de Richtlijn 95/46 (in die toekomst artikel 6.1.c van de Verordening 2016/679)⁷⁸⁵. Het kan daarentegen wel gaan over een wettelijke verplichting waartoe een lidstaat zich heeft verbonden in een internationale overeenkomst⁷⁸⁶. De internationale rechtsinstrumenten die uitwisseling van (fiscale) informatie opleggen aan lidstaten, zullen dus een toelaatbaarheidsgrond kunnen vormen in de zin van het persoonsgegevensbeschermingsrecht.

De verplichting moet zijn opgelegd door een “algemeen bindend voorschrift”⁷⁸⁷. De wettelijke verplichting op grond waarvan de verwerking van de persoonsgegevens noodzakelijk is, moet dus niet noodzakelijk blijken uit een wet in de formele zin van het woord⁷⁸⁸. Artikel 5 c van de Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens schrijft voor dat de wettelijke verplichting mag worden opgelegd zowel “door” als “krachtens” een wet, decreet of ordonnantie, wat impliceert dat het mogelijk is om de bevoegdheid om een verplichting op te leggen die het verwerken van persoonsgegevens noodzakelijk maakt, te delegeren aan de uitvoerende macht.

244. De wetgever (en bij delegatie ook de uitvoerende macht) kan dus *zelf* een toelaatbaarheidsgrond voor de verwerking van de persoonsgegevens creëren door het opleggen van verplichtingen die de verwerking van persoonsgegevens noodzakelijk maken. De wetgever zal er moeten op toezien dat deze wet ook zelf in overeenstemming is met de principes van het persoonsgegevensbeschermingsrecht⁷⁸⁹. Dit betekent dat wanneer de

⁷⁸⁴ Het begrip “rechtsgrond” wordt niet gedefinieerd in de Verordening 2016/679. In overweging 41 wordt evenwel gesteld dat “wanneer in deze verordening naar een rechtsgrond of een wetgevingsmaatregel wordt verwezen, dit niet noodzakelijkerwijs vereist dat een door een parlement vastgestelde wetgevingshandeling nodig is, onverminderd de vereisten overeenkomstig de grondwettelijke orde van de lidstaat in kwestie”.

⁷⁸⁵ Opinion 06/2014 of the article 29 Working Party on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, 19. Zo bijvoorbeeld zullen de verplichtingen opgelegd aan de financiële instellingen van de EU onder de Amerikaanse FATCA-wetgeving, niet onder de verplichtingen bedoeld in artikel 7 c van de Richtlijn 95/46 vallen

⁷⁸⁶ Opinion 06/2014 of the article 29 Working Party on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, 19

⁷⁸⁷ H.R. KRANENBORG, en L.F.M. VERHEY, *Wet bescherming persoonsgegevens in Europees perspectief*, Deventer, Kluwer, 2011, 86

⁷⁸⁸ Zie ook overweging 41 van de Verordening 2016/679: “wanneer in deze verordening naar een rechtsgrond of een wetgevingsmaatregel wordt verwezen, dit niet noodzakelijkerwijs vereist dat een door een parlement vastgestelde wetgevingshandeling nodig is, onverminderd de vereisten overeenkomstig de grondwettelijke orde van de lidstaat in kwestie. Deze rechtsgrond of wetgevingsmaatregel moet evenwel duidelijk en nauwkeurig zijn, en de toepassing daarvan moet voorspelbaar zijn voor degenen op wie deze van toepassing is, zoals vereist door de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie („Hof van Justitie”) en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens”

⁷⁸⁹ Opinion 06/2014 of the article 29 Working Party on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, 19.

wetgever een wettelijke opdracht oplegt aan de overheid, deze wettelijke opdracht een legitiem doel moet beogen en de verwerking van de persoonsgegevens ook noodzakelijk moet zijn om dit legitiem doel te bereiken. Algemeen wordt aangenomen dat de rechtspraak van het EHRM betreffende de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 lid 2 EVRM, een belangrijk richtsnoer vormt voor de interpretatie van de noodzakelijkheidsvereiste in de toelaatbaarheidsgronden van de Richtlijn 95/46 (en dus ook van de Verordening 2016/679)⁷⁹⁰. Praktisch gesproken betekent dit dat indien een verwerking van persoonsgegevens als een inmenging in het privéleven moet worden beschouwd en de inmenging niet voldoet aan de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 lid 2 EVRM, de verwerking per definitie niet aan de toelaatbaarheidsgronden die een band van noodzakelijkheid vereisen, voldoet (waaronder 7 c en 7 e van de Richtlijn 95/46)⁷⁹¹.

Vermits in de rechtspraak van het EHRM onder meer gebruik wordt gemaakt van de subsidiariteitstoets bij de beoordeling van de noodzakelijkheidsvereiste, wordt ook algemeen aangenomen dat artikel 7 c van de Richtlijn 95/46 (in de toekomst: artikel 6.1 c van de Verordening 2016/679) geen toelaatbaarheidsgrond kan vormen voor de verwerking van de persoonsgegevens wanneer deze verwerking is gebaseerd op een wettelijke verplichting die ook met minder privacyinvasieve methodes had kunnen worden bereikt dan met het verwerken van persoonsgegevens⁷⁹². Zelfs indien de wettelijke verplichting de verwerking van persoonsgegevens in ieder geval noodzakelijk maakt, dient er ook over te worden gewaakt dat de minst privacyinvasieve methode van verwerken van persoonsgegevens wordt gekozen. De voorkeur moet dus worden gegeven aan bijvoorbeeld het verzamelen van persoonsgegevens bij de betrokkene zelf in plaats van bij derden⁷⁹³. Ook moet de voorkeur worden gegeven aan het verwerven van persoonsgegevens via een bron die het meest garanties biedt op accuraatheid, zoals via een authentieke gegevensbron⁷⁹⁴, zoals het rijksregister⁷⁹⁵. Het Hof van Justitie oefent controle uit op de wetgever die de verwerking van persoonsgegevens aan de overheid heeft opgelegd. In de zaak HUBER van 16 december 2008⁷⁹⁶, diende het Hof van Justitie te oordelen over het verwerken van persoonsgegevens in het kader van een centraal register dat moest dienen ter ondersteuning van de uitvoering van, onder meer, de vreemdelingen – en asielwetgeving. Dit centraal register werd bij wet opgericht en het beheer ervan werd toegewezen aan een

⁷⁹⁰ HvJ 16 december 2008, C-524/06, HUBER; Opinion 06/2014 of the article 29 Working Party on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, 11; Background paper van de Europese Toezichthouder voor Gegevensbescherming (EDPS): “developing a “toolkit” for assessing the necessity of measures that interfere with fundamental rights, 16 juni 2016; H.R. KRANENBORG, en L.F.M. VERHEY, *Wet bescherming persoonsgegevens in Europees perspectief*, Deventer, Kluwer, 2011, 84; E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et controle*, Brussel, Larcier, 2014, 212-213; B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, Brussel, Larcier, 2008, 131

⁷⁹¹ HvJ 20 mei 2003 C-465/00, C-138/01 en C-139/01, OSTERREICHISCHER RUNDFUNK, overweging 91

⁷⁹² Zie H.R. KRANENBORG, en L.F.M. VERHEY, *Wet bescherming persoonsgegevens in Europees perspectief*, Deventer, Kluwer, 2011, 84; E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et controle*, Brussel, Larcier, 2014, 214-218

⁷⁹³ E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et controle*, Brussel, Larcier, 2014, 219-221

⁷⁹⁴ Zie hierover meer in afdeling 5 van hoofdstuk 3. Een authentieke gegevensbron kan worden gedefinieerd als een bron van authentiek gegevens, zijnde gegevens die door een instantie ingezameld en beheerd worden in een gegevensbank en gelden als unieke en oorspronkelijke gegevens over de desbetreffende persoon of rechtsfeit, zodanig dat andere instanties ditzelfde gegeven niet meer hoeven in te zamelen (naar de definitie gegeven in artikel 2, 5° en 6° van de wet van 15 augustus 2012 houdende de oprichting en organisatie van een federale dienstenintegrator)

⁷⁹⁵ E. DEGRAVE, “L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et controle”, Brussel, Larcier, 2014, 221-222

⁷⁹⁶ HvJ 16 december 2008, C-524/06, HUBER

bepaalde administratie die daarom *verplicht* was de persoonsgegevens te verwerken zoals voorgeschreven door deze wet. Het Hof van Justitie gaat na of de verwerking van de persoonsgegevens die de wet aan de overheid oplegt, wel noodzakelijk is in het licht van de opdracht die de betreffende overheid (met name de uitvoering van de vreemdelingen – en asielwetgeving, alsook het uitvoeren van statistisch onderzoek) had gekregen. Het Hof van Justitie oordeelde dat het noodzakelijk is om over een aantal relevante gegevens te beschikken om binnen het toepasselijk communautair kader te kunnen nagaan of een persoon met de nationaliteit van een andere lidstaat een recht van verblijf heeft, waardoor het gebruik van het centraal register in principe legitiem is⁷⁹⁷, zij het dat een dergelijk register geen andere informatie mag bevatten dan voor dat doel noodzakelijk is⁷⁹⁸. Het Hof van Justitie oordeelde daarentegen dat het *niet* noodzakelijk is om persoonsgegevens te verwerken in het kader van dit centraal register voor statistische doeleinden, nu deze ook kunnen worden gerealiseerd met anonieme gegevens⁷⁹⁹.

De Verordening 2016/679 bevestigt overigens dat het Unierecht of het lidstatelijk recht (waarin de rechtsgrond is vastgesteld van een verwerking gebaseerd op de toelaatbaarheidsgrond van artikel 6.1.c van de Verordening 2016/679) moet beantwoorden aan het persoonsgegevensbeschermingsrecht door in artikel 6.3 laatste zin te stellen dat dit (lidstatelijk of Unierecht) aan een doelstelling van algemeen belang moet beantwoorden en evenredig moet zijn met het nagestreefde gerechtvaardigde doel.

Een duidelijk voorbeeld van een verwerking van persoonsgegevens door de fiscale administratie die haar toelaatbaarheidsgrond vindt in artikel 5 c van de richtlijn 95/46 (in de toekomst: artikel 6.1.c van de Verordening 2016/679) is de ter beschikkingstelling van informatie op basis van de Wet Openbaarheid Bestuur die de (fiscale) administratie verplicht bepaalde persoonsgegevens openbaar te maken (en dus te verwerken)⁸⁰⁰. De vraag of inzameling van persoonsgegevens door de fiscale administratie toelaatbaar is op grond van deze toelaatbaarheidsgrond, wordt per vorm van inzameling, beantwoord in hoofdstuk 3.

III. Het openbaar belang als tweede relevante algemene toelaatbaarheidsgrond

245. De tweede relevante toelaatbaarheidsgrond in het kader van het verwerken van persoonsgegevens door de overheid in het algemeen en door de fiscale administratie in het bijzonder betreft het zogenaamde “openbaar belang”. Persoonsgegevens mogen worden verwerkt wanneer de verwerking *noodzakelijk* is voor de vervulling van een taak van openbaar belang of die deel uitmaakt van de uitoefening van het openbaar gezag, die is opgedragen aan de verwerkingsverantwoordelijke of aan de derde aan wie de gegevens worden verstrekt (artikel 7 e van de Richtlijn 95/46, artikel 5.e van de Wet Verwerking Persoonsgegevens en artikel 6.1.e van de Verordening 2016/679). In dat geval wordt er

⁷⁹⁷ HvJ 16 december 2008, C-524/06, HUBER, randnummer 58

⁷⁹⁸ HvJ 16 december 2008, C-524/06, HUBER, randnummer 59

⁷⁹⁹ HvJ 16 december 2008, C-524/06, HUBER, randnummer 65; Een gelijkaardige controle van de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 7 c en 7 e van de Richtlijn 95/46 wordt gemaakt in: HvJ 19 juni 2014, C-683/13, PHARMACONTINENTE – SAUDE E HIGIENE over een nationale regeling die een werkgever verplicht aan de nationale autoriteit bevoegd voor het toezicht op de arbeidsvoorwaarden een onmiddellijk consulteerbaar arbeidstijdregister ter beschikking te stellen

⁸⁰⁰ H.R. KRANENBORG en L.F.M. VERHEY, *Wet bescherming persoonsgegevens in Europees perspectief*, Deventer, Kluwer, 2011, 86

verondersteld dat er een evenwicht is tussen de tegengestelde belangen van de verwerkingsverantwoordelijke, in casu de fiscale overheid, en de betrokkene.

246. Een vraag die hier rijst is wat moet worden begrepen onder *een taak van openbaar belang*. Het moet gaan over een taak van openbaar belang van de betrokken lidstaat of van de Europese Unie. Taken van openbaar belang van een derde lidstaat komen niet in aanmerking⁸⁰¹. De Verordening 2016/679 verduidelijkt dat ook de rechtsgrond voor een verwerking op grond van deze toelaatbaarheidsgrond moet worden vastgesteld bij Unierecht of lidstatelijk recht dat op de verwerkingsverantwoordelijke van toepassing is (artikel 6.3 van de Verordening 2016/679). Het moet bovendien gaan over een taak van openbaar belang die is opgedragen aan de verwerkingsverantwoordelijke. In wezen kan de fiscale administratie, net als elke administratie, slechts handelingen stellen die kaderen in de wettelijke opdrachten die haar zijn toegewezen. Dit vloeit voort uit het administratief specialiteitsbeginsel, dat inhoudt dat een overheid steeds moet handelen binnen de wettelijke opdracht die haar is toegekend⁸⁰². Het heffen van belastingen is duidelijk een wettelijke opdracht van de fiscale administratie, die conform artikel 6.3 van de Verordening 2016/679 ook is opgenomen in het lidstatelijk recht, en die als een taak van openbaar belang moet worden beschouwd. In de mate dat de verwerking van persoonsgegevens door de fiscale administratie dus niet noodzakelijk is om te voldoen aan een uitdrukkelijke wettelijke verplichting, waarbij de wet duidelijk is over de aard en het voorwerp van de verwerking van de persoonsgegevens (zoals het ter beschikking stellen van persoonsgegevens in het kader van de Wet Openbaarheid Bestuur), zal de verwerking van de persoonsgegevens toelaatbaar zijn in de mate dat deze verwerking wel in algemene zin noodzakelijk is om te voldoen aan de wettelijke opdracht om belastingen te heffen.

247. Hoe dan ook, geldt ook hier dat geen verwerking mogelijk is indien ze niet *noodzakelijk* is voor het openbaar belang⁸⁰³. Net als voor de wettelijke opdracht als toelaatbaarheidsgrond zal ook hier de rechtspraak van het EHRM een belangrijke richtlijn vormen bij de invulling van de noodzakelijkheidsvereiste van het algemeen belang als toelaatbaarheidsgrond.

248. Het is duidelijk dat het onderscheid tussen beide voor de overheid relevante toelaatbaarheidsgronden niet altijd eenvoudig te maken is. De twee toelaatbaarheidsgronden lijken in de rechtspraak van het Hof van Justitie overigens niet zeer strikt van elkaar te worden gescheiden⁸⁰⁴. Bovendien wordt aangenomen dat een verwerking van persoonsgegevens op meer dan één toelaatbaarheidsgrond kan zijn gebaseerd⁸⁰⁵. De enige reden waarom het van belang kan zijn de twee

⁸⁰¹ Opinion 06/2014 of article 29 Working Party on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, 21

⁸⁰² Y. POULLET, en T. LEONARD, "les libertés comme fondement de la protection des données nominatives" in F. RIGAUX, *la vie privée, une liberté parmi des autres?*, Brussel, Larcier, 1992, 231-277; T. LEONARD, en Y. POULLET, "La protection des données à caractère personnel en pleine (r)évolution", *JT* 1999, 377-396; D. DE BOT, *Privacybescherming bij e-government in België*, Brugge, Vandenbroele, 2005, 37

⁸⁰³ P. DE HERT, E. ENHUS, en R. SAELENS, *Informatie: de essentiële bron van bestuurlijke aanpak van de criminaliteit*, onderzoeksrapport in opdracht van FOD Binnenlandse Zaken uitgevoerd door VUB, oktober 2011

⁸⁰⁴ Zie bijvoorbeeld HvJ 30 mei 2013, C-342/12, WORTEN, overweging 36 waarin de verwijzing naar artikel 7 c en e door elkaar worden gebruikt in verband met de toelaatbaarheid van de gegevensverwerking die erin bestaat dat de overheid op grond van een wettelijke regeling toegang krijgt tot het arbeidstijdenregister.

⁸⁰⁵ Zie Opinion 06/2014 of the article 29 Working Party on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, 4

toelaatbaarheidsgronden van elkaar te onderscheiden is het feit dat er een principiële mogelijkheid tot verzet is tegen de verwerking van persoonsgegevens die enkel op de toelaatbaarheidsgrond van het algemeen belang is gebaseerd (artikel 14 van de Richtlijn 95/46, in de toekomst: artikel 21 van de Verordening 2016/679)⁸⁰⁶.

IV. Het principiële verbod op de verwerking van bepaalde categorieën gegevens

249. Zoals hierboven toegelicht gaat men er in het persoonsgegevensbeschermingsrecht vanuit dat de verwerking van bepaalde categorieën van persoonsgegevens *steeds* problematisch is voor de fundamentele rechten en vrijheden, waaronder het recht op privéleven⁸⁰⁷, maar ook bijvoorbeeld het gelijkheids – en non-discriminatiebeginsel, dit omwille van de gevoelige aard van deze gegevens⁸⁰⁸. Het legitieme doel van de verwerking van deze gegevens speelt dus geen rol; de verwerking van deze categorieën van gegevens wordt immers steeds als problematisch gezien. Zoals hierboven toegelicht dient hierbij een onderscheid te worden gemaakt tussen enerzijds de gevoelige gegevens (waartoe ook de medische gegevens behoren) (zie hierna punt A) en anderzijds de gerechtelijke gegevens (zie hierna punt B).

250. Ook het verwerken van het nationaal identificatienummer wordt beschouwd als een verwerking die van aard is om een inbreuk te kunnen maken op de fundamentele rechten, waaronder het recht op privéleven. De Richtlijn 95/46 verbiedt het verwerken van een identificatienummer niet, maar bepaalt wel dat de lidstaten de voorwaarden moeten vaststellen waaronder een dergelijk nationaal identificatienummer of enig ander identificatiemiddel van algemene aard voor verwerkingsdoeleinden mag worden gebruikt (artikel 8 lid 7 van de Richtlijn 95/46). Ook in de Verordening 2016/679 wordt in artikel 87 bepaald dat de lidstaten specifieke voorwaarden voor de verwerking van een nationaal identificatienummer of enige andere identificator van algemene aard kunnen vaststellen. De Verordening 2016/679 voegt hier wel aan toe dat in dat geval het nationale identificatienummer of enige andere identificator van algemene aard alleen kan worden gebruikt met passende waarborgen voor de rechten en vrijheden van de betrokkene.

A. De gevoelige en medische gegevens

251. Een eerste principiële verwerkingsverbod bestaat voor *“persoonlijke gegevens waaruit de raciale of etnische afkomst, de politieke opvattingen, de godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging, of het lidmaatschap van een vakvereniging blijkt”*. Ook de verwerking van gegevens die de gezondheid of het seksuele leven betreffen, is verboden (artikel 8 lid 1 van de Richtlijn 95/46). Het betreft hier de zogenaamde *gevoelige en medische gegevens*. In de Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens is het principiële verwerkingsverbod van de medische gegevens opgenomen in een afzonderlijk artikel 7, terwijl het principiële verwerkingsverbod van de andere gevoelige gegevens is opgenomen

⁸⁰⁶ Opinion 06/2014 of Working Party 29 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, 22

⁸⁰⁷ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, *Parl. St. Kamer*, 1990-1991, nr. 1610/1, 11 en het advies van de RvSt waarin wordt opgemerkt dat deze gegevens, zoals bv. de etnische afkomst, vaak discriminerende beslissingscriteria zijn (advies RvSt., p. 121)

⁸⁰⁸ Overweging 33 bij Richtlijn 2016/679

in artikel 6. Het verwerken van deze medische en gevoelige gegevens in strijd met artikel 6 en 7 wordt in België strafrechtelijk gesanctioneerd⁸⁰⁹. In de Verordening 2016/679 worden de genetische gegevens⁸¹⁰ en biometrische gegevens⁸¹¹ met het oog op de unieke identificatie van een persoon, toegevoegd aan het lijstje van gevoelige gegevens. Daarnaast worden de gegevens “die het seksuele leven betreffen” verduidelijkt tot de gegevens “met betrekking tot iemands seksueel gedrag of seksuele gerichtheid” (artikel 9.1 van de Verordening 2016/679)⁸¹² en wordt het begrip “gegevens over de gezondheid” gedefinieerd⁸¹³, wat in de Richtlijn 95/46 niet het geval was.

Er wordt dus een onderscheid gemaakt tussen gegevens waaruit bepaalde gevoelige informatie *blijkt* (bijvoorbeeld de etnische afkomst) enerzijds en anderzijds persoonsgegevens die gevoelige informatie *betreft* (namelijk het seksuele leven of de gezondheid). Bij de eerste categorie betreft het gegevens die op zich zelf geen gevoelige informatie (hoeven te) verschaffen, maar waaruit wel gevoelige informatie kan blijken in bepaalde omstandigheden. Zo zijn een naam en een adres op zich geen gevoelig gegeven, maar worden deze gegevens wel gevoelig wanneer ze zijn opgenomen in een ledenbestand van een vakverbond⁸¹⁴, omdat er dan gevoelige informatie uit blijkt. Bij de tweede categorie volstaat het niet dat uit de gegevens informatie over bijvoorbeeld de gezondheid blijkt⁸¹⁵. Het moet gaan over informatie die al gevoelig *is*. Zo zullen administratieve of boekhoudkundige gegevens in verband met een geneeskundige behandeling weliswaar kunnen worden beschouwd als gegevens waaruit informatie over de gezondheid *blijkt*, maar niet als gegevens die de gezondheid *betreffen*. Om die reden vallen dergelijke administratieve of boekhoudkundige gegevens niet onder het verwerkingsverbod, net zo min als bijvoorbeeld de graad van iemands economische arbeidsongeschiktheid⁸¹⁶, wat een gegeven is met fiscale relevantie dat door de fiscale administratie wordt verwerkt. Nochtans mogen de gezondheidsgegevens ook niet te eng worden geïnterpreteerd. Het Hof van Justitie stelde in een arrest van 6 november 2003⁸¹⁷ dat “*de vermelding van het feit dat iemand zijn voet heeft bezeerd en met gedeeltelijk ziekteverlof is, een persoonsgegeven is betreffende de gezondheid in de zin van artikel 8, lid 1, van Richtlijn 95/46*”. Ook de

⁸⁰⁹ En dit met een geldboete van 100 EUR tot 100.000 EUR (artikel 39, 3° Wet Verwerking Persoonsgegevens)

⁸¹⁰ Artikel 4, 13° van de Verordening 2016/679 definieert dit als “*persoonsgegevens die verband houden met de overgeërfde of verworven genetische kenmerken van een natuurlijke persoon die unieke informatie verschaffen over de fysiologie of de gezondheid van die natuurlijke persoon en die met name voortkomen uit een analyse van een biologisch monster van die natuurlijke persoon*”

⁸¹¹ Artikel 4, 14° van de Verordening 2016/679 definieert dit als “*persoonsgegevens die het resultaat zijn van een specifieke technische verwerking met betrekking tot de fysieke, fysiologische of gedragsgerelateerde kenmerken van een natuurlijke persoon op grond waarvan eenduidige identificatie van die natuurlijke persoon mogelijk is of wordt bevestigd, zoals gezichtsafbeeldingen of vingerafdrukgegevens*”

⁸¹² Voor het overige is de omschrijving van het begrip gevoelige gegevens identiek aan de Richtlijn 95/46: D. DE BOT, “De gevolgen van de Algemene Verordening. Gegevensbescherming voor de verzekeringssector – Enkele kritische bedenkingen”, *T. Verz.* 2016, afl. 2, 140

⁸¹³ Artikel 4, 15° van de Verordening 2016/679: “*persoonsgegevens die verband houden met de fysieke of mentale gezondheid van een natuurlijke persoon, waaronder gegevens over verleende gezondheidsdiensten waarmee informatie over zijn gezondheidstoestand wordt gegeven*”

⁸¹⁴ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 139, randnummer 180; B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, Brussel, Larcier, 2008, 96 die stelt dat op zich banale informatie zoals eetgewoonten van een persoon of verlofdagen van aard kunnen zijn een gevoelig persoonsgegeven te worden

⁸¹⁵ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 154 randnummer 204

⁸¹⁶ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 155 randnummer 204

⁸¹⁷ HvJ 6 november 2003, C-101/01, LINDQVIST, beschikkend gedeelte nr. 3

Verordening 2016/679 gaat van een vrij ruime invulling uit van het begrip “gegevens over gezondheid”⁸¹⁸. Het zijn met name de persoonsgegevens *die verband houden met de fysieke of mentale gezondheid van een natuurlijke persoon, waaronder gegevens over verleende gezondheidsdiensten waarmee informatie over zijn gezondheidstoestand wordt gegeven* (artikel 4, 15° van de Verordening 2016/679). De overweging 35 van de Verordening 2016/679 bevestigt de ruime invulling die aan het begrip moet worden gegeven⁸¹⁹. Het feit dat hierin staat vermeld dat “*een aan een natuurlijke persoon toegekend cijfer, symbool of kenmerk dat als unieke identificatie van die natuurlijke persoon geldt voor gezondheidsdoeleinden*” ook als een gegeven over de gezondheid moet worden beschouwd, doet vermoeden dat de graad van arbeidsongeschiktheid als een gegeven over de gezondheid moet worden beschouwd in toepassing van de Verordening 2016/679⁸²⁰.

252. Het principiële verwerkingsverbod van gevoelige en medische gegevens treft in principe ook de fiscale administratie.

Op dit principiële verwerkingsverbod werden door de Richtlijn 95/46 een aantal uitzonderingen mogelijk gemaakt, die kunnen worden opgesplitst in de specifieke uitzonderingen (artikel 8.2 en 3 van de Richtlijn 95/46) en de algemene uitzondering (artikel 8.4 van de Richtlijn 95/46)⁸²¹. In de Verordening 2016/679 werd het aantal uitzonderingen uitgebreid en werden een aantal nadere regels in verband met deze uitzonderingen bepaald (artikel 9.2 en 3 van de Verordening 2016/679), doch in wezen kan de indeling van de specifieke uitzonderingen en de algemene uitzonderingen in de Verordening 2016/679 worden teruggevonden.

253. De *specifieke uitzonderingen* kunnen het verwerkingsverbod ten aanzien van de fiscale administratie niet opheffen. Het verwerkingsverbod kan immers worden opgeheven mits een uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene (artikel 8.2.a van de Richtlijn 95/46⁸²², artikel 6 § 2, a van de Verwerking Persoonsgegevens (voor wat betreft de gevoelige

⁸¹⁸ Over deze ruime invulling: D. DE BOT, “De gevolgen van de Algemene Verordening. Gegevensbescherming voor de verzekeringssector – Enkele kritische bedenkingen”, *T.Verz.* 2016, afl. 2, 140-141; D. DE BOT en E. KINDT, “Het advies van de Belgische Privacycommissie over het Europese voorstel van Algemene Verordening Gegevensbescherming”, *P&I* 2013, 168-173

⁸¹⁹ Volgens deze overweging dienen gegevens over de gezondheid met name alle gegevens te omvatten die betrekking hebben op de gezondheidstoestand van een betrokkene en die informatie geven over de lichamelijke of geestelijke gezondheidstoestand van de betrokkene in het verleden, het heden en de toekomst. Dit omvat informatie over de natuurlijke persoon die is verzameld in het kader van de registratie voor of de verlening van gezondheidszorgdiensten als bedoeld in Richtlijn 2011/24/EU van het Europees Parlement en de Raad aan die natuurlijke persoon; een aan een natuurlijke persoon toegekend cijfer, symbool of kenmerk dat als unieke identificatie van die natuurlijke persoon geldt voor gezondheidsdoeleinden; informatie die voortkomt uit het testen of onderzoeken van een lichaamsdeel of lichaamseigen stof, met inbegrip van genetische gegevens en biologische monsters; en informatie over bijvoorbeeld ziekte, handicap, ziekterisico, medische voorgeschiedenis, klinische behandeling of de fysiologische of biomedische staat van de betrokkene, ongeacht de bron, zoals bijvoorbeeld een arts of een andere gezondheidswerker, een ziekenhuis, een medisch hulpmiddel of een in-vitrodiagnostiek.

⁸²⁰ Zie ook D. DE BOT en E. KINDT, “Het advies van de Belgische Privacycommissie over het Europese voorstel van Algemene Verordening Gegevensbescherming”, *P&I* 2013, 169; Dit vermoeden wordt ondersteund door de vermelding, in de overweging 35, dat “*elke informatie over bijvoorbeeld ziekte, handicap, ziekterisico, medische voorgeschiedenis, klinische behandeling of de fysiologische of biomedische staat van de betrokkene, ongeacht de bron, tot de gegevens over de gezondheid moeten worden gerekend*”.

⁸²¹ Deze opdeling wordt gemaakt door: D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 136

⁸²² De Richtlijn 95/46 schrijft wel voor dat de uitdrukkelijke toestemming het verwerkingsverbod van de gevoelige en medische gegevens niet kan opheffen wanneer de wetgeving van de lidstaat bepaalt dat het verwerkingsverbod niet door toestemming van de betrokkene ongedaan kan worden gemaakt.

gegevens)⁸²³, artikel 7 § 2 a van de Wet Verwerking persoonsgegevens (voor wat betreft de medische gegevens)⁸²⁴ en artikel 9.2.a van de Verordening 2016/679⁸²⁵). Hiervan kan geen sprake zijn bij de informatie-inzameling van de fiscale administratie die uitgaat van een meewerkverplichting, of waarbij minstens een onevenwichtige verhouding bestaat tussen de fiscale overheid en de betrokkene. Daarnaast kan het verwerkingsverbod worden opgeheven in het kader van specifieke behoeften die in het kader van dit onderzoek niet aan de orde zijn⁸²⁶. De enige relevante uitzondering is deze waarbij de verwerking betrekking heeft op gevoelige en medische gegevens die duidelijk door de betrokkene openbaar zijn gemaakt (artikel 8.2.e van de Richtlijn 95/46, artikel 6 § 2 e van de Wet Verwerking Persoonsgegevens (voor wat betreft de gevoelige gegevens), artikel 7 § 2 h van de Wet Verwerking Persoonsgegevens (voor wat betreft de medische gegevens) en artikel 9.2.e van de Verordening 2016/679). In dat geval wordt het verwerkingsverbod – ook ten aanzien van de fiscale administratie – opgeheven. Belangrijk hierbij is wel dat het gaat over gegevens waarvan de betrokkene de intentie had om ze openbaar te maken⁸²⁷.

Evenwel worden, zelfs voor gevoelige en medische gegevens die door de betrokkene openbaar zijn gemaakt, door het Belgische Uitvoeringsbesluit in de artikelen 25 tot 27 een aantal voorwaarden opgelegd als waarborg voor de bescherming van de persoonsgegevens. Zo onder meer dienen de categorieën van personen die de gevoelige of medische gegevens

⁸²³ Deze bepaling schrijft eveneens voor dat een dergelijke toestemming te allen tijde door de betrokkene kan worden ingetrokken, alsook dat de Koning, bij een in Ministerraad overlegd besluit na advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, kan bepalen in welke gevallen het verbod om de in dit artikel bedoelde gegevens te verwerken niet door de schriftelijke toestemming van de betrokkene ongedaan kan worden gemaakt.

⁸²⁴ Deze bepaling schrijft net als artikel 6 § 2 a van de Wet Verwerking Persoonsgegevens (met betrekking tot gevoelige gegevens) ook wat betreft medische gegevens voor dat een dergelijke toestemming steeds door de betrokkene kan worden ingetrokken, alsook dat de Koning, bij een in Ministerraad overlegd besluit na advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, kan bepalen in welke gevallen het verbod om de in dit artikel bedoelde gegevens te verwerken niet door de schriftelijke toestemming van de betrokkene ongedaan kan worden gemaakt.

⁸²⁵ Merk op dat de toestemmingsvereiste voor het verwerken van gevoelige en medische gegevens in de Verordening 2016/679 nog is versterkt door te vereisen dat het moet gaan over een toestemming om deze gevoelige of medische gegevens voor welbepaalde doeleinden te verwerken. Het mag dus niet gaan over een algemene toestemming voor verwerking van deze gegevens.

⁸²⁶ Hieronder dienen te worden begrepen: de uitvoering van de verplichtingen en de rechten van de verwerkingsverantwoordelijke inzake arbeidsrecht (artikel 8 lid 2.b van de Richtlijn 95/46 en artikel 6 § 2 b van de Wet Verwerking Persoonsgegevens (voor wat betreft de gevoelige gegevens) en artikel 7 § 2 b van de Wet Verwerking Persoonsgegevens (voor wat betreft de medische gegevens) en artikel 9 lid 2 b van de Verordening 2016/679), de verdediging van de vitale belangen van de betrokkene of van een andere persoon indien deze lichamelijk of juridisch niet in staat is van zijn instemming te getuigen (artikel 8 lid 2.c van de Richtlijn 95/46 en artikel 6 § 2 c van de Wet Verwerking Persoonsgegevens (voor wat betreft de gevoelige gegevens) en artikel 7 § 2 f van de Wet Verwerking Persoonsgegevens (voor wat betreft de medische gegevens) en artikel 9 lid 2 c van de Verordening 2016/679); de verwerking door een stichting, een vereniging, of enige andere instantie zonder winstoogmerk die op politiek, levensbeschouwelijk, godsdienstig of vakbondsgebied werkzaam is, in het kader van hun gerechtvaardigde activiteiten (artikel 8 lid 2.d van de Richtlijn 95/46 en artikel 6 § 2 d van de Wet Verwerking Persoonsgegevens (in België alleen voorgeschreven voor wat betreft de gevoelige gegevens, niet voor de medische gegevens), artikel 9 lid 2 d van de Verordening 2016/679), de verwerking die noodzakelijk is voor de vaststelling, de uitoefening of de verdediging van een recht in rechte (artikel 8 lid 2.e van de Richtlijn 95/46 en artikel 6 § 2 f van de Wet Verwerking persoonsgegevens (voor wat betreft de gevoelige gegevens) en artikel 7 § 2 i van de Wet Verwerking Persoonsgegevens (voor wat betreft de medische gegevens) en artikel 9 lid 2 f van de Verordening 2016/679 (waar deze uitzonderingsgrond meer algemeen is omschreven als: “de verwerking is noodzakelijk voor de instelling, uitoefening of onderbouwing van een rechtsvordering of wanneer gerechten handelen in het kader van hun rechtsbevoegdheid”); of wanneer de verwerking noodzakelijk is voor de doeleinden van preventieve geneeskunde of medische diagnose, het verstrekken van zorg of behandelingen of het beheer van gezondheidsdiensten (artikel 8 lid 3 van de Richtlijn 95/46, artikel 6 § 2 j van de Wet Verwerking persoonsgegevens (voor wat betreft de gevoelige gegevens) en artikel 9 lid 2 h van de Verordening 2016/679).

⁸²⁷ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 149, randnummer 194

kunnen raadplegen te worden aangewezen, de lijst met deze categorieën personen moet ter beschikking worden gehouden van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en deze personen moeten door een wettelijke of statutaire verplichting, of door een evenwaardige contractuele bepaling ertoe gehouden zijn het vertrouwelijk karakter van de betrokken gegevens in acht te nemen. Enkel voor medische gegevens schrijft de Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens daarenboven voor dat deze in principe altijd bij de betrokkene moeten worden ingezameld (artikel 7 lid 5 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens) ⁸²⁸ alsook dat deze persoonsgegevens steeds moeten worden verwerkt onder de verantwoordelijkheid van een beroepsbeoefenaar in de gezondheidszorg (artikel 7 lid 4 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens) ⁸²⁸. Deze waarborgen gelden ook wanneer publiek gemaakte medische gegevens worden verwerkt, hoewel de toepassing van deze waarborgen in dat kader vreemd overkomt. De verplichte tussenkomst van een beroepsbeoefenaar in de gezondheidszorg, zorgt ervoor dat de fiscale administratie zelfs publieke medische gegevens niet (alleen) zal kunnen verwerken. Andere gevoelige gegevens dan medische kunnen, mits het respecteren van de voorwaarden van het Uitvoeringsbesluit wel worden verwerkt door de fiscale administratie. Artikel 9.4 van de Verordening 2016/679 schrijft voor dat de lidstaten bijkomende voorwaarden, waaronder beperkingen, met betrekking tot de verwerking van genetische gegevens, biometrische gegevens of gegevens over gezondheid kunnen handhaven of invoeren. In die omstandigheden lijken de waarborgen die in België gelden om – zelfs publiek gemaakte medische gegevens – te verwerken (waaronder de principiële verplichting om deze verwerking onder de verantwoordelijkheid van een beroepsbeoefenaar in de gezondheidszorg, te laten verlopen), te kunnen worden gehandhaafd. Dit is anders voor de gevoelige gegevens, waar er geen grondslag lijkt te kunnen worden gevonden voor het opleggen van bijkomende verplichtingen.

254. Naast deze specifieke uitzonderingen op het principiële verwerkingsverbod, laat de Richtlijn 95/46 ook toe dat de lidstaten bij wet of bij beslissing van de toezichthoudende overheid nog andere uitzonderingen mogelijk maken mits deze uitzonderingen kaderen in een *zwaarwegend algemeen belang* en mits passende waarborgen worden geboden (artikel 8.4 van de Richtlijn 95/46). België heeft in uitvoering van deze mogelijkheid toegestaan dat *voor gevoelige gegevens* aan het principiële verwerkingsverbod kan worden ontsnapt indien zij worden verwerkt voor “een belangrijke reden van publiek belang” en indien de wet, het decreet of de ordonnantie dit toelaat (artikel 6 § 2 l van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). Ook voor *medische gegevens* is er naar Belgisch recht een analoge algemene uitzondering op het verwerkingsverbod. Met name geldt het verwerkingsverbod voor medische gegevens niet indien deze verwerking door de wet, het decreet of de ordonnantie wordt *opgelegd* voor “redenen van zwaarwegend algemeen belang” (artikel 7 § 2 e van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). Beide uitzonderingen zijn uiteraard van groot belang voor de verwerking van gevoelige en medische gegevens door de overheid ⁸²⁹. Het moet wel gaan om een wet waaruit uitdrukkelijk blijkt dat de verwerking van de gegevens wordt toegelaten (in het geval van gevoelige gegevens), dan wel verplicht (in het

⁸²⁸ De enige uitzondering hierop is het geval waarbij er schriftelijke toestemming is van de betrokkene voor de verwerking alsook het geval waarbij de verwerking noodzakelijk is voor het voorkomen van een dringend gevaar of voor de beteugeling van een bepaalde strafrechtelijke inbreuk.

⁸²⁹ D. DE BOT, *Privacybescherming bij e-government in België*, Brugge, Vandenbroele, 2005, p.41

geval van medische gegevens)⁸³⁰. Vandaag bestaat er geen algemene wet in het kader van de activiteiten van de fiscale administratie. Wel zal per vorm van inzameling van gegevens in hoofdstuk 3 moeten worden nagegaan in welke mate de wettelijke grondslag voor deze verwerking ook toelaat (in het geval van gevoelige gegevens) of oplegt (in het geval van medische gegevens) dat dergelijke gegevens worden verwerkt. Zelfs indien dit het geval zou zijn, moet ook bij deze toegelaten opgelegde verwerking van medische en gevoelige gegevens rekening worden gehouden met de waarborgen die de Belgische Wet Verwerking en haar Uitvoeringsbesluit voorschrijft (zie hierboven). In de Verordening 2016/679 wordt deze algemene mogelijkheid tot opheffing van het verwerkingsverbod behouden (artikel 9.2.g van de Verordening 2016/679), zij het dat de Verordening 2016/679 voorschrijft dat verwerking van deze gevoelige of medische gegevens *noodzakelijk* moet zijn om redenen van zwaarwegend algemeen belang, dat deze verwerking moet zijn voorgeschreven door het Unierecht of het lidstatelijk recht, dat de evenredigheid met het nagestreefde doel moet zijn wordt gewaarborgd, dat de wezenlijke inhoud van het recht op bescherming van persoonsgegevens wordt geëerbiedigd en dat passende en specifieke maatregelen worden getroffen ter bescherming van de grondrechten en de fundamentele belangen van de betrokkene. Gelet op de ruime omschrijving van het begrip “gegevens over de gezondheid” die door de Verordening 2016/679 wordt gehanteerd (zie hierboven), waardoor ook bijvoorbeeld de graad van economische ongeschiktheid een medisch gegeven lijkt te worden, is een uitdrukkelijke wettelijke bepaling nodig om de verwerking van dit soort gegevens voor taxatiedoeleinden mogelijk te maken. Aangezien de toepassing van bepaalde fiscale regels vereist dat de fiscale administratie over bepaalde medische gegevens beschikt, zoals de graad van arbeidsongeschiktheid, kan een dergelijke wettelijke bepaling perfect in overeenstemming zijn met artikel 9.2.g van de Verordening 2016/679. Een dergelijke wet laat evenwel de mogelijkheden voor de lidstaten onverlet om in toepassing van artikel 9.4 van de Verordening 2016/679 voor wat betreft medische gegevens bijkomende voorwaarden, waaronder beperkingen, te handhaven of in te voeren. Indien een dergelijke wet tot stand komt in uitvoering van artikel 9.2.g van de Verordening 2016/679, zal dus moeten worden nagezien in welke mate België de waarborgen voor de verwerking van medische gegevens in algemene zin overeind heeft gelaten (waaronder de principiële verplichting om deze verwerking onder de verantwoordelijkheid van een beroepsbeoefenaar in de gezondheidszorg, te laten verlopen).

B.De gerechtelijke gegevens

255. Naast dit verwerkingsverbod voor gevoelige gegevens bestaat er ook principieel een verwerkingsverbod voor *gerechtelijke gegevens*, zijnde “gegevens inzake overtredingen, strafrechtelijke veroordelingen of veiligheidsmaatregelen” (artikel 8.5 van de Richtlijn 95/46). De lidstaten kunnen het toepassingsgebied van de gerechtelijke gegevens uitbreiden tot gegevens inzake administratieve sancties of burgerrechtelijke beslissingen (artikel 8.5 laatste zin van de Richtlijn 95/46). In de Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens wordt van deze mogelijkheid gebruik gemaakt door de gerechtelijke gegevens concreter, maar ook ruimer te omschrijven als de “*persoonsgegevens inzake geschillen voorgelegd aan hoven en rechtbanken alsook aan administratieve gerechten, inzake verdenkingen, vervolgingen of*

⁸³⁰ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 174, randnummer 238

veroordelingen met betrekking tot misdrijven, of inzake administratieve sancties of veiligheidsmaatregelen” (artikel 8 § 1 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). Bijgevolg vallen momenteel naar Belgisch recht bijvoorbeeld vonnissen en arresten, niet alleen in strafrechtelijke geschillen, maar ook bijvoorbeeld in burgerrechtelijke en handelsgeschillen⁸³¹, onder het principiële verwerkingsverbod. In het kader van de strafrechtelijke persoonsgegevens moet het niet alleen gaan over gegevens betreffende strafrechtelijke veroordelingen. Verdenkingen en vervolgingen volstaan, wat in de ruimste en niet strikt juridische betekenis van het woord moet worden begrepen⁸³². Onder de gegevens in verband met veiligheidsmaatregelen vallen onder meer de gegevens betreffende maatregelen in verband met het vreemdelingenrecht, de wetgeving betreffende de geesteszieken en de wetgeving op het gebied van bijzondere jeugdzorg⁸³³.

256. De Verordening 2016/679 definieert de gerechtelijke gegevens als “de gegevens betreffende strafrechtelijke veroordelingen en strafbare feiten of daarmee verband houdende veiligheidsmaatregelen”. Deze omschrijving is vergelijkbaar met deze in de Richtlijn 95/46⁸³⁴, maar er is een belangrijk verschil. De mogelijkheid voor de lidstaten om het toepassingsgebied van de gerechtelijke gegevens uit te breiden tot gegevens betreffende administratieve sancties of burgerrechtelijke beslissingen is niet langer aanwezig. Op het ogenblik dat de Verordening 2016/679 van toepassing wordt kan er in België dus enkel een principieel “verbod” gelden voor de verwerking van gegevens die de strafrechtelijke veroordelingen, de strafbare feiten of de daarmee verband houdende veiligheidsmaatregelen betreffen. Er is dan niet langer een verwerkingsverbod voor gegevens over burgerrechtelijke of administratieve geschillen. Daarnaast rijst de vraag of er een verwerkingsverbod zal gelden voor verdenkingen en vervolgingen. De Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens schreef dit uitdrukkelijk voor. Kunnen verdenkingen en vervolgingen evenwel worden gerekend tot de “persoonsgegevens betreffende strafbare feiten” waarvan sprake in de Verordening 2016/679⁸³⁵? Gelet op het feit dat de Verordening 2016/679 tot doel heeft een hoog beschermingsniveau voor persoonsgegevens te bekomen, lijkt het logisch dat gegevens over verdenkingen en vervolgingen niet worden uitgesloten van het verwerkingsverbod. Deze gegevens lijken immers zelfs gevoeliger van aard dan gegevens over veroordelingen waarbij de strafrechtelijke overtreding is vastgesteld.

⁸³¹ H. GRAUX en J. DUMORTIER, *Privacywetgeving in de praktijk*, in de reeks Recht en ICT, Kortrijk, UGA, 2009, 98; D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 168-169, randnummer 228

⁸³² D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 169-170, randnummer 229 met verwijzing naar Verslag van Willems en Landuyt, p. 83. Dit betekent evenwel niet dat persoonsgegevens opgenomen in de zogenaamde “zwarte lijsten”, zijnde lijsten van personen die niet noodzakelijk ergens van verdacht worden, maar waarmee bepaalde instanties op hun hoede wensen te zijn, geen zaken wensen te doen, of wiens zaken via een afwijkende procedure moeten worden afgehandeld, onder het begrip gerechtelijke gegevens vallen (D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 170, randnummer 229).

⁸³³ Memorie van toelichting bij het Wetsontwerp van 20 mei 1998 tot omzetting van de Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van deze persoonsgegevens, 1997-1998, 1566/1, 43

⁸³⁴ D. DE BOT, “De gevolgen van de Algemene Verordening. Gegevensbescherming voor de verzekeringssector – Enkele kritische bedenkingen”, *T.Verz.* 2016, afl. 2, 142

⁸³⁵ D. DE BOT stelt dat dit onduidelijk is in D. DE BOT, “De gevolgen van de Algemene Verordening. Gegevensbescherming voor de verzekeringssector – Enkele kritische bedenkingen”, *T.Verz.* 2016, afl. 2, 143

257. Het verwerkingsverbod geldt evenwel niet wanneer de verwerking van deze gegevens wordt verricht onder toezicht van de overheid of indien de nationale wetgeving passende specifieke waarborgen voorschrijft (artikel 8.5 van de Richtlijn 95/46). De Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens schrijft voor dat het principiële verwerkingsverbod enkel kan worden opgeheven indien de verwerking gebeurt onder toezicht van een openbare overheid of van een ministeriële ambtenaar⁸³⁶ in de zin van het Gerechtelijk Wetboek, indien de verwerking noodzakelijk is voor de uitoefening van hun taken (artikel 8 § 2 a van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). Onder “openbare overheid” moet elke overheid worden verstaan: rechterlijk of administratief, burgerlijk of militair, centraal of lokaal⁸³⁷. Ook de fiscale administratie kan dus gerechtelijke gegevens verwerken in de mate dat de verwerking van deze gegevens noodzakelijk is voor de uitoefening van haar taken⁸³⁸. Artikel 8 § 3 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens schrijft wel voor dat de personen die gerechtelijke gegevens verwerken tot geheimhouding verplicht zijn. De federale fiscale administratie valt evenwel onder de geheimhoudingsplicht van artikel 337 W.I.B. 1992. Daarnaast maakt artikel 8 § 4 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens het mogelijk dat de Koning bijzondere voorwaarden oplegt aan de verwerking van gerechtelijke gegevens. In dat kader bepaalt artikel 25 van het Uitvoeringsbesluit dat de verwerkingsverantwoordelijke een aantal maatregelen moet nemen, waaronder het maken van lijsten van de categorieën van personen die de gerechtelijke gegevens kunnen raadplegen. Het verwerken van gerechtelijke gegevens in strijd met artikel 8 van de Wet Verwerking persoonsgegevens kan strafrechtelijk worden gesanctioneerd⁸³⁹.

258. Ook de Verordening 2016/679 schrijft voor dat gerechtelijke gegevens alleen mogen worden verwerkt onder toezicht van de overheid of indien de verwerking is toegestaan bij Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepalingen die passende waarborgen voor de rechten en vrijheden van de betrokkenen bieden. Verwerkingen van gerechtelijke gegevens door de (fiscale) overheid zijn dus nog steeds mogelijk na 25 mei 2018. De waarborgen die de Belgische wetgeving op dit moment voorschrijft kunnen overeind blijven en zullen dan desgevallend door de fiscale administratie moeten worden gerespecteerd.

V. Verbod op geautomatiseerde besluitvorming

259. Naast bepaalde categorieën van persoonsgegevens, waarvan de verwerking als principiële problematisch wordt beschouwd, zijn er ook bepaalde *verwerkingen* die op zich

⁸³⁶ Bijvoorbeeld een gerechtsdeurwaarder

⁸³⁷ zie Memorie van toelichting bij het Wetsontwerp van 20 mei 1998 tot omzetting van de Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van deze persoonsgegevens, 1997-1998, 1566/1, 43

⁸³⁸ De overige mogelijkheden om het principiële verwerkingsverbod op te heffen zijn niet van toepassing op de fiscale administratie. Het gaat over verwerking van gerechtelijke gegevens door andere personen dan openbare overheden en ministeriële ambtenaren, indien de verwerking noodzakelijk is voor de verwezenlijking van doeleinden die door of krachtens een wet, een decreet of een ordonnantie zijn vastgesteld (artikel 8 § 2 b van de Wet Verwerking Persoonsgegevens), de verwerking van gerechtelijke gegevens door natuurlijke personen of door privaatrechtelijke of publiekrechtelijke rechtspersonen in zoverre dat noodzakelijk is voor het beheer van hun eigen geschillen (artikel 8 § 2, c van de Wet Verwerking Persoonsgegevens), de verwerking van gerechtelijke gegevens door advocaten of andere juridische raadgevers in zoverre de verwerking noodzakelijk is voor de verdediging van de belangen van de cliënten (artikel 8 § 2 d van de Wet Verwerking Persoonsgegevens) en de verwerking van gerechtelijke gegevens die noodzakelijk zijn voor het wetenschappelijk onderzoek (artikel 8 § 2 e van de Wet Verwerking persoonsgegevens)

⁸³⁹ En dit met een geldboete van 100 EUR tot 100.000 EUR (artikel 39, 3° Wet Verwerking Persoonsgegevens)

als problematisch worden beschouwd, los van de persoonsgegevens waarop zij betrekking hebben en los van de algemene toelaatbaarheidsgrond waarop deze verwerkingen zijn gebaseerd. Ook deze verwerkingen zijn principieel verboden. Het gaat over de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens die de basis vormt voor individuele besluiten. Het verbod van deze verwerkingen is gebaseerd op de gedachte dat beslissingen ten aanzien van een individu niet uitsluitend kunnen worden genomen op basis van geautomatiseerde processen en dit zonder tussenkomst van een natuurlijk persoon⁸⁴⁰.

260. In de Richtlijn 95/46 wordt in artikel 15 gesteld dat de lidstaten aan eenieder het recht toekennen niet te worden onderworpen aan een besluit waaraan voor hem rechtsgevolgen zijn verbonden of dat hem in aanmerkelijke mate treft⁸⁴¹ en dat louter wordt genomen op grond van een geautomatiseerde gegevensverwerking⁸⁴² die bestemd is om bepaalde⁸⁴³ aspecten van zijn persoonlijkheid, zoals beroepsreputatie, kredietwaardigheid, betrouwbaarheid, gedrag, enzovoort te evalueren. Een persoon evalueren als een iemand waarvan het risico bestaat dat hij fraudeert, is een dergelijke persoonlijkheidsevaluatie⁸⁴⁴. Dit recht “om niet te worden onderworpen” wordt opgenomen in afdeling VII van de Richtlijn 95/46, zijnde de afdeling over het recht van verzet van de betrokkene. Nochtans lijkt een recht om niet te worden onderworpen te moeten worden begrepen als een verbod. Artikel 12 bis van de Wet Verwerking Persoonsgegevens betreffende de geautomatiseerde besluitvorming geeft overigens duidelijk aan dat het om een verbod gaat⁸⁴⁵. De verwerkingsverantwoordelijke kan zich dus niet veroorloven om geautomatiseerde besluiten te maken, tenzij de betrokkene zich verzet. Het moet wel gaan om beslissingen die *louter* op basis van het geautomatiseerd verwerkingsproces zijn genomen. Er is dus geen verbod van het nemen van beslissingen waarbij een geautomatiseerde gegevensverwerking een hulpmiddel is geweest⁸⁴⁶. Een minimale menselijke interventie volstaat niet om het verbod

⁸⁴⁰ Application of Convention 108 to the profiling mechanism: some ideas for the future work of the consultative committee (T-PD), by Jean-Marc Dinant, Christophe Lazaro, Yves Pouillet, Nathalie Lefever, Antoinette Rouvroy (2008) met verwijzing aldaar naar COM(90)-314final-SYN287, 13 september 1990, 29

⁸⁴¹ Er bestaat onduidelijkheid over het begrip “in aanmerkelijke mate treffen” – zie Application of Convention 108 to the profiling mechanism: some ideas for the future work of the consultative committee (T-PD), by Jean-Marc Dinant, Christophe Lazaro, Yves Pouillet, Nathalie Lefever, Antoinette Rouvroy (2008), 13

⁸⁴² Merk op dat niet enkel de geautomatiseerde verwerking van **persoons**gegevens die bestemd is om beslissingen te nemen ten aanzien van een individu wordt bedoeld, maar meer algemeen de geautomatiseerde van verwerking van gegevens (dus niet enkel persoonsgegevens). Datamining bijvoorbeeld die wordt uitgevoerd aan de hand van gegevens waarmee personen niet kunnen worden geïdentificeerd, kan het recht op privacy ook raken: S. GUTWIRTH, en M. HILDEBRANDT, “Chapter 2 - Some Caveats on profiling” in S. GUTWIRTH, Y. POULLET, en P. DE HERT, (ed), *Data protection in a profiled World*, Dordrecht, Springer, 2010, 37- zie ook Application of Convention 108 to the profiling mechanism: some ideas for the future work of the consultative committee (T-PD), by Jean-Marc Dinant, Christophe Lazaro, Yves Pouillet, Nathalie Lefever, Antoinette Rouvroy (2008), 14

⁸⁴³ Ook omtrent de reikwijdte van het woord “bepaalde” bestaat onduidelijkheid – zie Application of Convention 108 to the profiling mechanism: some ideas for the future work of the consultative committee (T-PD), by Jean-Marc Dinant, Christophe Lazaro, Yves Pouillet, Nathalie Lefever, Antoinette Rouvroy (2008), 14

⁸⁴⁴ Een geautomatiseerd verwerkingsproces dat erop gericht is om iets anders dan de persoonlijkheid te evalueren, en dat aanleiding geeft tot een individueel besluit, is dus niet verboden. Een voorbeeld is het geautomatiseerd verwerkingsproces waarbij een geldautomaat op basis van het rekeningssaldo geldafhalingen weigert of toestaat (zie D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*. Brussel, Politeia 2015, 398)

⁸⁴⁵ Het artikel 12 bis stelt: “Een besluit waaraan voor een persoon rechtsgevolgen verbonden zijn of dat hem in aanmerkelijke mate treft, mag niet louter worden genomen op grond van een geautomatiseerde gegevensverwerking die bestemd is om bepaalde aspecten van zijn persoonlijkheid te evalueren.”

⁸⁴⁶ D. BAINBRIDGE, *EC Data protection directive*, London, Butterworths, 1996, 68; D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 220, randnummer 295

te vermijden⁸⁴⁷. De menselijke tussenkomst moet dus substantieel zijn⁸⁴⁸ in die zin dat ze tot gevolg moet hebben dat er ook andere elementen dan de resultaten van het geautomatiseerde beslissingsproces in overweging worden genomen bij de besluitvorming⁸⁴⁹. DE BOT merkt op dat het moet gaan over *individuele* besluiten en niet over besluiten die een bepaalde groep van personen treft⁸⁵⁰. Een geautomatiseerd verwerkingsproces dat niet leidt tot individuele besluitvorming, is niet verboden, maar moet wel, net als elke verwerking van persoonsgegevens, voldoen aan de basisbeginselen van het persoonsgegevensbeschermingsrecht (er moet een toelaatbaarheidsgrond aanwezig zijn, de verwerking moet kwalitatief zijn, waaronder proportioneel, en dergelijke meer)⁸⁵¹.

261. Ook de Verordening 2016/679 verbiedt een dergelijke geautomatiseerde besluitvorming (artikel 22 van de Verordening 2016/679). De Verordening 2016/679 verduidelijkt dat de zogenaamde *profilering* moet worden gerekend tot een vorm van verboden geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, wanneer die de (uitsluitende) basis vormt van een individueel besluit⁸⁵². Profilering is dus op zich niet verboden. Er is slechts sprake van een verbod wanneer er een individueel besluit aan wordt gekoppeld (zonder verdere menselijke tussenkomst). Profilering wordt in de Verordening 2016/679 gedefinieerd als “*elke vorm van geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens waarbij aan de hand van persoonsgegevens bepaalde persoonlijke aspecten van een natuurlijke persoon worden geëvalueerd, met name met de bedoeling zijn beroepsprestaties, economische situatie, gezondheid, persoonlijke voorkeuren, interesses, betrouwbaarheid, gedrag, locatie of verplaatsingen te analyseren of te voorspellen*” (artikel 4, 4° Verordening 2016/679)⁸⁵³. In wezen verloopt profilering in drie fasen⁸⁵⁴. De eerste fase (de zogenaamde “datawarehousing”) betreft het verzamelen van gegevens (waaronder persoonsgegevens, maar eventueel ook anonieme gegevens of gegevens die niet over een natuurlijke persoon handelen). In een tweede fase (“datamining”) worden op deze gegevens statistische technieken toegepast om tenslotte in de derde fase die vaak op zich wordt aangeduid met de term profilering in de enge zin van het woord, bepaalde conclusies te trekken met betrekking tot deze statistische resultaten (bijvoorbeeld het opstellen van het profiel van de vermoedelijke fraudeur). Dit profiel vormt op zich geen persoonsgegeven bij

⁸⁴⁷ Zie memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 20 mei 1998 tot omzetting van de Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van deze persoonsgegevens, 1997-1998, 1566/1, 52

⁸⁴⁸ D. BAINBRIDGE, *EC Data protection directive*, London, Butterworths, 1996, 68

⁸⁴⁹ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 220, randnummer 295

⁸⁵⁰ Zie D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 220, randnummer 295 met als voorbeeld een besluit als gevolg van een geautomatiseerd proces om aan een bepaalde groep van personen een prospectus toe te zenden. Een dergelijke besluit zou niet onder het verbod van de Richtlijn 95/46 vallen.

⁸⁵¹ Overweging 72 van de Verordening 2016/679; D. DE BOT, “De gevolgen van de Algemene Verordening Gegevensbescherming voor de verzekeringssector – Enkele kritische bedenkingen”, *T.Verz.* 2016, afl. 2, 149

⁸⁵² Dit was reeds het geval onder de Richtlijn 95/46, maar wordt nu uitdrukkelijk gespecificeerd.

⁸⁵³ Deze definitie sluit aan bij de definitie die werd gegeven in de aanbeveling van de Raad van Europa (Recommendation CM/Rec(2010)13 van 23 november 2010 on the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data in the context of profiling), namelijk dat profilering de techniek is van geautomatiseerde gegevensverwerking die eruit bestaat een “profiel” toe te passen op een individu, in het bijzonder teneinde beslissingen te nemen ten aanzien van hem of haar, of voor de analyse of voorspelling van zijn of haar voorkeuren, gedragingen en attitudes.

⁸⁵⁴ Application of Convention 108 to the profiling mechanism: some ideas for the future work of the consultative committee (T-PD), by Jean-Marc Dinant, Christophe Lazaro, Yves Pouillet, Nathalie Lefever, Antoinette Rouvroy (2008), 3

gebrek aan identificatie. Wanneer dit profiel evenwel wordt *toegepast* op een natuurlijke persoon, wordt voor deze natuurlijke persoon een nieuw persoonsgegeven gecreëerd (met name het gegeven dat deze natuurlijke persoon het profiel van vermoede fiscale fraudeur krijgt)⁸⁵⁵. Het feit dat profilering ertoe kan leiden dat nieuwe persoonsgegevens worden gecreëerd, zorgt ervoor dat profilering op zich een zeer privacygevoelige verwerkingstechniek is⁸⁵⁶. Het geautomatiseerd proces dat aan de basis heeft gelegen van de creatie van dit nieuwe persoonsgegeven kan ook risico's vormen voor de accuraatheid van dit gegeven⁸⁵⁷. Evenwel vormt ook de toepassing van een profiel op een natuurlijke persoon op zich geen verboden verwerking van persoonsgegevens. Het verbod geldt pas wanneer met deze vorm van geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens ook individuele besluiten worden genomen, zonder verdere menselijke tussenkomst. In het hiervoor geformuleerd voorbeeld zou dit met name betekenen dat het verbod zich uitstrekt tot het nemen van de beslissing om een fiscale controle te starten bij de natuurlijke persoon die aan het risicoprofiel kan worden gelinkt. De beslissing om een controle uit te voeren bij een welbepaalde belastingplichtige kan immers worden beschouwd als een individuele beslissing over de persoonlijkheid van de betrokkene (wordt beschouwd als potentiële overtreder) die rechtsgevolgen met zich meebrengt voor de belastingplichtige. Een belastingplichtige die wordt onderworpen aan een fiscale controle moet immers een aantal meewerkverplichtingen naleven. Minstens moet worden gesteld dat een beslissing om een belastingplichtige te controleren deze persoon in aanzienlijke mate treft, vermits deze beslissing de fiscale situatie van de betrokkene kan beïnvloeden⁸⁵⁸. Het verbod geldt niet alleen bij besluitvorming die gebaseerd is op profilering, maar tevens wanneer die besluitvorming is gebaseerd op elke andere vorm van geautomatiseerde verwerking⁸⁵⁹. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn wanneer de beslissing om iemand te controleren voortvloeit uit eenvoudige datamining (die er enkel in bestaat dat op geautomatiseerde

⁸⁵⁵ Stel bijvoorbeeld dat een persoon met een bescheiden inkomen statistisch gezien deel zou moeten uitmaken van de categorie mensen met een kleine wagen en een bescheiden woning. Wanneer evenwel op basis van de gegevens van de Dienst Inverkeerstelling Voertuigen blijkt dat een bepaald persoon beschikt over een dure nieuwe wagen en eigenaar is van een woning met een hoog kadastraal inkomen, dan zou een profileringstechniek erin kunnen bestaan om deze persoon aan te duiden als een persoon bij wie bij voorkeur een fiscale controle wordt uitgevoerd omwille van een vermoeden van fraude (voor dit veronderstelde voorbeeld: E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et controle*, Brussel, Larcier, 2014, 73)

⁸⁵⁶ Recommendation CM/Rec(2010)13 van 23 november 2010 on the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data in the context of profiling, p. 9 en p. 29-32; De Raad van Europa oordeelde overigens dat de toepassing van profileringstechnieken door de overheid aan dezelfde regels moest zijn onderworpen als de toepassing van deze technieken door de private sector. Alhoewel er door de Raad van Europa vanuit controle wordt gegaan dat de toepassing van profileringstechnieken door de overheid vaak legitieme gronden heeft (waaronder de strijd tegen de fiscale fraude), wordt er tegelijkertijd ook vanuitgegaan dat de toepassing van deze techniek door de overheid ook evenzeer grote risico's inhoudt, gezien de overheid de beschikking kan hebben over een zeer ruim set van data afkomstig van andere administratieve overheden en de toepassing ervan kan leiden tot beslissingen die een zeer grote impact kunnen hebben op een individu (Recommendation CM/Rec(2010)13 van 23 november 2010 on the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data in the context of profiling, p. 34); Advies 01/2007 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van 17 januari 2007 betreffende het voorontwerp van wet betreffende bepaalde verwerkingen van persoonsgegevens door de FOD Financiën, overweging 52

⁸⁵⁷ Recommendation CM/Rec(2010)13 van 23 november 2010 on the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data in the context of profiling, p. 9.

⁸⁵⁸ Ook het Advies 01/2007 van de Commissie tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer van 17 januari 2007 betreffende het voorontwerp van wet betreffende bepaalde verwerkingen van persoonsgegevens door de FOD Financiën gaat in die richting waar in het kader van het voorontwerp van het artikel over de geautomatiseerde besluitvorming wordt gesteld dat van het woord eindbeslissing de "eind" moet worden geschrapt om alle verwarring te vermijden aangezien elke geautomatiseerde beslissing die van invloed is op de fiscale situatie van de betrokkene hieronder valt.

⁸⁵⁹ D. DE BOT, "De gevolgen van de Algemene Verordening. Gegevensbescherming voor de verzekeringssector – Enkele kritische bedenkingen", *T.Verz.* 2016, afl. 2, 148

wijze zoekopdrachten worden uitgevoerd in een hoeveelheid gegevens, zonder dat de geautomatiseerde verwerking erop gericht was een profiel te creëren).

262. De Richtlijn 95/46 laat toe dat de lidstaten bepaalde uitzonderingen mogelijk maken op dit verbod. Dit kan met name indien deze vorm van verwerking van persoonsgegevens zijn grondslag vindt in een wet waarin de maatregelen zijn omschreven die strekken tot bescherming van de gerechtvaardigde belangen van de betrokkene (artikel 15 lid 2 b van de Richtlijn 95/46)⁸⁶⁰. In de Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens wordt dan verduidelijkt dat deze maatregelen er minstens in moeten bestaan dat aan de betrokkene de mogelijkheid wordt geboden om op nuttige wijze zijn standpunt naar voor te brengen (artikel 12 bis lid 2 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). DE BOT merkt op dat de wet niet voorschrijft dat ook rekening moet worden gehouden met dit standpunt⁸⁶¹.

In overheidscontext wordt al enige tijd in toenemende mate gebruik gemaakt van geautomatiseerde besluitvorming, vooral in de context van het bestrijden van frauduleus gedrag allerhande (in dat geval gaat het veelal over profilering). Dit is ook het geval voor de fiscale overheid⁸⁶². Maar het geautomatiseerd koppelen van overheidsdatabanken kan ook als een interessant middel worden gezien om bijvoorbeeld bepaalde (fiscale) voordelen automatisch toe te kennen aan bepaalde doelgroepen⁸⁶³. Wanneer gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid geboden door de Richtlijn 95/46 om geautomatiseerde besluitvorming toe te laten (artikel 15 lid 2 b van de Richtlijn 95/46), moeten de basisbeginselen van het persoonsgegevensbeschermingsrecht steeds worden gerespecteerd⁸⁶⁴. De Working Party 29 benadrukt vooral de noodzaak om te voldoen aan het transparantiebeginsel⁸⁶⁵. Hoewel de Working Party 29 daar toch lijkt op aan te dringen, lijken andere cruciale beginselen zoals het finaliteitsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel nochtans moeilijk hanteerbaar in de context van het verwerken van de zogenaamde “big data”⁸⁶⁶. Het begrip “big data” wordt gebruikt om het fenomeen aan te duiden waarbij zowel private ondernemingen als overheden door de technologische ontwikkelingen kunnen beschikken over een groeiend

⁸⁶⁰ Daarnaast bepaalt de Richtlijn 95/46 nog de voor dit onderzoek irrelevante uitzondering waardoor de lidstaten geautomatiseerde individuele besluitvorming mogelijk kunnen maken in het kader van het sluiten of uitvoeren van een overeenkomst mits aan het verzoek van de betrokkene is voldaan of passende maatregelen, zoals de mogelijkheid zijn standpunt te doen gelden, zijn genomen ter bescherming van zijn gerechtvaardigde belang (artikel 15 lid 2 a van de Richtlijn 95/46).

⁸⁶¹ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 221, randnummer 296

⁸⁶² Zie M. SAINSTRAIN, *TIC. Nouveaux standards transactionnels et fiscalité*, Planbureau Working paper 15-03, augustus 2003, 41-42: in het hoofdstuk “la technologie au service de l’impôt” wordt reeds in 2003 aangegeven dat er bij de Belgische fiscale administratie sprake is van datamining om de gegevens in de beschikbare databanken zo goed mogelijk te exploiteren; zie regeerakkoord 9 oktober 2014, p. 54; zie ook het antwoord op de parlementaire vraag nr. 237 van de heer Georges Gilkinet dd. 17 maart 2015 (Kamer, Vragen en Antwoorden, 2014-2015), waarin wordt gesteld dat “op dit moment ontwikkelt de AABBI de omschrijving van de gekende en potentiële typologieën in gespecialiseerde teams en werkgroepen die specifiek hiervoor zijn opgericht. Het analyseproces berust op de informatie van “het terrein” (...)”

⁸⁶³ De Working Party 29 erkent ook de voordelen van profilering zowel op individueel als collectief vlak (Statement of 16 September 2014 of the article 29 Working Party on the impact of the development of big data on the protection of individual with regard to the processing of their personal data in the EU; Opinion 3/2013 of article 29 Working Party on purpose limitation, annex 2, 46 – voetnoot 113)

⁸⁶⁴ Statement of 16 September 2014 of the article 29 Working Party on the impact of the development of big data on the protection of individual with regard to the processing of their personal data in the EU

⁸⁶⁵ Opinion 3/2013 of article 29 Working Party on purpose limitation

⁸⁶⁶ Zijnde de grote hoeveelheden (overheids) informatie; Zie hierover: L. COLONNA, “Data Mining and its paradoxal relationship to the Purpose Limitation Principle”, in . GUTWIRTH, R. LEENES, P. DE HERT, *Reloading Data Protection. Multidisciplinary Insights and Contemporary Challenges*, Springer eBooks, 2014, 299-321

aantal gegevens dat zij op geautomatiseerde wijze kunnen verwerken en analyseren⁸⁶⁷. Zo zal de finaliteit van het onderzoek op deze big data niet steeds gekend zijn bij de initiële inzameling, maar bovendien meestal niet verenigbaar zijn met de finaliteit van de initiële inzameling. Onderzoek zal daarnaast vaak gebaat zijn met het verwerken van zo veel mogelijk data, wat haaks staat op het proportionaliteitsbeginsel.

263. In de Verordening 2016/679 wordt evenwel niet van de basisprincipes terzake afgeweken. De geautomatiseerde besluitvorming blijft principieel verboden. Uitzonderingen zijn mogelijk, in welk geval de verwerking wel aan alle basisbeginselen van het persoonsgegevensbeschermingsrecht moet voldoen. Tot de uitzonderingen op het principieel verbod behoort de mogelijkheid om geautomatiseerde besluitvorming toe te laten op basis van een Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepaling die op de verwerkingsverantwoordelijke van toepassing is, in de mate dat die ook passende maatregelen voorschrijft ter bescherming van de rechten en vrijheden en gerechtvaardigde belangen van de betrokkene (artikel 22.2 b van de Verordening 2016/679)⁸⁶⁸. Uit overweging 71 van de Verordening 2016/679 blijkt uitdrukkelijk dat men hierbij de geautomatiseerde besluitvorming voor ogen heeft gehad ten behoeve van de controle en voorkoming van belastingfraude en -ontduiking. De Verordening 2016/679 voegt hier wel aan toe dat, zelfs een door de wet toegestane geautomatiseerde besluitvorming, in principe niet mag gebeuren aan de hand van gevoelige en medische gegevens. Dit kan alleen indien de verwerking noodzakelijk is om redenen van zwaarwegend algemeen belang, op grond van Unierecht of lidstatelijk recht, waarbij de evenredigheid met het nagestreefde doel wordt gewaarborgd, de wezenlijke inhoud van het recht op bescherming van persoonsgegevens wordt geëerbiedigd en passende en specifieke maatregelen worden getroffen ter bescherming van de grondrechten en de fundamentele belangen van de betrokkene (artikel 22.4 van de Verordening 2016/679 juncto artikel 9.2.g van de Verordening 2016/679⁸⁶⁹).

264. Ook de fiscale administratie mag dus, zowel onder de Richtlijn 95/46 als onder de Verordening 2016/679, in principe geen individuele besluiten maken die louter gebaseerd zijn op een geautomatiseerd verwerkingsproces. Dit mag slechts in de mate dat de wet dit toestaat, waarbij de wet dan wel passende maatregelen moet voorschrijven ter bescherming van de gerechtvaardigde belangen van de betrokkene. Op grond van de Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens betekent dit dat deze maatregelen er minstens moeten in bestaan dat aan de betrokkene het recht wordt geboden om op nuttige wijze zijn standpunt naar voor te brengen. De Verordening 2016/679 preciseert niet verder welke passende

⁸⁶⁷ zie Opinion 3/2013 of article 29 Working Party on purpose limitation, annex 2, 45

⁸⁶⁸ Net als de Richtlijn 95/46 bepaalt de Verordening 2016/679 ook nog een bijkomende uitzondering op het verbod op geautomatiseerde besluitvorming, dat weliswaar voor dit onderzoek irrelevant is, namelijk de geautomatiseerde individuele besluitvorming die noodzakelijk is voor de totstandkoming of uitvoering van een overeenkomst tussen de betrokkene en de verwerkingsverantwoordelijke (artikel 22.2.a van de Verordening 2016/679). De Verordening 2016/679 bepaalt bovendien nog een bijkomende uitzondering op dit verbod, met name wanneer de geautomatiseerde besluitvorming berust op de uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene (artikel 22.2.c van de Verordening 2016/679). Ook deze uitzondering is irrelevant in het kader van dit onderzoek. In beide gevallen moet de verwerkingsverantwoordelijke passende maatregelen treffen ter bescherming van de rechten en vrijheden en gerechtvaardigde belangen van de betrokkene, waaronder ten minste het recht op menselijke tussenkomst van de verwerkingsverantwoordelijke, het recht om zijn standpunt kenbaar te maken en het recht om het besluit aan te vechten (artikel 22.3 van de Verordening 2016/679)

⁸⁶⁹ Artikel 22.4 van de Verordening 2016/679 maakt de verwerking van gevoelige of medische gegevens in het kader van geautomatiseerde besluitvorming ook mogelijk wanneer er toestemming is gegeven door de betrokkene, wat in het kader van dit onderzoek niet mogelijk is (artikel 22.4 van de Verordening 2016/679 juncto artikel 9.2 a van de Verordening 2016/679).

maatregelen er moeten worden genomen, maar preciseert wel dat geautomatiseerde besluitvorming met gevoelige en medische gegevens principieel niet kan, behoudens uitzonderingen.

265. De vraag rijst of de Belgische wet toelaat dat de fiscale administratie op basis van een geautomatiseerd besluitvormingsproces beslissingen maakt om welbepaalde personen te onderwerpen aan fiscale controle. In de wet van 3 augustus 2012 werd een bepaling opgenomen betreffende de oprichting van een zogenaamd datawarehouse, doch deze bepaling mist duidelijkheid om als grondslag te dienen voor het nemen van individuele geautomatiseerde besluiten. Met name bepaalt artikel 5 § 1 dat de FOD Financiën de persoonsgegevens die in het kader van de wettelijke opdrachten werden ingezameld, *“kan samenvoegen met het oog op de oprichting van een datawarehouse waarmee zijn diensten enerzijds in staat worden gesteld om gerichte controles uit te voeren op basis van risico-indicatoren en anderzijds analyses kunnen uitvoeren op relationele gegevens afkomstig van verschillende administraties en, of diensten van de Federale Overheidsdienst Financiën”*. Het begrip datawarehouse wordt in de wet niet gedefinieerd, maar wordt in de voorbereidende werken omschreven als de opslagplaats van gegevens *“die kunnen worden onderzocht met behulp van statistische technieken en modelleringstechnieken die gericht zijn op het tot stand brengen van tot dan onbekende relaties binnen grote volumes van als dusdanig onbruikbare gegevens om er originele en potentieel nuttige informatie aan te onttrekken en die te analyseren”*⁸⁷⁰. De wet vormt dus een grondslag voor het uitvoeren van geautomatiseerde verwerkingsprocessen, zoals datamining⁸⁷¹. Ook de doelstelling van het datawarehouse worden door de wet gedefinieerd, met name enerzijds bij te dragen tot het uitvoeren van gerichte controles en anderzijds analyses uit te voeren. Door te verduidelijken dat het datawarehouse moet bijdragen tot gerichte controles is evenwel nog *geen duidelijke grondslag* gecreëerd voor het maken van geautomatiseerde individuele besluitvorming. In de voorbereidende werken wordt gesteld dat het datawarehouse ertoe moet bijdragen *“categorieën van personen of handelingen die het voorwerp uitmaken van versterkte controle ofwel typische fraudehandelingen te identificeren”*⁸⁷². Het identificeren van *“categorieën van personen die het voorwerp uitmaken van een versterkte controle”* lijkt als een vorm van profilering te moeten worden beschouwd, die weliswaar niet verboden is zolang het profiel niet wordt toegepast op personen en er vervolgens ook geen besluit aan wordt gekoppeld. Ook voor het toepassen van de gedetecteerde risicoprofielen op personen, lijkt er – onrechtstreeks - een wettelijke grondslag te zijn doordat in artikel 5 § 2 van de wet van 3 augustus 2012 wordt bepaald dat het Sectoraal Comité voor de Federale Overheid⁸⁷³ erover moet waken dat de verwerking, waar mogelijk, geschiedt op gecodeerde

⁸⁷⁰ Wetsontwerp van 6 juli 2012 houdende bepalingen betreffende de verwerking van persoonsgegevens door de FOD Financiën in het kader van zijn opdrachten, inbegrepen het advies van de Raad van State, doc 53/2343/001, 5, die hiermee verwijzen naar een omschrijving die inzake **datamining** werd gegeven in een tekst van het Planbureau van 2003 (M. SAINSTRAIN, *TIC. Nouveaux standards transactionnels et fiscalité*, Planbureau Working paper 15-03, augustus 2003, 41-42)

⁸⁷¹ Zie ook advies nr. 11/2012 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van 11 april 2012 omtrent het voorontwerp van wet betreffende de verwerking van persoonsgegevens door de FOD Financiën in het kader van zijn bijzondere opdrachten, randnummer 15 waarin wordt bevestigd dat deze bepaling een wettelijke grondslag vormt voor het datamining van gegevens

⁸⁷² Wetsontwerp van 6 juli 2012 houdende bepalingen betreffende de verwerking van persoonsgegevens door de FOD Financiën in het kader van zijn opdrachten, inbegrepen het advies van de Raad van State, doc 53/2343/001, 5

⁸⁷³ Het Sectoraal Comité voor de Federale Overheid is een orgaan dat werd opgericht in de schoot van de Commissie tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer, en dat bevoegd is voor de behandeling van

persoonsgegevens en dat de decodering enkel geschiedt wanneer het risico bestaat van het plegen van een inbreuk op een wet of een reglementering waarvan de toepassing behoort tot de opdrachten van de FOD Financiën. Decoderen is dus – onder toezicht – mogelijk wanneer er een risico bestaat op een wetsovertreding. Ook voor het identificeren van belastingplichtigen die als potentiële fraudeur kunnen worden aangemerkt, lijkt dus – met wat goede wil – een wettelijke grondslag te kunnen worden teruggevonden in de wet van 3 augustus 2012. Enige duidelijke verwijzing naar het nemen van een besluit op basis van het geautomatiseerd verwerkingsproces ontbreekt evenwel, zodat moet worden besloten dat een beslissing tot het uitvoeren van een fiscale controle bij de personen die aldus worden geïdentificeerd, moet gepaard gaan met een substantiële menselijke tussenkomst⁸⁷⁴. Ook de Raad van Europa stelde in zijn aanbeveling betreffende profilering dat profilering aangewend door de fiscale administratie niet kan leiden tot een vermoeden van fraude maar enkel als een hulpmiddel bij het fiscaal onderzoek⁸⁷⁵.

Over het effectief bestaan van deze menselijke tussenkomst, ontbreekt evenwel transparantie. In antwoord op een parlementaire vraag van de heer MATHOT⁸⁷⁶ van 4 maart 2016 bevestigde de Minister wel dat de fiscale controlepolitiek gebaseerd is op dit gecentraliseerd risicobeheer en dat de administratie zich tot doel heeft gesteld om aan de lokale taxatiediensten 80 % imperatieve dossiers toe te kennen, centraal geselecteerd op basis van een risicoprofiel. Voor de marge van minimum 20 % die overblijft, kunnen de lokale taxatiediensten zelf dossiers met opgemerkte risico's selecteren. Deze uitspraak lijkt er op de wijzen dat er voor de aan de lokale controle toegewezen en centraal geselecteerde dossiers géén menselijke tussenkomst is.

Overigens, in de mate dat zou worden aangenomen dat de wet van 3 augustus 2012 wel een wettelijke basis vormt voor het nemen van geautomatiseerde besluiten, moet worden vastgesteld dat de vereiste maatregelen die strekken tot bescherming van de gerechtvaardigde belangen van de betrokkene (artikel 15 lid 2 b van de Richtlijn 95/46 en artikel 22.2 b van de Verordening 2016/679) ontbreken.

266. Nu duidelijk is dat de wet van 3 augustus 2012 geen wettelijke basis vormt voor individuele besluiten die uitsluitend gebaseerd zijn op geautomatiseerde processen, moet deze bepaling enkel worden beschouwd als een bepaling die de wettelijke basis vormt voor verder onderzoek van de persoonsgegevens die de fiscale administratie voor haar wettelijke opdrachten had ingezameld. De wet biedt tevens een wettelijke basis voor het combineren van deze gegevens met de gegevens van andere administraties. Aan het verder aanwenden

aanvragen met betrekking tot de verwerking of de mededeling van gegevens waarvoor een bijzondere wetgevingen geldt in de context van in casu de federale overheid (artikel 36 bis van de Wet Verwerking Persoonsgegevens).

⁸⁷⁴ zie advies 01/2007 van de Commissie tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer van 17 januari 2007 betreffende het voorontwerp van wet betreffende bepaalde verwerkingen van persoonsgegevens door de FOD Financiën, randnummer 67 waarin dit wordt verduidelijkt ten aanzien van een eerder voorontwerp van wet in verband met de verwerking van persoonsgegevens door de FOD Financiën; zie ook advies 16/2007 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van 11 april 2007 betreffende het voorontwerp van wet betreffende bepaalde verwerkingen van persoonsgegevens door de FOD Financiën, randnummer 28. Dit advies handelt over het aangepast voorontwerp van wet van 2007.

⁸⁷⁵ Recommendation CM/Rec(2010)13 van 23 november 2010 on the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data in the context of profiling, p. 27

⁸⁷⁶ Vr. en Antw., 2015-2016, QRVA 54/069 dd. 14 april 2016, blz. 413 (Parl. Vr. van de heer MATHOT van 4 maart 2016)

van gegevens die voor een bepaalde finaliteit werden ingewonnen voor verder onderzoek, zijn afzonderlijke bepalingen gewijd in zowel de Richtlijn 95/46 als de Verordening 2016/679. Deze worden hierna besproken. Op dat moment zal ook worden nagegaan of het door de wet van 3 augustus 2012 toegelaten verder onderzoek aan deze bepalingen voldoet.

§ 4 Kwaliteitsvereisten van een toegelaten verwerking van persoonsgegevens

267. In de mate dat de verwerking van de persoonsgegevens toegelaten is, rekening houdend met wat hierboven onder §3 werd toegelicht, dient deze verwerking te voldoen aan een aantal kwaliteitsvereisten, vermeld in artikel 6 van de Richtlijn 95/46⁸⁷⁷. In de Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens worden deze beginselen opgenomen in artikel 4 § 1 en is de schending van deze vereisten strafrechtelijk sanctioneerbaar⁸⁷⁸. Deze kwaliteitsvereisten zijn inhoudelijk overeind gebleven in de Verordening 2016/679 (artikel 5 van de Verordening 2016/679)⁸⁷⁹.

268. Van groot belang in het kader van dit onderzoek is het feit dat van deze kwaliteitsvereisten kan worden afgeweken door een beroep te doen op de algemene uitzonderingsbepaling van artikel 13 lid 1 van de Richtlijn 95/46. Op grond van deze algemene uitzonderingsbepaling kunnen lidstaten wettelijke maatregelen treffen ter beperking van de reikwijdte van (o.m.) de kwaliteitsvereisten, indien dit noodzakelijk is ter vrijwaring van een aantal welbepaalde belangen van de lidstaten, waaronder een belangrijk economisch en financieel belang van een lidstaat, met inbegrip van monetaire, budgettaire en fiscale aangelegenheden, dan wel een taak op gebied van controle, inspectie of regelgeving verbonden, ook al is het incidenteel, met de uitoefening van het openbaar gezag in de (o.m.) fiscale aangelegenheden. Om een beroep te kunnen doen op deze uitzonderingsbepaling zal een lidstaat dus vooreerst een wettelijke maatregel moeten nemen en ten tweede moeten aantonen dat deze wettelijke maatregel noodzakelijk is ter vrijwaring van (in casu) het fiscaal belang van de lidstaat. Algemeen wordt aangenomen dat voor de invulling van de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 13 van de Richtlijn 95/46 kan worden teruggegrepen naar de rechtspraak van het EHRM betreffende de invulling van de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 lid 2 EVRM en dat ook de wettelijke bepaling waarin de maatregel wordt genomen om de reikwijdte van bepaalde vereisten van de Richtlijn 95/46 te beperken, moet voldoen aan de voorzienbaarheidsvereisten die werden ontwikkeld in de rechtspraak van het EHRM⁸⁸⁰. Bovendien wordt ook aangenomen dat artikel 13 van de Richtlijn 95/46 strikt moet worden geïnterpreteerd⁸⁸¹. België heeft van deze bevoegdheid geen gebruik gemaakt voor wat betreft de kwaliteitsvereisten van de verwerking van persoonsgegevens.

⁸⁷⁷ Dit artikel is opgenomen onder afdeling I met als titel "beginselen betreffende de kwaliteit van de gegevens"

⁸⁷⁸ En dit met een geldboete van 100 EUR tot 100.000 EUR (artikel 39, 1° Wet Verwerking Persoonsgegevens)

⁸⁷⁹ Dit artikel is opgenomen onder de titel "beginselen van inzake de verwerking van persoonsgegevens". In het kader van dit onderzoek wordt er evenwel voor geopteerd om deze beginselen verder de "kwaliteitsvereisten" te blijven benoemen om geen verwarring te scheppen met andere beginselen van het persoonsgegevensbeschermingsrecht die niet noodzakelijk betrekking hebben op de (kwalitatieve) wijze waarop de verwerking moet gebeuren.

⁸⁸⁰ Opinion 3/2013 of article 29 Working Party on purpose limitation, 38

⁸⁸¹ Zie bijvoorbeeld Advies 3/2008 over het ontwerp voor een internationale standaard inzake de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in het kader van de wereldantidopingcode)

Ook in de toekomst kan een beroep worden gedaan op de algemene uitzonderingsbepaling van artikel 23 van de Verordening 2016/679, zij het dat wat betreft het beperken van de kwaliteitsvereisten er een fundamentele uitzondering is. Artikel 23 van de Verordening 2016/6879 bepaalt immers in fine dat de reikwijdte van de verplichtingen en rechten bedoeld in artikel 5 (in het kader van dit onderzoek worden deze de kwaliteitsvereisten genoemd) kunnen worden beperkt “voor zover de bepalingen van die artikelen overeenstemmen met rechten en verplichtingen bedoeld in de artikelen 12 tot en met 20 van de Verordening”. In de artikelen 12 tot en met 20 worden de rechten van de betrokkene opgesomd (zie verder hierna: het recht op informatie, het recht op inzage, het recht op verbetering en dergelijke meer). Zoals hierna zal blijken vormen deze rechten en verplichtingen een concretisering van in hoofdzaak de (kwaliteits)vereiste van de transparantie. Op grond van artikel 23 van de Verordening 2016/679 zal er met andere woorden een uitzondering kunnen worden gemaakt op het transparantiebeginsel als kwaliteitsvereiste. Voor andere fundamentele kwaliteitsvereisten, zoals het finaliteitsbeginsel, zal – in principe - geen uitzondering kunnen worden gemaakt op grond van artikel 23 van de Verordening 2016/679 omdat, zoals hierna zal blijken, deze vereisten niet “overeenstemmen met één van de rechten van de betrokkene”⁸⁸². Een uitzondering kan, net als dit het geval was met de Richtlijn 95/46, enkel door middel van een unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepaling en mits deze uitzondering noodzakelijk is ter waarborging van een reeks welbepaalde belangen van de lidstaat. De fiscale belangen behoren daar bij, net als in de Richtlijn 95/46. De Verordening 2016/679 voegt hieraan toe dat deze beperking “de wezenlijke inhoud van de grondrechten en fundamentele vrijheden onverlet moet laten” en “niet alleen noodzakelijk moet zijn ter waarborging van welbepaalde belangen van de lidstaat, maar ook evenredig” (artikel 23.1 van de Verordening 2016/679). Gelet op het feit dat al werd aangenomen dat de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 13 van de Richtlijn 95/46 moest worden gelezen in de zin van de rechtspraak van het EHRM betreffende de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 lid 2 EVRM en deze rechtspraak met name inhoudt dat de noodzakelijkheidsvereiste onder meer inhoudt dat er een band van evenredigheid moet zijn tussen het nagestreefde doel en de genomen maatregel, moet deze toevoeging als een loutere verduidelijking worden gezien. De Verordening 2016/679 schrijft bovendien voor wat er minstens in de wet moet staan die de bedoelde beperking invoert (artikel 23.2 van de Verordening 2016/679). Met name moet een dergelijke wet minstens de doeleinden van de verwerking of van de categorieën van verwerking bepalen, alsook de categorieën persoonsgegevens, het toepassingsgebied van de ingevoerde beperkingen, de waarborgen ter voorkoming van misbruik of onrechtmatige toegang of onrechtmatig doorgeven, de specificatie van de verwerkingsverantwoordelijke of de categorieën van verwerkingsverantwoordelijken, de opslagperiodes en de toepasselijke waarborgen, rekening houdend met de aard, de omvang en de doeleinden van de verwerking of van de categorieën van verwerking, de risico's voor de rechten en vrijheden van de betrokkenen en het recht van de betrokkenen om van de beperking op de hoogte te worden gesteld, tenzij dit afbreuk kan doen aan het doel van de beperking.

⁸⁸² Een uitzondering vormt artikel 6.4 van de Verordening 2016/679 dat een uitzondering toelaat op één aspect van het finaliteitsbeginsel, met name het beginsel dat persoonsgegevens niet verder mogen worden verwerkt voor doeleinden die niet compatibel zijn met de oorspronkelijk doeleinden – zie hierover meer hierna

I. Eerlijk (of transparant en behoorlijk) en rechtmatig

269. De eerste kwaliteitsvereiste is de vereiste dat persoonsgegevens eerlijk en rechtmatig moeten worden verwerkt (artikel 6.1.a van de Richtlijn 95/46). In de Engelse versie van de Richtlijn 95/46 worden de begrippen “fairly” en “lawfully” gebruikt. De Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens stelt een identiek geformuleerde voorwaarde in artikel 4 § 1, 1° (“eerlijk en rechtmatig”)⁸⁸³. In de Verordening 2016/679 wordt deze voorwaarde in artikel 5.1.a geherformuleerd en wordt vereist dat persoonsgegevens worden verwerkt op een wijze die ten aanzien van de betrokkene rechtmatig, behoorlijk en transparant is. In de Engelse versie wordt gesteld dat “*personal data shall be processed lawfully, fairly and in a transparent manner in relation to the data subject*”, waaruit blijkt dat “fairly” niet langer als “eerlijk” wordt vertaald, maar wel als “behoorlijk”.

270. Het begrip “fairly” dat zowel in de Richtlijn 95/46 als de Verordening 2016/679 wordt gehanteerd verwijst in wezen naar het basisprincipe dat de verwerking van persoonsgegevens op een transparante wijze moet gebeuren⁸⁸⁴. Het feit dat in de Verordening 2016/679 het begrip “transparantie” wordt toegevoegd, vormt dus geen inhoudelijke wijziging, maar eerder een verduidelijking. Dit transparantiebeginsel wordt in de Richtlijn 95/46 en de Verordening 2016/679 geconcretiseerd in onder meer de informatieverplichtingen, met name het recht op spontane informatieverstrekking door de verwerkingsverantwoordelijke enerzijds en het recht op inzage anderzijds. Deze worden hierna besproken onder § 5.

Het “eerlijk” verwerken van de persoonsgegevens is ook een aspect dat grondrechtelijke bescherming krijgt in artikel 8 van het Handvest.

271. Wat betreft het begrip “rechtmatig” (in de Engelse versie van de Richtlijn 95/46 en van de Verordening 2016/679 “lawfully”) werd hierboven al toegelicht dat deze voorwaarde, afkomstig uit de Conventie nr. 108 in de Richtlijn 95/46 werd uitgewerkt in 6 concrete toelaatbaarheidsgronden. Daarom wordt aangenomen dat het begrip “rechtmatig” in wezen inhoudt dat de verwerking van de persoonsgegevens *minstens* moet voldoen aan de toelaatbaarheidsvereisten van de Richtlijn 95/46, maar daarnaast ook in algemene zin in overeenstemming met de wet moet zijn⁸⁸⁵. In het kader van de verwerking van persoonsgegevens door de overheid vormt de verplichting om slechts persoonsgegevens te

⁸⁸³ Merk op dat in de Nederlandse Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) deze termen werden vertaald als “behoorlijk en zorgvuldig” zie H.R. KRANENBORG en L.F.M. VERHEY, *Wet bescherming persoonsgegevens in Europees perspectief*, Deventer, Kluwer, 2011, 81

⁸⁸⁴ T. LEONARD, en Y. POULLET, “La protection des données à caractère personnel en pleine (r)évolution”, *JT* 1999, 385; D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 115; H.R. KRANENBORG en L.F.M. VERHEY, *Wet bescherming persoonsgegevens in Europees perspectief*, Deventer, Kluwer, 2011, 81; Merk op dat B. DOCQUIR de vereiste van de eerlijke verwerking eerder beschouwt als een bestanddeel van het proportionaliteitsbeginsel (B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, Brussel, Larcier, 2008, 132). De stelling dat de vereiste van de eerlijke verwerking in wezen verwijst naar de vereiste van een transparante verwerking, blijkt uit het arrest BARA van het Hof van Justitie (HvJ 1 oktober 2015, C-201/14, BARA, randnummer 31-33). In dit arrest verduidelijkt het Hof van Justitie dat de vereiste van eerlijke verwerking van de persoonsgegevens, zoals bepaald in artikel 6 van Richtlijn 95/46, (in casu) een overheidsinstantie verplicht om de betrokkenen te *informer* over (in casu) de overdracht van persoonsgegevens aan een andere overheidsinstantie.

⁸⁸⁵ H. GRAUX, en H. DUMORTIER, *Privacywetgeving in de praktijk*, in de reeks Recht en ICT, Kortrijk, UGA, 2009, 26; Opinion 06/2014 of Working Party 29 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, 4

verwerken wanneer deze verwerking “wettelijk” is, een eenvoudige toepassing van het administratief legaliteitsbeginsel. De overheid kan immers niet alleen slechts handelen binnen de bevoegdheden die zijn toegekend op grond van de Grondwet of de wet⁸⁸⁶; de overheid moet bij de uitoefening van de door de Grondwet of de wet toegewezen bevoegdheden ook steeds handelen binnen de grenzen van de wet⁸⁸⁷.

Voor dit onderzoek zal bijgevolg enkel worden nagegaan of de onderzochte instroom van informatie (zie hoofdstuk 3) wel in overeenstemming is met het *transparantiebeginsel*. Zoals hierboven toegelicht zal dit in concreto moeten gebeuren aan de hand van de informatierechten van de betrokkene, die hierna verder worden besproken (§5).

II. Finaliteitsvereiste

A. Algemeen: herkomst en belang van de finaliteitsvereiste

272. Een tweede kwaliteitsvereiste voor een rechtmatige verwerking van persoonsgegevens bestaat erin dat persoonsgegevens slechts voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden mogen worden verkregen en vervolgens niet worden verder verwerkt op een wijze die onverenigbaar is met die doeleinden (artikel 6.1 b van de Richtlijn 95/46 in fine, artikel 4 § 1, 2° van de Wet Verwerking Persoonsgegevens en artikel 5.1 b van de Verordening 2016/679). Dit wordt het finaliteitsbeginsel of het doelbindingsbeginsel genoemd⁸⁸⁸.

273. Algemeen wordt aangenomen dat dit finaliteitsbeginsel afgeleid kan worden uit artikel 8 lid 2 van het EVRM dat een inmenging in het privéleven maar toelaat in de mate dat deze inmenging een legitiem doel dient⁸⁸⁹. Deze legitimeitsvereiste van artikel 8 lid 2 EVRM wordt in het recht op de bescherming van de persoonsgegevens niet alleen verfijnd en geconcretiseerd door de toelaatbaarheidsvereisten van artikel 7 van de Richtlijn 95/46 (en in de toekomst: artikel 6 van de Verordening 2016/679), zoals hierboven toegelicht, maar tevens door het finaliteitsbeginsel dat werd ingevoerd door de Conventie nr. 108⁸⁹⁰. Zoals hierboven reeds gesteld kunnen de toelaatbaarheidsvoorwaarden worden beschouwd als een reeks situaties waarin – *in abstracto* – wordt aangenomen dat er een evenwicht is tussen de belangen en fundamentele rechten van de betrokkene enerzijds en de (legitieme) doelstellingen van de verwerkingsverantwoordelijke anderzijds, waardoor de verwerking op zich toegelaten is. Het finaliteitsbeginsel vereist daarentegen dat er ook *in concreto* een legitiem doel voorhanden is voor de verwerking van de persoonsgegevens. Het feit dat voldaan is aan één of meer toelaatbaarheidsgronden van artikel 7 van de Richtlijn 95/46 (of

⁸⁸⁶ Artikel 105 van de Grondwet: “De Koning heeft geen andere macht dan die welke de Grondwet en de bijzondere wetten, krachtens de Grondwet zelf uitgevaardigd, hem uitdrukkelijk toekennen”.

⁸⁸⁷ Artikel 108 GW: “De Koning maakt de verordeningen en neemt de besluiten die voor de uitvoering van de wetten nodig zijn, zonder ooit de wetten zelf te mogen schorsen of vrijstelling van hun uitvoering te mogen verlenen”

⁸⁸⁸ In het Engels: “purpose limitation principle”. In artikel 5.1 b van de Verordening 2016/679 wordt het begrip “doelbinding” uitdrukkelijk genoemd.

⁸⁸⁹ Opinion 3/2013 of article 29 Working Party on purpose limitation, 7; B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, Larcier, 2008, 111 ; D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*. Brussel, Politeia 2015, 106; E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et contrôle*, Brussel, Larcier, 2014, 178

⁸⁹⁰ Zie artikel 5 b van de Conventie nr. 108

in de toekomst: artikel 6 van de Verordening 2016/679) betekent dus niet dat meteen ook voldaan is aan de finaliteitsvereiste van artikel 6.1.b van de Richtlijn 95/46 (in de toekomst: artikel 5.1.b van de Verordening 2016/679)⁸⁹¹. Bovendien houdt de finaliteitsvereiste niet enkel in dat er een legitiem doel *is* voor de verwerking van de persoonsgegevens, maar tevens dat dit doel welbepaald en uitdrukkelijk omschreven is en moet worden gerespecteerd bij elke verdere verwerking van persoonsgegevens.

274. Het finaliteitsbeginsel wordt algemeen beschouwd als een hoeksteen van het persoonsgegevensbeschermingsrecht⁸⁹², vermits de mate waarin rechten en vrijheden van de betrokkene zijn geschonden slechts kan worden beoordeeld vanuit de context waarin de persoonsgegevens zijn verwerkt. Men dient met andere woorden de finaliteit van een verwerking te kennen alvorens er kan worden geoordeeld of andere basisbeginselen van het persoonsgegevensbeschermingsrecht (waaronder proportionaliteit, bewaartermijn en dergelijke meer) werden nageleefd. De Working Party 29 koppelt het finaliteitsbeginsel ook aan het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Vermits iedereen bepaalde verwachtingen heeft over wat er met zijn of haar persoonsgegevens zal gebeuren ligt de waarde van het finaliteitsbeginsel erin dat deze verwachtingen worden gehonoreerd met het oog op het behoud van het vertrouwen en de rechtszekerheid⁸⁹³. Het finaliteitsbeginsel krijgt ook grondrechtelijke bescherming binnen artikel 8 van het Handvest.

275. Het finaliteitsbeginsel omvat drie aspecten: (1) de doeleinden moeten welbepaald en uitdrukkelijk omschreven zijn⁸⁹⁴, (2) de doeleinden moeten bovendien gerechtvaardigd zijn en (3) het verder gebruik van de gegevens moet verenigbaar zijn met die doeleinden.

B.Eerste aspect van het finaliteitsbeginsel: de doeleinden moeten welbepaald en uitdrukkelijk omschreven zijn

276. De doeleinden van de verwerking moeten dus vooreerst welbepaald en uitdrukkelijk omschreven zijn.

Dat het doeleinde “*welbepaald*” moet zijn, betekent dat het voldoende duidelijk omschreven moet zijn om na te gaan of aan de andere vereisten van het persoonsgegevensbeschermingsrecht, waaronder de proportionaliteitsvereiste, is

⁸⁹¹ Opinion 3/2013 of article 29 Working Party on purpose limitation, 12 en 20-21: “*This notion goes beyond the requirement to have a legal ground for the processing under Article 7 of the Directive and also extends to other areas of law. Purpose specification under Article 6 and the requirement to have a legal ground under Article 7 are thus two separate and cumulative requirements*”; D. DE BOT, *Privacybescherming bij e-government in België*, Brugge, Vandenbroele, 2005, 36; zie ook de aanbeveling van de Europese Toezichthouder voor Gegevensbescherming (EDPS) betreffende de opties van de EU inzake gegevensbescherming van 27 juli 2015 (2015/C 301/01)

⁸⁹² Opinion 3/2013 of article 29 Working Party on purpose limitation, 4; S. GUTWIRTH, “de toepassing van het finaliteitsbeginsel van de privacywet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van de persoonsgegevens”, *TPR* 1993, 1439; T. LEONARD, en Y. POULLET, “La protection des données à caractère personnel en pleine (r)évolution”, *JT* 1999, 384; D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens in de reeks “Recht en praktijk”*, Antwerpen, Kluwer, 2001, randnummer 151; D. DE BOT, *Privacybescherming bij e-government in België*, Brugge, Vandenbroele, 2005, 36; H.R. KRANENBORG, en L.F.M. VERHEY, *Wet bescherming persoonsgegevens in Europees perspectief*, Deventer, Kluwer, 2011, 82

⁸⁹³ Opinion 3/2013 of article 29 data protection working party on purpose limitation, 4

⁸⁹⁴ In de rechtsleer wordt dit aspect ook wel het beginsel van “purpose specification” genoemd – zie bijvoorbeeld Opinion 3/2013 of article 29 Working Party on purpose limitation, 11

voldaan⁸⁹⁵. Het verwerken van persoonsgegevens voor “alle nuttige doeleinden” kan dus niet⁸⁹⁶. Ook een omschrijving, zoals “de persoonsgegevens zullen worden verwerkt voor overheidsdoeleinden” is te vaag⁸⁹⁷, net als dit het geval is voor de omschrijving “de persoonsgegevens zullen worden verwerkt voor de taken van de administratie die ze verwerkt”⁸⁹⁸. De finaliteit moet ook het finale doel zijn van de verwerking en niet slechts het middel. Het centraliseren van gegevens kan dus niet het finale doel zijn van een verwerking⁸⁹⁹.

In haar Opinion 3/2013 geeft de Working Party 29 wel aan dat de mate van precisie waarmee de finaliteit moet worden omschreven afhangt van de context van de gegevensverwerking. Indien de context duidelijk is of geen aanleiding kan geven tot tegenstrijdigheden, zal het niet nodig zijn veel detail te geven over de finaliteit van de gegevensverwerking⁹⁰⁰. In een minder duidelijke context zal meer detail vereist zijn. In dat laatste geval beveelt de Working Party 29 overigens de “layered notice” aan, waarbij de belangrijkste informatie op een zeer toegankelijke manier wordt gecommuniceerd aan de betrokkene, terwijl de bijkomende informatie ter beschikking wordt gehouden (bijvoorbeeld via een link op een website)⁹⁰¹.

277. Wanneer persoonsgegevens worden verwerkt voor verschillende doeleinden, raadt de Working Party 29 aan dat elk afzonderlijk doel voldoende wordt gespecificeerd opdat het mogelijk wordt na te zien of de verwerking van persoonsgegevens in het kader van elk specifiek doel in overeenstemming is met de basisprincipes van het persoonsgegevensbeschermingsrecht⁹⁰². Wanneer in het kader van overheidsdatabanken persoonsgegevens worden opgeslagen die voor meerdere (overheids)doeleinden kunnen worden gebruikt, beveelt de Working Party 29, aan dat er *wettelijke regels* bestaan die verduidelijken hoe de informatie in deze databanken kan worden gebruikt en gedeeld en welke waarborgen er voor de betrokkenen bestaan⁹⁰³. Ook wat betreft de uitwisseling van persoonsgegevens in het kader van de administratieve samenwerking tussen overheden raadt de Working Party 29 aan om te zorgen voor duidelijke en specifieke wettelijke regels die verduidelijken welke gegevens kunnen worden gebruikt, gedeeld, uitgewisseld of opgeslagen en voor welke doeleinden.

278. In overheidscontext sluit het finaliteitsbeginsel uit het persoonsgegevensbeschermingsrecht aan bij het specialiteitsbeginsel (of het doelgebondenheidsbeginsel) in het administratief recht, dat inhoudt dat overheden slechts

⁸⁹⁵ Opinion 3/2013 of article 29 Working Party on purpose limitation, 12 in fine; H.R. KRANENBORG en L.F.M. VERHEY, *Wet bescherming persoonsgegevens in Europees perspectief*, Deventer, Kluwer, 2011, 82

⁸⁹⁶ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, randnummer 152

⁸⁹⁷ Opinion 7/2003 of the article 29 Working Party on the re-use of public sector information and the protection of personal data, 7; Opinion 3/2013 of article 29 Working Party on purpose limitation, annex 3, voorbeeld 13

⁸⁹⁸ Opinion 3/2013 of article 29 Working Party on purpose limitation, 16; D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, randnummer 152; E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et controle*, Brussel, Larcier, 2014, 180

⁸⁹⁹ E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et controle*, Brussel, Larcier, 2014, 190

⁹⁰⁰ Opinion 3/2013 of article 29 Working Party on purpose limitation, annex 3, voorbeeld 5-6

⁹⁰¹ Opinion 3/2013 of article 29 Working Party on purpose limitation, 16

⁹⁰² Opinion 3/2013 of article 29 Working Party on purpose limitation, p. 16 en annex 3, voorbeeld 11

⁹⁰³ Opinion 3/2013 of article 29 Working Party on purpose limitation, annex 3, voorbeeld 13

kunnen handelen binnen de opdrachten die hen zijn toegewezen⁹⁰⁴. E. DEGRAVE verdedigt dat het finaliteitsbeginsel in het persoonsgegevensbeschermingsrecht het specialiteitsbeginsel in het administratief recht *versterkt*⁹⁰⁵. Op grond van het finaliteitsbeginsel in het persoonsgegevensbeschermingsrecht kan een overheid immers niet alleen slechts handelen (in casu persoonsgegevens verwerken) binnen het kader van de wettelijke opdracht; de finaliteit van de persoonsgegevensverwerking (die zich moet situeren binnen de wettelijke opdracht) moet bovendien voldoende precies worden bepaald. Het finaliteitsbeginsel zal zelfs de organisatorische werking van de administratie beïnvloeden, omdat de verwerking van persoonsgegevens door eenzelfde administratie voor doeleinden van beheer bijvoorbeeld proportioneel kan zijn in de zin van het persoonsgegevensbeschermingsrecht, terwijl het verwerken van persoonsgegevens door dezelfde administratie voor doeleinden van controle niet proportioneel kan zijn⁹⁰⁶.

279. De finaliteit van de verwerking moet niet alleen “welbepaald” zijn. Het persoonsgegevensbeschermingsrecht vereist ook dat de finaliteit “*uitdrukkelijk omschreven*” is. Dit houdt in dat de finaliteit ondubbelzinnig en duidelijk moet zijn omschreven⁹⁰⁷, dit voor zowel de verwerkingsverantwoordelijke, de betrokkene, als de toezichhoudende overheid⁹⁰⁸. Impliciete doeleinden volstaan dus niet⁹⁰⁹. Het doeleinde moet omschreven worden op een manier die kan begrepen worden door de gemiddelde burger⁹¹⁰. Deze kwaliteitsvereiste wordt gekoppeld aan de voorzienbaarheidsvereiste zoals deze door de rechtspraak van het EHRM wordt gesteld betreffende artikel 8 lid 2 EVRM⁹¹¹.

280. De vereiste dat de doeleinden uitdrukkelijk omschreven moeten zijn, moet worden onderscheiden van de informatieverplichtingen ten aanzien van de betrokken zoals vermeld in de artikelen 10 en 11 van de Richtlijn 95/46 (in de toekomst: artikel 13 en 14 van de Verordening 2016/679)⁹¹². Bijgevolg hoeft de finaliteit niet noodzakelijk te worden omschreven door een bericht aan de betrokkene⁹¹³. Ook publieke verklaringen of wetgeving kunnen dienen om de finaliteit te specificeren⁹¹⁴. Hierboven werd evenwel al toegelicht dat de verwerking van persoonsgegevens door de fiscale administratie heel vaak een inmenging vormt op het privéleven. Hierdoor zal de specificatie van de finaliteit van de verwerking van de persoonsgegevens door een formele wet moeten gebeuren op grond van artikel 22

⁹⁰⁴ E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et controle*, Brussel, Larcier, 2014, 185

⁹⁰⁵ E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et controle*, Brussel, Larcier, 2014, 185 en 191; zie hierover ook eerder al: E. DEGRAVE, “Principe de finalité et secteur public dans la jurisprudence de la Commission de la protection de la vie privée”, *CDPK* 2009, 49

⁹⁰⁶ E. DEGRAVE, “Principe de finalité et secteur public dans la jurisprudence de la Commission de la protection de la vie privée”, *CDPK* 2009, 51 met verwijzing naar het advies van de Commissie voor bescherming van de persoonlijke levenssfeer 1/2007 inzake een wetsvoorstel in verband met de verwerking van persoonsgegevens door de FOD Financiën.

⁹⁰⁷ Opinion 3/2013 of article 29 Working Party on purpose limitation, 12

⁹⁰⁸ Opinion 3/2013 of article 29 Working Party on purpose limitation, 17

⁹⁰⁹ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, randnummer 152

⁹¹⁰ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, randnummer 152; D. DE BOT, *Privacybescherming bij e-government in België*, Vandenbroele, 2005, 38

⁹¹¹ Opinion 7/2003 of the article 29 Working Party on the re-use of public sector information and the protection of personal data, 7; B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, Brussel, Larcier, 2008, 123

⁹¹² Opinion 3/2013 of article 29 Working Party on purpose limitation, 18

⁹¹³ Opinion 3/2013 of article 29 Working Party on purpose limitation, 18

⁹¹⁴ Opinion 3/2013 of article 29 Working Party on purpose limitation, 18 waarin overigens verwezen wordt naar paragraaf 54 van de the Explanatory Memorandum to the OESO Guidelines die eenzelfde flexibiliteit toelaten

GW⁹¹⁵. Omwille van de voorzienbaarheidsvereiste moeten de meest essentiële zaken van de verwerking van de persoonsgegevens die als een inmenging in het privéleven worden beschouwd via een formele wet worden geregeld. De aanduiding van de finaliteit van de verwerking van de persoonsgegevens moet worden beschouwd als een dergelijk essentieel element van een regeling betreffende de verwerking van de persoonsgegevens⁹¹⁶.

281. Wanneer de doeleinden niet uitdrukkelijk zijn omschreven, dan voldoet de verwerking niet aan één van de vereisten van een kwaliteitsvolle verwerking, waardoor ze in die mate niet toegelaten is. Het kan evenwel ook gebeuren dat de uitdrukkelijk omschreven doeleinden niet overeenstemmen met de feitelijke doeleinden van de verwerking, in welk geval de verwerking evenzeer niet voldoet aan de vereisten van een kwaliteitsvolle verwerking. Om de feitelijke doeleinden van de verwerking te bepalen stelt de Working Party 29 dat moet rekening worden gehouden met alle feitelijke elementen, met inbegrip van de redelijke verwachting van de betrokkene⁹¹⁷.

282. Voor wat betreft de verwerking van de persoonsgegevens door de federale belastingdiensten, werd de finaliteit van de verwerking van de persoonsgegevens bepaald door de hiervoor al aangehaalde wet van 3 augustus 2012. De finaliteit van de persoonsgegevensverwerkingen door de federale belastingdiensten is dus “uitdrukkelijk omschreven” in de zin van het persoonsgegevensbeschermingsrecht en het artikel 8 EVRM. De finaliteit wordt in deze wet evenwel onvoldoende “bepaald”. Artikel 3 lid 1 bepaalt immers dat de FOD Financiën persoonsgegevens verzamelt en verwerkt “om zijn wettelijke opdrachten uit te voeren”⁹¹⁸. Gelet op wat hierboven werd gesteld moet deze omschrijving zonder meer als ontoereikend worden beschouwd. De omschrijving vormt een vertaling van het doelgebondenheidsbeginsel in het administratief recht, maar is naar de normen van het persoonsgegevensbeschermingsrecht onvoldoende. De mate waarin de basisbeginselen van het persoonsgegevensbeschermingsrecht (waaronder proportionaliteit, bewaartermijn en dergelijke meer) zijn geschonden moet immers steeds worden beoordeeld vanuit de concrete finaliteit van de verwerking van de persoonsgegevens. Wanneer persoonsgegevens worden verwerkt voor verschillende doeleinden, dient elk afzonderlijk doel voldoende te worden gespecificeerd opdat het mogelijk wordt na te zien of het verwerken van persoonsgegevens in het kader van elk specifiek doel in overeenstemming is met de basisprincipes van het persoonsgegevensbeschermingsrecht⁹¹⁹. Hierboven werden de wettelijke opdrachten van de FOD Financiën al omschreven en is gebleken (in het kader van het aanduiden van de verwerkingsverantwoordelijke door de wet van 3 augustus 2012) dat

⁹¹⁵ E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et controle*, Brussel, Larcier, 2014, 124 die er in haar doctoraatsonderzoek overigens van uit gaat dat elke verwerking van persoonsgegevens door de overheid in het kader van e-government, een inmenging vormt in het privéleven (zie: E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et controle*, Brussel, Larcier, 2014, 103). De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer volgt dit standpunt in onder meer advies 23/2008 van 11 juni 1998 met betrekking tot het voorontwerp van wet houdende oprichting van de authentieke bron van voertuiggegevens, 18

⁹¹⁶ EHRM 4 mei 2000, ROTARU/Roemenie (§ 57-60); EHRM 4 december 2015, ZAKHAROV/Rusland (§231)

⁹¹⁷ Opinion 3/2013 of article 29 Working Party on purpose limitation, 18

⁹¹⁸ In het voorontwerp wordt de keuze voor deze formulering gemotiveerd vanuit het argument dat omwille van de talrijke en verscheidene opdrachten van de FOD Financiën, het te risicovol zou zijn om een exhaustieve lijst op te stellen van opdrachten. De lijst zou permanent moeten worden bijgewerkt en het risico zou bestaan dat een opdracht niet wordt opgenomen in de lijst (wetsontwerp van 6 juli 2012 houdende bepalingen betreffende de verwerking van persoonsgegevens door de FOD Financiën in het kader van zijn opdrachten, inbegrepen het advies van de Raad van State, doc 53/2343/001, 4)

⁹¹⁹ Opinion 3/2013 of article 29 Working Party on purpose limitation, 16 en annex 3, voorbeeld 11

het bijvoorbeeld mogelijk is dat het verwerken van persoonsgegevens voor de inning en controle van de invoerrechten, accijnzen en BTW bij invoer (door de Algemene Administratie van de Douane en Accijnzen) niet proportioneel is terwijl de verwerking van dezelfde persoonsgegevens wel proportioneel kan zijn in functie van de opdracht om de Unie te beschermen tegen onwettige en oneerlijke handel.

Het is evenwel niet omdat de omschrijving van de finaliteit van de verwerking van de persoonsgegevens door de FOD Financiën onvoldoende bepaald is in de wet van 3 augustus 2012, dat alle verwerkingen van persoonsgegevens door de FOD Financiën onrechtmatig zouden zijn in de zin van het persoonsgegevensbeschermingsrecht. Er zal steeds per verwerking moeten worden nagezien of voldaan is aan het finaliteitsbeginsel. Het is immers nog steeds mogelijk dat de verwerking bijvoorbeeld gebaseerd is op een wettelijke bepaling die de finaliteit van de verwerking wel voldoende bepaalt⁹²⁰. Dit wordt nagegaan in hoofdstuk 3.

C.Tweede aspect van het finaliteitsbeginsel: de doeleinden moeten gerechtvaardigd zijn

283. De finaliteit van de verwerking van persoonsgegevens, moet ook een gerechtvaardigde finaliteit zijn. In de context van dit onderzoek stelt het vraagstuk naar het gerechtvaardigd karakter van de finaliteit geen probleem. De finaliteit van het heffen van de inkomstenbelasting, of het opsporen van fraude met het oog op het heffen van het juiste bedrag van de belastingen⁹²¹, is een gerechtvaardigde finaliteit.

D.Derde aspect van het finaliteitsbeginsel: de verdere verwerking moet verenigbaar zijn met de oorspronkelijke doeleinden

1.Algemene regel

284. Het derde en laatste aspect van het finaliteitsbeginsel bestaat erin dat het verder verwerken van de persoonsgegevens verenigbaar moet zijn met de oorspronkelijke doeleinden van de verwerking.

Onder “verder verwerken” dient te worden verstaan elke verwerking na de initiële inzameling van de persoonsgegevens⁹²² door de verwerkingsverantwoordelijke⁹²³. Het gaat in hoofdzaak over het doorgeven van persoonsgegevens, maar ook over bijvoorbeeld het koppelen van verschillende soorten persoonsgegevens aan elkaar⁹²⁴. Het “verder verwerken” van persoonsgegevens wordt ook wel het secundair gebruik genoemd⁹²⁵. Vermits in dit onderzoek de instroom van informatie naar de fiscale administratie toe wordt

⁹²⁰ Zie ook aanbeveling nr. 02/2012 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van 8 februari 2012 betreffende de na te leven basisprincipes bij gegevensverwerkingen en uitwisselingen waarbij de FOD Financiën is betrokken, randnummer 7;

⁹²¹ Zie bijvoorbeeld Advies nr. 6/2012 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer waarin de wettigheid van het doeleinden dat erin bestaat (sociale) fraude door het aanwenden van fictieve adressen te bestrijden door het verzamelen van gebruiksgegevens

⁹²² Opinion 3/2013 of article 29 Working Party on purpose limitation, 21

⁹²³ D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*. Brussel, Politeia 2015, 330

⁹²⁴ H.R. KRANENBORG en L.F.M. VERHEY, *Wet bescherming persoonsgegevens in Europees perspectief*, Deventer, Kluwer, 2011, 93

⁹²⁵ H.R. KRANENBORG en L.F.M. VERHEY, *Wet bescherming persoonsgegevens in Europees perspectief*, Deventer, Kluwer, 2011, 9

onderzocht, is dit beginsel van groot belang bij de beoordeling van het doorgeven van informatie *door overheidsdiensten* aan de fiscale administratie voor taxatiedoeleinden alsook van het doorgeven van informatie door *derden* aan de fiscale administratie voor taxatiedoeleinden (zie de afdelingen 4 en 5 van hoofdstuk 3).

285. De basisregel van het persoonsgegevensbeschermingsrecht dat elke verwerking moet worden beoordeeld in functie van de concrete finaliteit van elke verwerking, wordt in wezen *afgezwakt* door het secundair gebruik van persoonsgegevens die voor een bepaald doel zijn ingezameld, toe te laten in de mate dat de finaliteit van het secundair gebruik verenigbaar is met de oorspronkelijke finaliteit⁹²⁶. Met deze afzwakking van de basisregel wil men vermijden dat elk nuttig hergebruik van persoonsgegevens wordt belemmerd⁹²⁷. De grens van het toegelaten hergebruik van persoonsgegevens wordt bepaald door het begrip “(on)verenigbaarheid van de finaliteit”. Hergebruik van persoonsgegevens voor doeleinden die onverenigbaar zijn met de oorspronkelijke doeleinden is verboden⁹²⁸.

2. Begrip onverenigbaarheid

286. Het begrip “(on)verenigbaarheid van de finaliteit” wordt in de Richtlijn 95/46 niet verduidelijkt. Uit verschillende studies is gebleken dat de lidstaten vaak een uiteenlopende invulling geven aan dit begrip⁹²⁹. Sommige lidstaten grijpen terug naar het criterium van de redelijke verwachting, bij anderen wordt er gewerkt met het criterium “eerlijke” verwerking, bij nog andere lidstaten dient er een belangenafweging te gebeuren in het kader van de beoordeling van dit begrip⁹³⁰. In de Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens wordt voor het begrip “onverenigbaar” verwezen naar de redelijke verwachtingen van de betrokkene en naar de toepasselijke wettelijke en reglementaire bepalingen, maar ook naar “andere relevante factoren” (artikel 4 § 1 lid 2° Wet Verwerking Persoonsgegevens), zodat deze omschrijving op zich weinig houvast biedt⁹³¹.

⁹²⁶ H.R. KRANENBORG en L.F.M. VERHEY, *Wet bescherming persoonsgegevens in Europees perspectief*, Deventer, Kluwer, 2011, 93, die dit zelfs een niet onaanzienlijke afzwakking noemen.

⁹²⁷ Opinion 3/2013 of article 29 Working Party on purpose limitation, 4-5

⁹²⁸ DE BOT merkt op dat onvoldoende duidelijk zou zijn wat het lot is van onverenigbaar verder gebruik en meent dat de interpretatie dat het onverenigbaar verder gebruik verboden zou zijn niet aanvaardbaar zou zijn: D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*. Brussel, Politeia 2015, 334. De Richtlijn 95/46 is evenwel duidelijk: “persoonsgegevens mogen niet worden verwerkt op een wijze die onverenigbaar is met die doeleinden” (artikel 6 1 b van de Richtlijn 95/46). Zie ook Opinion 3/2013 of article 29 data protection working party on purpose limitation, p. 21-22.

⁹²⁹ Impact Assessment accompanying the documents on the package for reforming the data protection framework SEC(2012)72 final, bijlage 2, 25, zie ook vergelijking gemaakt door E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et contrôle*, Brussel, Larcier, 2014, 196-198

⁹³⁰ D. KORFF, & I. BROWN, *Comparative Study on different approaches on new privacy challenges in particular in the light of technological developments*, European Commission, DG Justice, Freedom and Security, 29; Impact Assessment accompanying the documents on the package for reforming the data protection framework SEC(2012)72 final, bijlage 2, 25

⁹³¹ Ook in Nederland heeft de wetgever ervoor gekozen om dit begrip te verduidelijken. In artikel 9 lid 2 Wbp wordt er met name een niet-limitatieve lijst gegeven van omstandigheden waarmee moet rekening worden gehouden bij de beoordeling van het begrip “verenigbaarheid”, met name (1) de verwantschap tussen het doel van de beoogde verwerking en het doel waarvoor de gegevens zijn verkregen, (2) de aard van de betreffende gegevens, (3) de gevolgen van de beoogde verwerking voor de betrokkene, (4) de wijze waarop de gegevens zijn verkregen en (5) de mate waarin jegens de betrokkene wordt voorzien in passende waarborgen.

287. Gelet op de uiteenlopende invulling van het begrip “onverenigbaarheid” heeft de Working Party 29 in Opinion 3/2013 een reeks criteria uitgewerkt die in acht moeten worden genomen bij de beoordeling van het bestaan van een onverenigbaarheid⁹³².

Een *eerste criterium* vormt de (inhoudelijke) **relatie** tussen het doel waarvoor de gegevens werden verzameld en het doel van de verdere verwerking. In het kader van dit onderzoek is het doel van de verdere verwerking steeds het taxatiedoel van de fiscale administratie. Hoe groter de afstand tussen de doeleinden, hoe groter het probleem van de onverenigbaarheid⁹³³.

Een *tweede criterium* vormt de **context** waarin de persoonsgegevens zijn verzameld en de **redelijke verwachtingen**⁹³⁴ van de betrokkene over het verder gebruik van deze gegevens. Bij het beoordelen van de context waarin de persoonsgegevens zijn verzameld dient rekening te worden gehouden met de aard van de relatie tussen de betrokkene en de verwerkingsverantwoordelijke. Indien het bijvoorbeeld over een commerciële relatie gaat tussen de verwerkingsverantwoordelijke en de betrokkene, dan rijst de vraag of het voorgenomen hergebruik in dit soort commerciële relaties in het algemeen kan worden verwacht of niet. Wanneer het hergebruik gebaseerd is op een wettelijke grondslag, is *transparantie* van deze wetgeving een belangrijk aspect bij de beoordeling van de onverenigbaarheid van het hergebruik⁹³⁵. De wet moet dus duidelijk zijn ten aanzien van de finaliteiten van de mogelijke *verdere verwerking*, zo niet moet de betrokkene eventueel individueel worden geïnformeerd⁹³⁶.

Een *derde criterium* vormt de **aard van de gegevens** en de impact van het verder verwerken van de gegevens op de betrokkene⁹³⁷. Hoe gevoeliger de persoonsgegevens zijn hoe minder mogelijkheden er zijn op verenigbaar hergebruik van deze gegevens. Deze strengheid ten aanzien van gegevens van een gevoelige aard, geldt volgens de Working Party 29 niet alleen voor gevoelige gegevens in de zin van de Richtlijn 95/46 die, zoals hierboven is gebleken, nagenoeg niet door de fiscale administratie kunnen verwerkt, maar geldt ook voor

⁹³² Opinion 3/2013 of the article 29 Working Party on purpose limitation, 22-27

⁹³³ Opinion 3/2013 of the article 29 Working Party on purpose limitation, 23-24

⁹³⁴ Zie ook: H. GRAUX, en J. DUMORTIER, *Privacywetgeving in de praktijk*, in de reeks *Recht en ICT*, Kortrijk, UGA, 2009, 29 die de redelijke privacyverwachting als een zeer belangrijk criterium beschouwen in de beoordeling van de verenigbaarheid van de verdere verwerking

⁹³⁵ Memorie van toelichting bij het Wetsontwerp van 20 mei 1998 tot omzetting van de Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van deze persoonsgegevens, 1997-1998, 1566/1, 30 waarin wordt verduidelijkt dat de onverenigbaarheid van het doorgeven van dergelijke gegevens zal worden beoordeeld rekening houdend met de mate waarin de betrokkene door de overheid werd geïnformeerd over de verdere verwerking van zijn persoonsgegevens. Het persoonlijk informeren van de betrokkene is niet nodig wanneer de registratie of de mededeling van de persoonsgegevens bij wet is voorzien; zie ook T. LEONARD, en Y. POULLET, “La protection des données à caractère personnel en pleine (r)évolution”, *JT* 1999, 385; B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, Brussel, Larcier, 2008, 128; Ook de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer zal bij de beoordeling van de redelijke privacyverwachting rekening houden met de het geïnformeerd zijn van de betrokkene over de verder verwerking van de persoonsgegevens voor een andere finaliteit, bijvoorbeeld omdat dit in de wetgeving voorgeschreven is (zie bijvoorbeeld advies nr. 49/2006 waar de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer oordeelde dat gehandicapte personen zich er in het kader van de wetgeving inzake een tegemoetkoming gebaseerd op inkomen, kon aan verwachten dat er uitwisseling van informatie zou zijn met de FOD Financiën).

⁹³⁶ Opinion 3/2013 of the article 29 Working Party on purpose limitation, 24-25

⁹³⁷ Zie ook D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, randnummer 157; B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, Brussel, Larcier, 2008, 127

persoonsgegevens die om andere redenen als gevoelig dienen te worden beschouwd, zoals locatiedata, en daarom bijzondere bescherming moeten genieten. Ook het inkomen dient tot een meer gevoelig gegeven te worden gerekend. Daarnaast wordt ook gekeken naar de **impact van het verder gebruik** van de persoonsgegevens. Hoe negatiever of onzekerder de impact is van het verder gebruik van de gegevens, zoals dit bijvoorbeeld het geval is bij het verder verwerken van persoonsgegevens voor datamining en profilering, hoe kleiner de kans op verenigbaar hergebruik⁹³⁸.

Een *vierde criterium* ten slotte heeft betrekking op de **waarborgen** die de verwerkingsverantwoordelijke heeft ingelast om de eerlijke verwerking van de persoonsgegevens te verzekeren en om elke overdreven impact op de betrokkene te voorkomen⁹³⁹. Dit criterium kan een tekortkoming bij één van de andere criteria eventueel compenseren. Een waarborg kan zijn dat de betrokkene wordt geïnformeerd over het hergebruik en eventueel zelfs de kans krijgt om zijn toestemming voor hergebruik te weigeren. Een andere belangrijke waarborg kan zijn dat bij het hergebruik de persoonsgegevens worden geanonimiseerd.

288. Deze criteria worden door de Working Party 29 geconcretiseerd in een reeks voorbeelden, waarvan een aantal verduidelijking geven voor de beoordeling van het hergebruik van persoonsgegevens in het kader van dit onderzoek⁹⁴⁰. Hieruit blijkt onder meer duidelijk dat de vermelde criteria samen in ogenschouw moeten worden genomen bij de beoordeling van de onverenigbaarheid van het verder gebruik.

Een eerste relevant voorbeeld betreft de verdere verwerking die door de wet wordt opgelegd⁹⁴¹. Met name haalt de Working Party 29 de dataretentierichtlijn⁹⁴² aan die de verplichte opslag regelt van persoonsgegevens door telecommunicatiebedrijven om hergebruik mogelijk te maken van deze persoonsgegevens in het kader van onder meer onderzoek naar criminele activiteiten. Het betreft onder meer datum, tijd en duur van elk telefoongesprek, alsook de telefoonnummers die werden gebruikt. Volgens de Working Party 29 is het hergebruik van deze gegevens voor onderzoek naar criminele activiteiten een duidelijk voorbeeld van onverenigbaar hergebruik. Het hergebruik vertoont immers geen enkel *verband* met het oorspronkelijk doel van de gegevensverwerking, met name het verschaffen van telecommunicatiediensten (eerste criterium). Bovendien mogen de gebruikers van deze telecommunicatiediensten een *redelijke privacyverwachting* hebben met betrekking tot de gegevens die ter beschikking zijn van deze bedrijven. Ook het feit dat de betrokkenen deze gegevens niet vrijwillig verschaffen aan de telecommunicatiebedrijven (tweede criterium), het feit dat het over een grote hoeveelheid gegevens gaat en het feit dat deze gegevens op zich van confidentiële aard zijn (met wie je belt, hoelang ...)(zie derde criterium) en de impact van het hergebruik van deze gegevens, met name mogelijke strafrechtelijke vervolging (derde criterium) spelen mee in de beoordeling dat het hergebruik van deze gegevens onverenigbaar is met de oorspronkelijke finaliteit van de gegevensverwerking.

⁹³⁸ Opinion 3/2013 of the article 29 Working Party on purpose limitation, 25-26

⁹³⁹ Opinion 3/2013 of the article 29 Working Party on purpose limitation, 26-27

⁹⁴⁰ Opinion 3/2013 of the article 29 Working Party on purpose limitation, annex 4

⁹⁴¹ Opinion 3/2013 of the article 29 Working Party on purpose limitation, annex 4, voorbeeld 17

⁹⁴² Richtlijn 2006/24/EG

Een tweede relevant voorbeeld betreft het hergebruik van persoonsgegevens die in het bezit zijn van energieleveranciers voor fiscale doeleinden⁹⁴³. Ook hier oordeelt de Working Party 29 dat een dergelijk hergebruik in principe onverenigbaar is omdat de doeleinden van hergebruik totaal geen verband houden met de initiële doeleinden van gebruik (eerste criterium). De betrokkene verwacht zich ook niet aan dit hergebruik, vooral niet wanneer de betrokkene nergens van verdacht wordt (tweede criterium). Ook de aard van de gegevens (energiegegevens laten toe een beeld te krijgen van wat natuurlijke personen doen in hun private woningen, zodat de verwerking van deze gegevens al gauw als een inmenging in het privéleven zal kunnen worden beschouwd) laat toe de verenigbaarheid van de finaliteit van hergebruik strenger te beoordelen (derde criterium). Ook de wijze waarop deze gegevens worden verwerkt in hun secundair gebruik door de fiscale administratie (namelijk voor profilering) speelt een rol in de beoordeling van de onverenigbaarheid (derde criterium). Nog los van deze specifieke elementen (persoonsgegeven van private aard en profilering), meent de Working Party 29 ook in algemene zin dat het hergebruik van gegevens voor fiscale doeleinden een grote impact heeft op de betrokkenen, wat de onverenigbaarheidsbeoordeling beïnvloedt (derde criterium)⁹⁴⁴.

Een laatste relevant voorbeeld betreft het hergebruik van de gegevens van het European Emissions Trading System voor fiscale doeleinden. De Working Party 29 gaat ervan uit dat de betrokkenen redelijkerwijze niet verwachten dat dit soort data voor fiscale doeleinden wordt gebruikt, vooral niet wanneer de betrokkenen niet worden verdacht van enige overtreding van de wet (tweede criterium). In tegenstelling tot het voorbeeld van het hergebruik van gegevens van een energieleverancier voor fiscale doeleinden, die een sterk private aard kunnen hebben, zijn de gegevens in dit voorbeeld van minder private aard, wat volgens de Working Party 29 als het ware een “verzachtende omstandigheid” vormt in de beoordeling van de onverenigbaarheid (derde criterium). Nochtans zal een dergelijke vorm van hergebruik van persoonsgegevens voor fiscale doeleinden door de Working Party 29 principieel wel als onverenigbaar worden beschouwd, rekening houdend met zowel de wijze waarop deze gegevens worden verwerkt door de fiscale administratie (met name via profilering) als de mogelijke significante impact van deze gegevensverwerking op de betrokkene (gevolgen voor de belastingheffing bij de betrokkene) (derde criterium).

289. De Verordening 2016/679 geeft, in tegenstelling tot de Richtlijn 95/46, wel verduidelijking aan het begrip “onverenigbaarheid”. Deze verduidelijking komt in zeer grote mate overeen met de zienswijze die door de Working Party 29 werd vertolkt in het hiervoor beschreven advies. Artikel 6.4 van de Verordening 2016/679 verwijst immers in wezen naar de vier criteria, maar formuleert ze in 5 onderdelen. Met name moet de onverenigbaarheid van de verdere verwerking worden getoetst, rekening houdend (1) het *verband* tussen de doeleinden waarvoor de persoonsgegevens zijn verzameld en deze van de voorgenomen verdere verwerking, (2) het kader waarin de persoonsgegevens zijn verzameld en met name de *verhouding* tussen de betrokkene en de verwerkingsverantwoordelijke, (3) de *aard* van de persoonsgegevens en met name of er bijzondere categorieën van persoonsgegevens

⁹⁴³ Opinion 3/2013 of the article 29 Working Party on purpose limitation, annex 4, voorbeeld 20

⁹⁴⁴ Merk op dat de Working Party 29 van oordeel is dat het hergebruik van persoonsgegevens door een energieleverancier voor het opsporen van frauduleus energieverbruik wel als een verenigbaar doel wordt beschouwd (zie Opinion 3/2013 of the article 29 Working Party on purpose limitation, annex 4, voorbeeld 21)

worden verwerkt (zoals de gevoelige of medische gegevens of de gerechtelijke gegevens)⁹⁴⁵, (4) de mogelijke *gevolgen* van de voorgenomen verdere verwerking voor de betrokkene en (5) de aanwezigheid van passende *waarborgen* bij de verdere verwerking, waaronder eventueel versleuteling of pseudonimisering.

290. Onverenigbaar hergebruik is evenwel toch mogelijk in de mate dat een beroep wordt gedaan op de algemene uitzonderingsbepaling van artikel 13 van de Richtlijn 95/46, waardoor er niet alleen een wettelijke bepaling moet zijn die dit onverenigbaar verder gebruik mogelijk maakt, maar er ook moet aangetoond zijn dat dit onverenigbaar hergebruik noodzakelijk is voor één van de in artikel 13 van de Richtlijn 95/46 opgesomde doelstellingen. Wat betreft de Verordening 2016/679 werd hierboven al aangegeven dat de algemene uitzonderingsbepaling in principe niet toelaat een uitzondering te maken op het finaliteitsbeginsel. Specifiek wat betreft het onverenigbaar hergebruik stelt artikel 6.4 van de Verordening evenwel dat er geen controle moet gebeuren van de onverenigbaarheid van het hergebruik wanneer de verdere verwerking berust op hetzij de toestemming van de betrokkene, hetzij op een Unierechtelijke of lidstatelijke bepaling. Deze bepaling moet dan wel een “in een democratische samenleving noodzakelijke en evenredige maatregel vormen ter waarborging van de in artikel 23 lid 1 bedoelde doelstellingen”. Ook de Verordening 2016/679 laat dus toe dat er onverenigbaar hergebruik is wanneer de wet dit toelaat en deze wet als een noodzakelijke en evenredige maatregel kan worden beschouwd ter waarborging van o.m. de fiscale belangen van de lidstaat.

3.De verdere verwerking voor onderzoekdoeleinden

291. Dit onderzoek heeft de gegevensstromen voor taxatiedoeleinden tot voorwerp en niet de verwerking van persoonsgegevens voor onderzoekdoeleinden. Toch wordt hier stilgestaan bij de regels betreffende de verdere verwerking van persoonsgegevens voor onderzoekdoeleinden, omdat met name de onderzoekstechnieken (waaronder datamining) die worden toegepast op de persoonsgegevens die de fiscale administratie opslaat in het datawarehouse (opgericht bij wet van 3 augustus 2012, zie hierboven punt V betreffende de geautomatiseerde besluitvorming), een belangrijke rol spelen in het fiscale onderzoek en dus de taxatiedoeleinden van de fiscale administratie. In die context wordt hierna nagegaan in welke mate deze verdere verwerking van persoonsgegevens voor deze onderzoekdoeleinden wel rechtmatig is, vanuit het oogpunt van het finaliteitsbeginsel.

292. De Richtlijn 95/46 bepaalt dat de verdere verwerking van de gegevens voor historische, statistische of wetenschappelijke doeleinden niet als onverenigbaar wordt beschouwd, mits de lidstaten passende garanties bieden (artikel 6.b van de Richtlijn 95/46). De Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens schrijft op analoge wijze voor dat de verdere verwerking van de gegevens voor historische, statistische of wetenschappelijke doeleinden niet als onverenigbaar wordt beschouwd met de oorspronkelijke finaliteit van de gegevensverwerking, dit evenwel “onder de voorwaarden vastgesteld door de Koning na

⁹⁴⁵ Merk op dat de Verordening 2016/679 hier enkel rekening houdt met de bijzondere categorieën gegevens zoals vermeld in de Verordening 2016/679 (met name de gevoelige gegevens, zoals bijvoorbeeld etniciteit en geloofsovertuiging, de medische gegevens en de gerechtelijke gegevens) en dus niet met persoonsgegevens die weliswaar niet bedoeld zijn onder de bijzondere categorieën van de Verordening 2016/679, maar die wel als gevoeliger moeten worden beschouwd en daarom bijzondere bescherming vereisen.

advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer” (artikel 4 § 1, 2° Wet Verwerking Persoonsgegevens). De Belgische wetgever heeft dus de bevoegdheid om “passende garanties” te bieden gedelegeerd aan de Koning. Met deze regel wordt *niet* afgeweken van de algemene regel dat het verder verwerken van persoonsgegevens steeds verenigbaar moet zijn met de oorspronkelijke finaliteit⁹⁴⁶. Ook het verder verwerken van persoonsgegevens voor onderzoeksdoeleinden die niet verenigbaar zijn met de finaliteit van de oorspronkelijke gegevensverwerking is dus in principe onrechtmatig. Indien er evenwel passende waarborgen zijn opdat met name elke impact van het (onverenigbare) onderzoek wordt vermeden⁹⁴⁷, is elk risico voor het individu vermeden. De verdere verwerking van persoonsgegevens voor onderzoeksdoeleinden is dan toch rechtmatig, ook al zijn de finaliteiten van het onderzoek niet verenigbaar met de finaliteiten van de oorspronkelijke gegevensverwerking. Waarborgen opdat elke impact voor het individu wordt vermeden zijn voornamelijk de anonimisering of minstens codering van de persoonsgegevens⁹⁴⁸. Deze waarborgen zijn niet nodig indien de doeleinden van het onderzoek op zich al verenigbaar zijn met de oorspronkelijke finaliteit van de gegevensverwerking⁹⁴⁹.

Wat dat laatste punt betreft wijkt de Verordening 2016/679 af van de Richtlijn 95/76, doordat de verwerking van persoonsgegevens voor archivering en onderzoeksdoeleinden in een apart artikel wordt geregeld waarin wordt bepaald dat *elke* verwerking voor archivering of onderzoeksdoeleinden onderworpen is aan passende waarborgen (met name artikel 89 van de Verordening 2016/679), en dus niet enkel het onverenigbaar verder onderzoek. Pseudonimisering wordt in dit artikel naar voor geschoven als mogelijkheid om deze passende waarborg te bieden⁹⁵⁰. De waarborgen van artikel 89 van de Verordening

⁹⁴⁶ Opinion 3/2013 of the article 29 Working Party on purpose limitation, 13 en 28. De Working Party 29 maakt in deze opinie duidelijk dat de regel uit de Richtlijn 95/46 dat verdere verwerking voor onderzoek niet als onverenigbaar moet worden beschouwd, moet worden gezien als een *specificatie* van de algemene regel inzake verenigbaarheid van verder gebruik, en niet als een uitzondering op de algemene regel. Het hergebruik van gegevens voor historische, statistische of wetenschappelijke doeleinde dient dus in wezen ook evengoed te voldoen aan de voorwaarde van de verenigbaarheid.

⁹⁴⁷ Dat deze passende waarborgen erop moeten gericht zijn elke impact voor individuen uit te sluiten blijkt uit: Opinion 7/2003 of the article 29 Working Party on the re-use of public sector information and the protection of personal data, 6; zie ook overweging 29 van de Richtlijn 95/46; Opinion 3/2013 of the article 29 Working Party on purpose limitation, 28; De term “maatregelen” moet daarbij in de meest brede zin van het woord worden geïnterpreteerd. Het gaat met andere woorden niet alleen over maatregelen of beslissingen die op basis van de onderzoeksresultaten worden genomen door de verwerkingsverantwoordelijke, maar ook door elke andere persoon. Bovendien slaat het begrip “maatregelen en beslissingen” niet alleen op de formele beslissingen en maatregelen in een formele procedure. Elke relevante impact op individuen – zowel negatieve als positieve moeten worden vermeden (Opinion 3/2013 of the article 29 Working Party on purpose limitation, 28)

⁹⁴⁸ Opinion 3/2013 of the article 29 Working Party on purpose limitation, 31; ook het Uitvoeringsbesluit gaat van de waarborgen van anonimisering uit (artikel 3 Uitvoeringsbesluit). Indien evenwel de verdere verwerking van anonieme gegevens niet de mogelijkheid biedt de historische, statistische of wetenschappelijke doeleinden te verwezenlijken, mag de verantwoordelijke met gecodeerde persoonsgegevens werken, mits bepaalde regels worden gerespecteerd (artikel 4 van het Uitvoeringsbesluit). Indien de historische, statistische of wetenschappelijke doeleinden ook met gecodeerde gegevens niet kunnen worden bereikt, kunnen zelfs niet-gecodeerde gegevens worden gebruikt, onder bepaalde voorwaarden (artikel 5 van het Uitvoeringsbesluit).

⁹⁴⁹ Terzake wordt in het verslag aan de Koning bij het Uitvoeringsbesluit verwezen naar het advies dat door de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer werd verstrekt in het kader van de totstandkoming van dit besluit, met name het advies 8/99. In dit advies werd eveneens gesteld dat hoofdstuk II van het Uitvoeringsbesluit (waarin de waarborgen worden omschreven) ook niet van toepassing is op een verwerking van persoonsgegevens voor historische, statistische of wetenschappelijke doeleinden, die past in het kader van of verenigbaar is met doeleinden waarvoor de verwerkte persoonsgegevens zijn verkregen.

⁹⁵⁰ Artikel 4, 5° van de Verordening 2016/679 definieert “pseudonimisering” als: “het verwerken van persoonsgegevens op zodanige wijze dat de persoonsgegevens niet meer aan een specifieke betrokkene kunnen worden gekoppeld zonder dat er aanvullende gegevens worden gebruikt, mits deze aanvullende gegevens apart worden bewaard en technische en organisatorische maatregelen worden genomen om ervoor te zorgen dat de persoonsgegevens niet aan een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon worden gekoppeld”

2016/679 zijn er bovendien niet alleen op gericht te vermijden dat de onderzoeksresultaten van enigerlei impact zijn op de betrokkene, maar tevens het beginsel van *minimale gegevensverwerking* te garanderen. Het beginsel van de minimale gegevensverwerking is een kwaliteitsvereiste die in de Verordening 2016/679 is toegevoegd aan de vereisten die al werden gesteld in de Richtlijn 95/46 (zie hierover meer hierna). In essentie komt deze kwaliteitsvereiste erop neer dat er niet meer persoonsgegevens worden verwerkt dan nodig voor de doeleinden waarvoor ze worden verwerkt. Voor het overige wijkt de Verordening 2016/679 niet af van de in de Richtlijn 95/46 geformuleerde principes (artikel 5.1.b van de Verordening 2016/679).

293. Zoals hierboven werd toegelicht vormt artikel 5 van de wet van 3 augustus 2012 betreffende de oprichting van het datawarehouse een wettelijke basis voor het verder gebruik van persoonsgegevens voor onderzoeksdoeleinden. Artikel 5 § 2 van de wet van 3 augustus 2012 bepaalt dat elke categorie van gegevens die in het datawarehouse wordt opgenomen, onderworpen is aan een machtiging van het Sectoraal Comité voor de Federale Overheid. De wet van 3 augustus 2012 bepaalt dat dit sectoraal comité erover moet waken dat de verwerking, waar mogelijk, geschiedt op gecodeerde persoonsgegevens en dat de decoding enkel geschiedt wanneer het risico bestaat van het plegen van een inbreuk op een wet of een reglementering waarvan de toepassing behoort tot de opdrachten van de FOD Financiën. Een koninklijk besluit⁹⁵¹ kan de gevallen bepalen waarin geen machtiging van het Sectoraal Comité voor de Federale Overheid is vereist.

294. De eerste belangrijke vraag die vanuit oogpunt van het *finaliteitsbeginsel* moet worden gesteld is de vraag of de finaliteit van de inzameling van persoonsgegevens die worden toegevoegd aan het datawarehouse wel verenigbaar is met de finaliteit van het datawarehouse, met name – onder meer – het ondersteunen van het (gericht) fiscaal onderzoek. Zoals hierboven aangegeven zal het fiscaal dataminen van bijvoorbeeld gegevens van een energieleverancier moeten worden beschouwd als een onverenigbaar verder onderzoek. In beraadslaging FO nr. 08/2015 van het sectoraal comité voor de federale overheid van 19 maart 2015⁹⁵² heeft dit sectoraal comité de toevoeging van een hele reeks categorieën van persoonsgegevens gemachtigd, voor een hernieuwbare periode van 5 jaar mits aan welbepaalde voorwaarden is voldaan⁹⁵³. De categorieën van persoonsgegevens waarvoor de machtiging wordt verleend, worden opgesomd in de bijlage aan de machtiging. Deze categorieën van persoonsgegevens kregen daar een benaming die niet steeds toelaat een inzicht te verwerven in de aard van de persoonsgegevens waarover het gaat. Op die manier valt moeilijk uit te maken of de categorieën van persoonsgegevens die worden toegevoegd aan het datawarehouse zijn ingezameld voor doeleinden die verenigbaar zijn met de doeleinden van het fiscale onderzoek dat met het datawarehouse wordt beoogd. Het sectoraal comité heeft terzake het finaliteitsbeginsel in ieder geval geen opmerkingen gemaakt. De meeste (kenbare) categorieën van persoonsgegevens zijn wel persoonsgegevens die voor doeleinden van belastingheffing in de *ruime zin van het woord*

⁹⁵¹ vastgesteld na overleg in de Ministerraad, na advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer

⁹⁵² De aanvraag van de FOD Financiën dateerde reeds van 31 maart 2014, waarna verschillende bijkomende vragen werden gesteld door het sectoraal comité, alvorens de machtiging kon worden verstrekt

⁹⁵³ Een aantal categorieën van persoonsgegevens die werden opgenomen in het datawarehouse wordt ook vermeld in het antwoord op de parlementaire vraag nr. 237 van de heer Georges Gilkinet dd. 17.03.2015, Kamer, Vragen en Antwoorden, 2014-2015,

werden verzameld. Het gaat zowel over informatie afkomstig van de administratie van de fiscaliteit, als de administratie van de douane en accijnzen, als de administratie van de patrimoniumdocumentatie. Voorbeelden zijn de aangiftes waarvan de gegevens werden opgenomen in een aanslag, de fiches die door werkgevers worden ingediend in het kader van de bedrijfsvoorheffing (via BELCOTAX), de jaarrekeningen, de douanevergunningen, de lijst met geregistreerde aannemers, een lijst per onroerend goed van de minimale, maximale en meest waarschijnlijke verkoopwaarde en dergelijke meer. Tot deze lijst van categorieën van persoonsgegevens behoren ook de persoonsgegevens die zijn opgenomen in het zogenaamde SITRAN systeem van de FOD Financiën (zijnde de “transversaal signaletiek systeem”) dat een aantal persoonsgegevens afkomstig uit authentieke bronnen, zoals het Rijksregister, combineert⁹⁵⁴. De gegevens in dit SITRAN systeem worden al voor taxatiedoeleinden ingezameld en worden in het kader van het datawarehouse hergebruikt. In dit SITRAN systeem zijn gegevens opgenomen zoals adres, professionele activiteit en juridische vorm, maar ook meer gevoelige gegevens zoals de burgerlijke staat, de historiek van de feitelijke scheiding of de aanduiding of iemand als gehandicapt staat aangeduid bij de Kruispuntbank voor de Sociale Zekerheid (afgekort “KSZ”). Van sommige in deze bron beschikbare persoonsgegevens kan worden getwijfeld aan de fiscale relevantie (voor taxatiedoeleinden, laat staan voor onderzoeksdoeleinden), zoals met name de historiek van de nationaliteiten⁹⁵⁵. Bovendien rijst de vraag of er – op het moment dat de Verordening 2016/679 van toepassing wordt – wel een wettelijke grondslag is voor het fiscaal dataminen van bepaalde gegevens die onder het verruimde begrip “gegevens betreffende de gezondheid” moeten worden aanzien (zoals de aanduiding van het gehandicapt zijn in de KSZ). Naast deze gegevens zijn er ook een reeks gegevens die niet voor belastingdoeleinden zijn ingezameld, maar die vaak publiek zijn, zoals de gegevens van het Belgisch Staatsblad of de Mémorial Luxembourgeois⁹⁵⁶, of die enige verwantschap tonen met belastingheffing, zoals de gegevens van SODEXHO betreffende de dienstencheques.

295. In de mate dat tot de aan het datawarehouse toegevoegde categorieën van persoonsgegevens ook gegevens behoren die werden ingezameld met een finaliteit die *niet verenigbaar* is met de finaliteit van het in het datawarehouse beoogde onderzoek, is de verwerking (in casu: het onderzoek) niet onrechtmatig wanneer dit onderzoek gepaard gaat met passende waarborgen opdat enigerlei impact voor het individu wordt vermeden. De Belgische wet van 3 augustus 2012 schuift in artikel 5 § 2 de techniek van de codering⁹⁵⁷ naar voor als passende waarborg om impact voor individuen te vermijden. Het sectoraal comité voor de federale overheid houdt toezicht op de codering van deze persoonsgegevens ter gelegenheid van het toevoegen van deze gegevens aan het datawarehouse door middel van een machtiging. Doordat deze machtiging wordt voorgeschreven in de wet van 5 augustus

⁹⁵⁴ Website FOD Financiën, jaarverslag 2012

⁹⁵⁵ Zie hierover, de proportionaliteit – Uit beraadslaging FO nr. 08/2015 van het sectoraal comité voor de federale overheid van 19 maart 2015 blijkt dat het sectoraal comité ook vragen heeft gesteld bij de proportionaliteit van bepaalde in SITRAN opgenomen gegevens, zoals het telefoonnummer, waarop de FOD Financiën dan klaarblijkelijk een niet bekend, doch voor het comité bevredigend antwoord heeft gegeven.

⁹⁵⁶ Ook de gegevens afkomstig van het internationaal journalistencollectief “offshore leaks” behoren tot de lijst van aan het datawarehouse toegevoegde gegevens, waarvan hier wordt aangenomen dat het enkel de via media allerhande publiek gemaakt gegevens betreft.

⁹⁵⁷ Omtrent codering van de gegevens die in het datawarehouse worden opgenomen, wordt in de voorbereidende werken meer toelichting gegeven (onder meer inzake de wijze waarop een ambtenaar toegang kan krijgen tot deze gegevens, alsook de wijze waarop de codering zelf gebeurt); wetsontwerp van 6 juli 2012 houdende bepalingen betreffende de verwerking van de persoonsgegevens door de FOD Financiën in het kader van zijn opdrachten, Doc 53, 2343/001, 6-7

2012 voor elke toevoeging van categorieën van persoonsgegevens (en dus niet enkel voor categorieën van persoonsgegevens die zijn ingezameld voor een finaliteit die onverenigbaar is met de finaliteit van de onderzoeksdoeleinden) is de Belgische wet al conform aan artikel 89 van de Verordening 2016/679 dat waarborgen vraagt voor elke aanwending van persoonsgegevens voor onderzoeksdoeleinden. Wat in de Belgische wet op dit moment wel ontbreekt zijn waarborgen dat ook voldaan is aan het dataminimalisatieprincipe. Dit zou eventueel kunnen gerealiseerd worden door het sectoraal comité ook uitdrukkelijk de bevoegdheid te geven om bij de machtiging van de toevoeging van categorieën van persoonsgegevens over dit principe te waken.

Evenwel laat de wet van 3 augustus 2012 *decoding* toe, zodat de waarborgen voor het vermijden van impact in dat geval maar tijdelijk zijn. Decoding laat toe dat de resultaten van het dataminingproces of het profileringsproces worden toegepast op individuele personen en impact voor deze personen (zelfs met menselijke tussenkomst) onvermijdelijk wordt. In de mate dat deze resultaten van datamining of profilering zijn gebaseerd op persoonsgegevens die zijn ingezameld voor doeleinden die onverenigbaar zijn met de finaliteit van de datamining of profilering (met name gerichte fiscale controles uitvoeren), is deze profilering in principe onrechtmatig wegens schending van het finaliteitsbeginsel. Zoals hierboven toegelicht inzake het onverenigbaar hergebruik, kan deze onrechtmatige verdere verwerking eventueel toch toegelaten zijn indien zij is gebaseerd op een wettelijke bepaling en is aangetoond dat dit onverenigbaar hergebruik noodzakelijk is om (in casu) de fiscale belangen van de staat veilig te stellen. Vermits in overweging 71 van de Verordening 2016/679 wordt gesteld dat zelfs individuele besluitvorming op basis van geautomatiseerde processen zoals profilering mogelijk moet zijn indien dit door een wet is toegestaan en indien dit ten behoeve is van de controle en voorkoming van belastingfraude – en ontduiking, mag worden aangenomen dat het onverenigbaar hergebruik van persoonsgegevens voor fiscaal datamining en profilering (zelfs zonder individuele besluitvorming) als noodzakelijk wordt beschouwd in het kader van het fiscaal belang van een staat. Vereist blijft wel dat een wet dit mogelijk maakt en dat het gaat over een voorzienbare wet. Hierboven werd al toegelicht dat de wet van 3 augustus 2012 kan worden beschouwd als een wettelijke basis voor het fiscaal datamining en – met wat goede wil – ook voor het fiscaal profileren. Nochtans blijkt uit de wet onvoldoende dat het fiscaal datamining en eventueel ook het profileren kan gebeuren op basis van persoonsgegevens die voor andere doeleinden dan taxatiedoeleinden zijn ingezameld, zodat de wet op dat vlak voorzienbaarheid mist.

III. Proportionaliteit en minimale gegevensverwerking

296. Een derde kwaliteitsvereiste voor het rechtmatig verwerken van persoonsgegevens is de vereiste dat de persoonsgegevens toereikend, ter zake dienend en niet bovenmatig mogen zijn, uitgaande van de doeleinden waarvoor zij worden verzameld of waarvoor zij vervolgens worden verwerkt (artikel 6.1.c van de Richtlijn 95/46 en artikel 4 § 1, 3° van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). De Verordening 2016/679 neemt deze voorwaarde, die doorgaans het proportionaliteitsbeginsel wordt genoemd, over en voegt hieraan toe dat de persoonsgegevens niet alleen “toereikend en ter zake dienend” moeten zijn, maar tevens

“beperkt tot wat noodzakelijk is voor de doeleinden waarvoor zij worden verwerkt” (dataminimalisatieprincipe).

297. De vereiste dat de gegevens *toereikend* moeten zijn houdt in dat de verwerking voldoende gegevens bevat om het beoogde doel te bereiken⁹⁵⁸. Dit moet volgens D. DE BOT worden beoordeeld vanuit het oogpunt van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en niet vanuit het oogpunt van de maximale efficiëntie van de verwerkingsverantwoordelijke⁹⁵⁹.

De vereiste dat de gegevens *terzake dienend* moeten zijn, houdt in dat zij het beoogde doel “dienen”⁹⁶⁰. De gegevens moeten dus relevant zijn voor het beoogde doel.

De vereiste dat de gegevens ten slotte *niet overmatig* mogen zijn, houdt in dat men niet meer gegevens opvraagt dan nodig voor het beoogde doel⁹⁶¹. Algemeen wordt aangenomen dat dit onder meer inhoudt dat moet worden nagegaan of het beoogde doel niet kan worden bereikt met minder persoonsgegevens of met minder privacyinvasieve (persoons)gegevens⁹⁶². In die zin is de toevoeging in de Verordening 2016/679 van het beginsel van de minimale gegevensverwerking eerder een verduidelijking dan een wijziging.

Het verzamelen van persoonsgegevens om voor een onbepaalde tijd te bewaren omwille van de eventuele toekomstige mogelijkheid om ze te kunnen aanwenden (zelfs al wordt een legitiem doel voor ogen gehouden) is in strijd met het proportionaliteitsbeginsel⁹⁶³.

Het proportionaliteitsbeginsel vereist een afweging in functie van het doel waarvoor de gegevens worden verwerkt. In die zin wordt het proportionaliteitsbeginsel soms ook beschouwd als een aspect van het finaliteitsbeginsel⁹⁶⁴.

Algemeen wordt aangenomen dat de rechtspraak van het EHRM betreffende artikel 8 lid 2 EVRM een nuttige leidraad vormt om invulling te geven aan dit proportionaliteitsbeginsel⁹⁶⁵. Ook bij de invulling van het proportionaliteitsbeginsel in het

⁹⁵⁸ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, randnummer 162; B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, Larcier, 2008, 133

⁹⁵⁹ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, randnummer 162

⁹⁶⁰ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, randnummer 163; B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, Brussel, Larcier, 2008, 132

⁹⁶¹ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, randnummer 164; H. GRAUX, en J. DUMORTIER, *Privacywetgeving in de praktijk*, in de reeks Recht en ICT, Kortrijk, UGA, 2009, 30; P. DE HERT, E. ENHUS, en R. SAELENS, *Informatie: de essentiële bron van bestuurlijke aanpak van de criminaliteit*, onderzoeksrapport in opdracht van FOD Binnenlandse Zaken uitgevoerd door VUB, oktober 2011, 131

⁹⁶² B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, Brussel, Larcier, 2008, 132

⁹⁶³ Zie bijvoorbeeld opinion 1/2009 van de article 29 Working Party on pre-trial discovery for cross border civil litigation waarin wordt gesteld dat verwerkingsverantwoordelijken in de EU geen rechtsgrond hebben om persoonsgegevens at random voor een ongelimiteerde periode te bewaren omwille van de mogelijkheid van een procedure in de US

⁹⁶⁴ S. GUTWIRTH, “de toepassing van het finaliteitsbeginsel van de privacywet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van de persoonsgegevens”, *TPR* 1993, 1441; H. GRAUX, en J. DUMORTIER, *Privacywetgeving in de praktijk*, in de reeks Recht en ICT, Kortrijk, UGA, 2009, 28; D. DE BOT, *Privacybescherming bij e-government in België*, Vandebroele, 2005, 40

⁹⁶⁵ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks Recht en praktijk, Antwerpen, Kluwer, 2001, randnummer 165; B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, Brussel, Larcier, 2008, 131; Zie ook D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*. Brussel, Politeia 2015, 106

persoonsgegevensbeschermingsrecht zal er dus een afweging van de belangen moeten gebeuren van enerzijds de overheid (in casu) als verwerker van de persoonsgegevens en anderzijds de belangen van de betrokkene. Indien een verwerking van persoonsgegevens tevens moet worden beschouwd als een inmenging in het privéleven, dan impliceert het niet voldaan zijn van de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 lid 2 EVRM meteen dat ook niet voldaan is aan de proportionaliteitsvereiste van het persoonsgegevensbeschermingsrecht⁹⁶⁶.

IV. Overige kwaliteitsvereisten

298. De hierboven vermelde drie kwaliteitsvereisten zullen in het kader van dit onderzoek worden gecontroleerd voor elk van de onderzochte instromen van informatie bij de fiscale administratie. Met name zal worden nagegaan of de instroom gebeurt conform het transparantiebeginsel, het finaliteitsbeginsel en proportionaliteitsbeginsel. De overige in de Richtlijn 95/46 en de Verordening 2016/679 opgesomde kwaliteitsvereisten zijn meer van belang bij de beoordeling van het verder *beheer* door de fiscale administratie van de ingezamelde persoonsgegevens, dan dat het de rechtmatigheid van de *inzameling* zal beïnvloeden. Het betreft met name de vereiste dat persoonsgegevens nauwkeurig dienen te zijn en, zo nodig, dienen te worden bijgewerkt (artikel 6.1.d van de Richtlijn 95/46, artikel 4, 4° van de Wet Verwerking Persoonsgegevens en artikel 5.1.d van de Verordening 2016/679)⁹⁶⁷, de vereiste dat de persoonsgegevens niet langer mogen worden bewaard dan nodig (in de Verordening 2016/679 wordt dit het beginsel van de opslagbeperking genoemd)(artikel 6.1.e van de Richtlijn 95/46, artikel 4 § 1, 5° Wet Verwerking Persoonsgegevens en artikel 5.1.e van de Verordening 2016/679)⁹⁶⁸ en de vereiste van de integriteit en de vertrouwelijkheid van de gegevens (artikel 5.1 f van de Verordening 2016/679)⁹⁶⁹.

⁹⁶⁶ HvJ 20 mei 2003 C-465/00, C-138/01 en C-139/01, OSTERREICHISCHER RUNDFUNK, overweging 91

⁹⁶⁷ Alle redelijke maatregelen dienen te worden getroffen om de gegevens die, uitgaande van de doeleinden waarvoor zij worden verkregen of waarvoor zij verder worden verwerkt, onnauwkeurig of onvolledig zijn, uit te wissen of te verbeteren. Deze vereiste wordt geconcretiseerd in de verplichting die aan de verwerkingsverantwoordelijke wordt opgelegd in artikel 16 § 2, 1° van de Wet Verwerking Persoonsgegevens en die er met name in bestaat *“er nauwlettend over te waken dat de gegevens worden bijgewerkt, dat de onjuiste, onvolledige en niet terzake dienende gegevens, alsmede die welke zijn verkregen of verder verwerkt in strijd met de artikelen 4 tot 8, worden verbeterd of verwijderd”*. In de Verordening 2016/679 wordt deze kwaliteitsvereiste op analoge wijze geformuleerd: *“juist zijn en zo nodig worden geactualiseerd; alle redelijke maatregelen moeten worden genomen om de persoonsgegevens die, gelet op de doeleinden waarvoor zij worden verwerkt, onjuist zijn, onverwijld te wissen of te rectificeren (beginsel van de “juistheid”)*”.

⁹⁶⁸ Met name mogen persoonsgegevens, in een vorm die het mogelijk maakt de betrokkenen te identificeren, niet langer worden bewaard dan voor de verwezenlijking van de doeleinden waarvoor zij worden verzameld of vervolgens worden verwerkt, noodzakelijk is. De Richtlijn 95/46 schrijft daarbij voor dat de lidstaten in passende waarborgen voorschrijven voor persoonsgegevens die langer dan hierboven bepaald voor historische, statistische of wetenschappelijke doeleinden worden bewaard (artikel 6.1.e, tweede zin van de Richtlijn 95/46). De Verordening 2016/679 neemt deze kwaliteitsvereiste over. In de Verordening 2016/679 wordt eveneens gesteld dat persoonsgegevens voor langere perioden mogen worden opgeslagen voor zover de persoonsgegevens louter met het oog op archivering in het algemeen belang, wetenschappelijk of historisch onderzoek of statistische doeleinden worden verwerkt overeenkomstig artikel 89.1, mits de bij deze verordening vereiste passende technische en organisatorische maatregelen worden getroffen om de rechten en vrijheden van de betrokkene te beschermen.

⁹⁶⁹ Deze kwaliteitsvereiste wordt enkel in de Verordening 2016/679 toegevoegd aan het lijstje met kwaliteitsvereisten. Dit beginsel houdt in dat persoonsgegevens *“door het nemen van passende technische of organisatorische maatregelen op een dusdanige manier worden verwerkt dat een passende beveiliging ervan gewaarborgd is, en dat zij onder meer beschermd zijn tegen ongeoorloofde of onrechtmatige verwerking en tegen onopzettelijk verlies, vernietiging of beschadiging”*. Deze vereiste is evenwel niet nieuw en werd ook voorgeschreven in de Richtlijn 95/46 onder een afzonderlijke afdeling VII over de vertrouwelijkheid en beveiliging van de verwerking als één van de voorwaarden voor een rechtmatige verwerking van persoonsgegevens (hoofdstuk II).

299. Nochtans zijn de eerste twee kwaliteitsvereisten (betreffende de juistheid van de gegevens en betreffende de bewaartermijn) onrechtstreeks wel van belang bij de beoordeling van het *transparantiebeginsel*. Dit beginsel wordt immers geconcretiseerd in een aantal rechten van de betrokkene, die hierna verder worden besproken. De vereiste van de juistheid van de gegevens zal in dat kader verder worden besproken bij het recht van de betrokkene om de persoonsgegevens te verbeteren (zie hierna punt II). De bewaartermijn zal onder meer worden besproken bij het recht van de betrokkene om over deze bewaartermijn te worden geïnformeerd. De vereiste van de juistheid van de gegevens kan in zekere zin zelfs worden meegenomen in de beoordeling van de *proportionaliteitsvereiste*, vermits onjuiste gegevens nooit adequaat en pertinent kunnen zijn ten aanzien van het nagestreefde doel⁹⁷⁰. Hetzelfde geldt voor de vereiste van de opslagbeperking in die zin dat het verzamelen van persoonsgegevens met de bedoeling deze gedurende een termijn te bewaren die langer is dan nodig om de beoogde finaliteit te bereiken, in strijd zal zijn met het proportionaliteitsbeginsel⁹⁷¹.

§ 5 Het transparantiebeginsel geconcretiseerd: de rechten van de betrokkene betreffende de verwerking van persoonsgegevens

300. De transparantievereiste als kwaliteitsvereiste van een rechtmatige verwerking, wordt geconcretiseerd doordat aan de betrokkenen een aantal concrete rechten worden toegekend betreffende het transparant verwerken van hun persoonsgegevens⁹⁷². Deze worden in de Richtlijn 95/46 geformuleerd in de artikelen 10, 11 en 12 a. Het betreft enerzijds het recht op informatieverstrekking aan de betrokkene (de artikelen 10 en 11) en anderzijds het recht op inzage (artikel 12 a van de Richtlijn 95/46). In het eerste geval gaat het over een recht op spontane informatieverstrekking door de verwerkingsverantwoordelijke. In het tweede geval kan de betrokkene bepaalde informatie eisen. Dit recht op informatieverstrekking en dit recht op inzage hebben tot doel de verwerking van persoonsgegevens niet alleen op een transparante wijze te laten verlopen ten aanzien van de betrokkene, maar tevens toe te laten dat de betrokkene een aantal andere rechten kan uitoefenen, met name het recht om de persoonsgegevens in bepaalde gevallen te laten verbeteren of te laten wissen (artikel 12 b en c van de Richtlijn 95/46), alsook het recht om zich in bepaalde gevallen te verzetten tegen de verwerking van persoonsgegevens (artikel 14 van de Richtlijn 95/46)⁹⁷³. Deze laatste rechten vormen in wezen een concretisering van het recht op informatiele zelfbeschikking⁹⁷⁴, of met andere woorden het recht om een zekere controle te houden over de eigen persoonsgegevens. Zoals hierna zal blijken zijn deze laatste rechten eerder beperkt in het kader van de verwerking van persoonsgegevens door de overheid aan wie de persoonsgegevens verplicht

⁹⁷⁰ Zie E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et controle*, Brussel, Larcier, 2014, 226; D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*. Brussel, Politeia 2015, 345

⁹⁷¹ B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, Brussel, Larcier, 2008, 135; D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*. Brussel, Politeia 2015, 345

⁹⁷² D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks "Recht en praktijk", Antwerpen, Kluwer, 2001, 188, randnummer 255; D. DE BOT, *Privacybescherming bij e-government in België*, Vandenbroele, 2005, 42; E. DEGRAVE, "Transparence administrative et traitement de données à caractère personnel", *RDTI* 2013, nr. 53, p. 59

⁹⁷³ HvJ 1 oktober 2015, C-201/14, BARA, overweging 33

⁹⁷⁴ E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et controle*, Brussel, Larcier, 2014, 400

moeten worden verstrekt. In het kader van verwerkingen van persoonsgegevens door de overheid ligt de klemtoon dus vooral op het recht op een transparante verwerking van de persoonsgegevens, eerder dan op het recht om controle te houden over deze persoonsgegevens⁹⁷⁵. In Belgische fiscale context is er een belangrijke uitzondering op het recht op inzage, waarvan hierna wordt nagegaan of deze uitzondering wel conform is aan het persoonsgegevensbeschermingsrecht. In de Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens staan deze rechten geformuleerd in de artikelen 9, 10 en 12.

301. In de Verordening 2016/679 worden de in de Richtlijn 95/46 opgesomde rechten behouden (in de artikelen 12 tot en met 16 van de Verordening 2016/679) doch deze rechten worden op verschillende vlakken verduidelijkt en aangevuld. Bovendien worden bijkomende rechten opgenomen, met name het recht op vergetelheid (“right to be forgotten”)(artikel 17 van de Verordening 2016/679), het recht op beperking van de verwerking (artikel 18 van de Verordening 2016/679) en het recht op overdraagbaarheid van de persoonsgegevens (artikel 20 van de Verordening 2016/679). Het betreft telkens rechten die moeten bijdragen tot het informationeel zelfbeschikkingsrecht van de betrokkene. Hierna zullen we zien dat deze rechten van minder belang zijn voor de verwerking van persoonsgegevens door de (fiscale) overheid. De Verordening 2016/679 stelt in artikel 12 een reeks verplichtingen vast die de verwerkingsverantwoordelijke moet respecteren in het kader van alle transparantierechten van de betrokkene. Het gaat over algemene verplichtingen om in een beknopte, transparante, begrijpelijke en gemakkelijk toegankelijke vorm te communiceren en hierbij een duidelijke en eenvoudige taal te hanteren (artikel 12.1 van de Verordening 2016/679) alsook om de rechten van de betrokkene te faciliteren en er steeds gevolg aan te geven tenzij de verwerkingsverantwoordelijke aantoont dat hij niet in staat is om de betrokkene te identificeren (artikel 12.2 van de Verordening 2016/679). Daarnaast gaat het ook over meer concrete verplichtingen in verband met de termijn binnen dewelke gevolg moet worden gegeven aan het verzoek van de betrokkene (in principe onverwijld en in ieder geval binnen een maand na ontvangst van het verzoek)(artikel 12.3 van de Verordening 2016/679), in verband met de motivering van een beslissing om geen gevolg te geven aan het verzoek van de betrokkene (artikel 12.4 van de Verordening 2016/679) en in verband met het al dan niet aanrekenen van kosten voor het verstrekken van de gevraagde informatie (princiëel kosteloos, tenzij wanneer het verzoek kennelijk ongegrond of buitensporig is, met name vanwege het repetitieve karakter, in welk geval er eventueel een redelijke vergoeding mag worden aangerekend in het licht van de administratieve kosten – artikel 12.5 van de Verordening 2016/679).

302. Van deze rechten van de betrokkene kan door een lidstaat worden afgeweken door een beroep te doen op de algemene uitzonderingsbepaling van artikel 13 lid 1 van de Richtlijn 95/46, dan wel van artikel 23 van de Verordening 2016/679. Een uitzondering vormt het recht van verzet. Van dit recht kan niet worden afgeweken op grond van artikel 13 van

⁹⁷⁵ Zie over het (onbestaande) zelfbeschikkingsrecht in de relatie tussen de betrokkene en de overheid: B.-J. KOOPS, “The trouble with European data protection law”, *International Data Privacy Law*, 2014, 250-253. Hij stelt dat het recht op informatie, het recht op toegang en het recht op verbetering vaak de enige rechten zijn die in overheidscontext bestaan, wat te “mager” is om te kunnen spreken van informationele zelfbeschikking; zie ook E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et contrôle*, Brussel, Larcier, 2014, 401; E. DEGRAVE, “Transparence administrative et traitement de données à caractère personnel”, *RDTI* 2013, nr. 53, 59

de Richtlijn 95/46, noch op grond van artikel 23 van de Verordening 2016/679⁹⁷⁶. België heeft in fiscale context gebruik gemaakt van de mogelijkheid die werd geboden door artikel 13 van de Richtlijn 95/46 voor wat betreft het recht op inzage. Dit wordt hierna, ter gelegenheid van dit recht verder besproken.

I. Het recht op informatieverstrekking⁹⁷⁷

303. Dit recht houdt in dat aan de betrokkene *spontaan* bepaalde informatie over de verwerking van zijn persoonsgegevens wordt verstrekt (artikel 10 en 11 van de Richtlijn 95/45, artikel 9 § 1 en 2 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens en artikel 13 en 14 van de Verordening 2016/679). Het schenden van de informatieverplichting van artikel 9 van de Wet Verwerking persoonsgegevens wordt in België strafrechtelijk gesanctioneerd⁹⁷⁸.

Bij het recht op informatieverstrekking maken de Richtlijn 95/46 en de Verordening 2016/679 een onderscheid tussen de situatie waarin de persoonsgegevens bij de betrokkene zelf worden verkregen (artikel 10 van de Richtlijn 95/46, artikel 9 § 1 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens en artikel 13 van de Verordening 2016/679) en de situatie waarin de persoonsgegevens niet bij de betrokkene zelf zijn verkregen (artikel 11 van de Richtlijn 95/46, artikel 9 § 2 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens en artikel 14 van de Verordening 2016/679). In overheidscontext is het belangrijkste verschil tussen beide gevallen van informatieverstrekking het feit dat er in het tweede geval vrij veel mogelijkheden zijn om aan de informatieverstrekkingsplicht te ontkomen. Hiermee wordt het transparantiebeginsel in belangrijke mate *afgezwakt*. Bij het verwerken van persoonsgegevens die de verwerkingsverantwoordelijke niet bij de betrokkene heeft verkregen, is het risico op onrechtmatige verder verwerking groter doordat de kans groter is dat de verwerking gebeurt voor doeleinden die onverenigbaar zijn met de doeleinden van de initiële informatieverzameling⁹⁷⁹. De nood aan transparantie bij het verwerken van persoonsgegevens die niet bij de betrokkene zijn verkregen is met andere woorden groter dan wanneer de persoonsgegevens wel bij de betrokkene zijn verkregen. De reden voor de uitvoerige mogelijkheden voor vooral overheden om te ontsnappen aan de verplichting van informatieverstrekking bij het verwerken van persoonsgegevens die niet bij de betrokkene zijn verkregen, is wellicht louter van praktische aard. Gelet op het feit dat aan het verwerken van persoonsgegevens die niet bij de betrokkene zijn verkregen meer risico's zijn verboden, dienen de mogelijkheden voor de uitzondering dan ook zeer strikt te worden geïnterpreteerd.

⁹⁷⁶ Artikel 23 van de Verordening 2016/679 bepaalt weliswaar dat de reikwijdte van de verplichtingen en rechten als bedoeld in de artikelen 12 tot en met 22 (artikel 21 betreft het recht van verzet) worden beperkt, het artikel vervolgt dat dit slechts kan "voor zover de bepalingen van die artikelen overeenstemmen met de rechten en verplichtingen als bedoeld in de artikelen 12 tot en met 20".

⁹⁷⁷ Dit recht wordt ook wel het recht op kennisgeving genoemd: zie D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks "Recht en praktijk", Antwerpen, Kluwer, 2001, 188, randnummer 255.

⁹⁷⁸ En dit met een geldboete van 100 EUR tot 100.000 EUR (artikel 39, 4^e Wet Verwerking Persoonsgegevens)

⁹⁷⁹ D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*. Brussel, Politeia 2015, 360

A. Persoonsgegevens verkregen bij de betrokkene

1. Te verstrekken informatie

304. Bij de te verstrekken informatie wordt in de Richtlijn 95/46 een onderscheid gemaakt tussen de informatie die *steeds* moet worden verstrekt (de zogenaamde “basisinformatie”) en de informatie die moet worden verstrekt “om een eerlijke verwerking te waarborgen” (artikel 10 van de Richtlijn 95/46). De Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens heeft dit onderscheid tussen beide categorieën informatie overgenomen en heeft een categorie toegevoegd, met name de informatie die moet worden verstrekt ingeval van verwerking van gevoelige, medische en gerechtelijke gegevens (artikel 9 § 1 e van de Wet Verwerking Persoonsgegevens en artikel 25 en 26 van het Uitvoeringsbesluit). In de Richtlijn 95/46 wordt, zowel bij de weergave van de basisinformatie die steeds moet worden verstrekt als bij de weergave van de informatie die moet worden verstrekt om een eerlijke verwerking te waarborgen, vermeld dat het gaat om informatie die “ten minste” moet worden verstrekt (zie de aanhef van artikel 10 van de Richtlijn 95/46 en artikel 9 § 1 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). Daarom worden de lijsten met de te verstrekken informatie in het kader van Richtlijn 95/46 en de Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens geacht niet limitatief te zijn⁹⁸⁰. Dit zorgt uiteraard voor rechtsonzekerheid, vermits het onduidelijk is welke informatie de verwerkingsverantwoordelijke eventueel nog moet geven bovenop de in de Richtlijn 95/46 en de Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens vermelde inlichtingen⁹⁸¹.

305. De Verordening 2016/679 behoudt het onderscheid tussen de basisinformatie en de informatie die moet worden verstrekt om een eerlijke verwerking te waarborgen, zij het dat deze laatste categorie van informatie overeenkomstig de in artikel 5 van de Verordening 2016/679 gehanteerde terminologie, “de informatie om een behoorlijke en transparante verwerking te waarborgen” wordt genoemd. Er is in de Verordening 2016/679 niet langer sprake van informatie die “tenminste” moet worden verstrekt. De lijst met te verstrekken inlichtingen is dus, in tegenstelling tot lijst in de Richtlijn 95/46, limitatief. De lijst met verplicht te verstrekken informatie wordt in de Verordening 2016/679 uitgebreid.

306. Vermits de verplicht te verstrekken informatie dus wijzigt in de periode voor en na het van toepassing worden van de Verordening 2016/679 wordt hierna een opsomming gegeven van alle mogelijk te verstrekken informatie, en wordt per inlichting, nagegaan in welke mate deze informatie moet worden gegeven in de periode voor en na de

⁹⁸⁰ Memorie van toelichting bij het Wetsontwerp van 20 mei 1998 tot omzetting van de Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van deze persoonsgegevens, 1997-1998, 1566/1, p. 46; D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 207, randnummer 277.

⁹⁸¹ In de voorbereidende werken bij de wet tot omzetting van de Richtlijn 95/46 werd wel een voorbeeld gegeven, dat evenwel niet relevant is voor dit onderzoek. Het betreft de gegevensverzameling voor commerciële doeleinden. De eerlijke verwerking vereist volgens de memorie van toelichting dat de betrokkene er wordt van ingelicht dat hij zich tegen de verwerking kan verzetten (Memorie van toelichting bij het Wetsontwerp van 20 mei 1998 tot omzetting van de Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van deze persoonsgegevens, 1997-1998, 1566/1, 46)

inwerkingtreding van de Verordening 2016/679. De te verstrekken informatie wordt beperkt tot deze informatie die relevant is in het kader van dit onderzoek⁹⁸².

- De identiteit van de verwerkingsverantwoordelijke⁹⁸³

307. De identiteit van de verwerkingsverantwoordelijke wordt zowel door de Richtlijn 95/46 als de Verordening 2016/679 tot de basisinformatie gerekend, die *steeds* moet worden verstrekt (artikel 10.1.a van de Richtlijn 95/46, artikel 9 § 1 a van de Wet Verwerking Persoonsgegevens, artikel 13.1.a van de Verordening 2016/679). De Verordening 2016/679 breidt deze inlichting wel uit door te vereisen dat ook de contactgegevens van deze verwerkingsverantwoordelijke moeten worden meegedeeld.

308. Ook de fiscale administratie dient deze informatie dus *steeds* te verstrekken bij inzameling van persoonsgegevens bij de betrokkene, welke de wijze van informatieverzameling ook is (aangifte, vraag om inlichtingen, ...).

- De doeleinden van de verwerking

309. Ook de doeleinden van de verwerking worden door zowel de Richtlijn 95/46 als de Verordening 2016/679 tot de basisinformatie gerekend die *steeds* moet worden meegedeeld (artikel 10.1.b van de Richtlijn 95/46, artikel 9 § 1 b van de Wet Verwerking Persoonsgegevens, artikel 13.1.c van de Verordening 2016/679). Ook hier breidt de Verordening 2016/679 de te verstrekken informatie uit door te vereisen dat, samen met de doeleinden van de verwerking, ook de *rechtsgrond* van de verwerking wordt meegedeeld. Met de rechtsgrond wordt bedoeld datgene wat in het kader van dit onderzoek (en ook in het kader van de Richtlijn 95/46) de toelaatbaarheidsgronden worden genoemd. De finaliteit zal voldoende precies moeten worden omschreven. Indien de gegevens worden verwerkt door een overheid in het kader van de uitvoering van een wettelijke opdracht, zal het dus niet volstaan om de wettelijke opdracht van deze overheid te vermelden. Wel moet de precieze finaliteit van de verwerking worden vermeld, die uiteraard wel moet kaderen in de wettelijke opdracht van de administratie⁹⁸⁴. Bovendien moet elke finaliteit worden vermeld, wanneer er meerdere zijn.

310. De fiscale administratie zal dus bij elk inzameling van informatie de precieze finaliteit van de gegevensverwerking moeten vermelden en niet kunnen volstaan met de vermelding

⁹⁸² Worden derhalve niet besproken: (1) de mededeling van het bestaan van een recht om zich kosteloos tegen de voorgenomen verwerking van hem betreffende persoonsgegevens te verzetten indien de verwerking verricht wordt met het oog op direct marketing (artikel 9 § 1 c van de Wet Verwerking Persoonsgegevens); (2) de mededeling van de gerechtvaardigde belangen van de verwerkingsverantwoordelijke of van een derde, indien de verwerking op artikel 6.1.f van de Verordening 2016/679 is gebaseerd informatie (artikel 13.1 d van de Verordening 2016/679)(zoals hierboven is gebleken kan de verwerking van persoonsgegevens door de overheid nooit gebaseerd zijn op artikel 6.1.f van de Verordening 2016/679); (3) de mededeling dat de betrokkene het recht heeft de toestemming steeds in te trekken zonder dat dit afbreuk doet aan de rechtmatigheid van de verwerking op basis van de toestemming vóór de intrekking daarvan, dit wanneer de verwerking op artikel 6.1.a, of artikel 9.2.a van de Verordening 2016/679 is gebaseerd (artikel 13.2.c van de Verordening 2016/679)(ook niet van toepassing in casu)

⁹⁸³ In de Richtlijn 95/46 en in de Verordening 2016/679 wordt hierbij telkens vermeld "en in voorkomend geval, diens vertegenwoordiger", wat in het kader van dit onderzoek van weinig belang is vermits de FOD Financiën de verwerkingsverantwoordelijke is, aangeduid in de wet van 3 augustus 2012.

⁹⁸⁴ E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et controle*, Brussel, Larcier, 2014, 406

dat de gegevens worden ingezameld voor de uitvoering van de wettelijke opdrachten. De vermelding dat de informatie zal worden gebruikt voor de heffing van de inkomstenbelastingen, zal ook niet volstaan indien nog andere doeleinden worden nagestreefd⁹⁸⁵, zoals bij voorbeeld het aanwenden van persoonsgegevens voor doeleinden van datamining. Vanaf het van toepassing worden van de Verordening 2016/679 moet de fiscale administratie ook de rechtsgrond van de verwerking vermelden.

- De contactgegevens van de functionaris voor de gegevensbescherming

311. De Verordening 2016/679 schrijft voor – en deze verplichting is nieuw ten opzichte van de verplichtingen onder de Richtlijn 95/46 – dat ook de contactgegevens van de functionaris voor gegevensbescherming *steeds* moeten worden meegedeeld (artikel 13.1 b van de Verordening 2016/679), in de mate dat er een dergelijke functionaris moet worden aangesteld.

Dit is het geval voor de FOD Financiën. Op grond van artikel 37.1.a van de Verordening 2016/679 dient de verwerkingsverantwoordelijke een functionaris voor de gegevensbescherming aan te duiden telkens wanneer er sprake is van een verwerking door een overheidsinstantie, behalve ingeval van gerechten bij de uitoefening van gerechtelijke taken⁹⁸⁶.

- de ontvangers of categorieën van ontvangers van de persoonsgegevens

312. In het kader van een transparante verwerking van de persoonsgegevens lijkt informatie over wie de persoonsgegevens ontvangt, van cruciaal belang. Nochtans schrijven de Richtlijn 95/46 en de Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens voor dat deze informatie slechts moet worden meegedeeld wanneer dit noodzakelijk is om een eerlijke verwerking te waarborgen. In de Verordening 2016/679 wordt deze informatie ingedeeld bij de informatie die *steeds* moet worden verstrekt, in de mate dat er ontvangers van de persoonsgegevens zijn (artikel 13.1.d van de Verordening 2016/679). Dit vormt een bevestiging van de rechtspraak van het Hof van Justitie. In een arrest van 1 oktober 2015 werd gesteld dat de vereiste van een eerlijke verwerking van de persoonsgegevens in het kader van artikel 10 van de Richtlijn 95/46 inhoudt dat een overheidsinstantie de betrokkenen *steeds* informeert over de overdracht van persoonsgegevens aan een andere overheidsinstantie⁹⁸⁷. In het aan het Hof voorgelegde geval werden persoonsgegevens (inkomstgegevens) door de Roemeense fiscale administratie doorgegeven aan een instelling van sociale zekerheid.

313. Het begrip ontvanger wordt door de Richtlijn 95/46 gedefinieerd als “de natuurlijke of rechtspersoon, de overheidsinstantie, de dienst of enig ander lichaam aan wie, respectievelijk waaraan de gegevens worden meegedeeld, ongeacht of het al dan niet een

⁹⁸⁵ Zie advies van de Commissie tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer nr. 22/95 van 27 juni 1995 in verband met de informatieverplichtingen van de fiscale administratie bij het verzamelen van informatie via de aangifte.

⁹⁸⁶ De positie en taken van de functionaris voor de gegevensbescherming worden omschreven in artikel 38 en 39 van de Verordening 2016/679

⁹⁸⁷ HvJ 1 oktober 2015, C-201/14, BARA, randnummer 34

derde betreft” (artikel 2. g van de Richtlijn 95/46). De Verordening 2016/679 hanteert een quasi identieke definitie ⁹⁸⁸. Een dienst binnen de organisatie van de verwerkingsverantwoordelijke kan dus als een ontvanger worden beschouwd in de zin van de Richtlijn 95/46 en de Verordening 2016/679⁹⁸⁹. Wanneer persoonsgegevens dus binnen de FOD Financiën worden uitgewisseld, dan dient de betrokkene hier ook van te worden ingelicht. Een voor dit onderzoek belangrijke uitzondering vormen de instanties waaraan persoonsgegevens worden meegedeeld in het kader van een bijzondere onderzoeksopdracht. Deze worden onder de Richtlijn 95/46, noch onder de Verordening 2016/679 gerekend tot de “ontvangers” (artikel 2.g van de Richtlijn 95/46, artikel 1 § 7 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens en artikel 4.9° van de Verordening 2016/679). In de memorie van toelichting bij de wet tot omzetting van de Richtlijn 95/46 werd wat betreft dit “bijzonder onderzoek” expliciet het voorbeeld gegeven van de fiscale administratie aan wie in het kader van een eenmalige enquête gegevens worden meegedeeld⁹⁹⁰. Dit voorbeeld wordt ook gegeven in de overweging 31 bij de Verordening 2016/679⁹⁹¹. Deze uitzondering wordt verantwoord door te verwijzen naar het niet-voorzienbare karakter van het doorgeven van persoonsgegevens ingeval van een dergelijk eenmalig onderzoek⁹⁹². Instanties aan wie persoonsgegevens systematisch worden doorgegeven dienen wel als “ontvangers” te worden beschouwd. Ook wanneer er een automatische koppeling is van het bestand waarin de persoonsgegevens zijn opgenomen met de bestanden van andere instanties, dienen deze andere instanties als “ontvangers” te worden beschouwd.

314. In het hoofdstuk 3 hierna zal blijken dat de fiscale administratie de bij de betrokkene ingezamelde gegevens aan verschillende instanties systematisch doorgeeft. Bijgevolg dient de fiscale administratie bij elke vorm van inzameling van informatie bij de betrokkene, deze te informeren over de ontvangers of categorieën van ontvangers, dit zowel in het licht van de Richtlijn 95/46 zoals geïnterpreteerd door het Hof van Justitie, als in het licht van de Verordening 2016/679. Ook wanneer de fiscale administratie, de persoonsgegevens systematisch doorgeeft aan een andere dienst binnen de eigen organisatie, zal dit aan de

⁹⁸⁸ “ een natuurlijke persoon of rechtspersoon, een overheidsinstantie, een dienst of een ander orgaan, al dan niet een derde, aan wie/waaraan de persoonsgegevens worden verstrekt” (artikel 4, 9° van de Verordening 2016/679)

⁹⁸⁹ D. DE BOT, “De gevolgen van de Algemene Verordening. Gegevensbescherming voor de verzekeringssector – Enkele kritische bedenkingen”, *T.Verz.* 2016, afl. 2, 145 die stelt dat de Richtlijn en de Verordening geen onderscheid makten tussen de interne ontvangers en de externe ontvangers, zodat er bij zo goed als elke verwerking ontvangers zullen zijn.

⁹⁹⁰ Memorie van toelichting bij het Wetsontwerp van 20 mei 1998 tot omzetting van de Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van deze persoonsgegevens, 1997-1998, 1566/1, 16

⁹⁹¹ Overweging 31 van de Verordening 2016/679: “Overheidsinstanties waaraan ingevolge een wettelijke verplichting persoonsgegevens worden meegedeeld voor het vervullen van hun overheidstaak, zoals belasting- of douaneautoriteiten, financiële onderzoeksdiensten, onafhankelijke bestuurlijke autoriteiten of financiële marktautoriteiten die belast zijn met de regulering van en het toezicht op de effectenmarkten, mogen niet worden beschouwd als ontvangers indien zij persoonsgegevens ontvangen die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van een **bepaald onderzoek** van algemeen belang, overeenkomstig het Unierecht of het lidstatelijke recht. Door overheidsinstanties ingediende verzoeken om verstrekking moeten in ieder geval schriftelijk, gemotiveerd en incidenteel zijn, **en mogen geen volledig bestand betreffen of resulteren in het onderling combineren van bestanden**. De verwerking van persoonsgegevens door bedoelde overheidsinstanties moet stroken met de voor de doeleinden van de verwerking toepasselijke gegevensbeschermingsregels”

⁹⁹² Memorie van toelichting bij het Wetsontwerp van 20 mei 1998 tot omzetting van de Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van deze persoonsgegevens, 1997-1998, 1566/1, 16

betrokkene moeten worden meegedeeld. Wanneer de fiscale administratie de bij de betrokkene ingezamelde persoonsgegevens doorgeeft aan bijvoorbeeld de gerechtelijke overheden in het kader van een bijzondere onderzoeksopdracht van deze instanties, dan moet de betrokkene hiervan niet op de hoogte worden gebracht. Hetzelfde geldt voor overheden of derden die in het kader van een bijzonder onderzoek (bijvoorbeeld een vraag om inlichtingen op basis van artikel 323 van het Wetboek inkomstenbelastingen wat betreft derden) persoonsgegevens doorgeven aan de fiscale administratie. Ook op hen rust geen verplichting om de betrokkene in te lichten.

- Het voornemen om de persoonsgegevens door te geven aan derde landen of internationale organisaties

315. Aansluitend bij de verplichting om de ontvangers kenbaar te maken aan de betrokkene, schrijft de Verordening 2016/679 uitdrukkelijk voor dat, in voorkomend geval, steeds mededeling moet worden gemaakt van het voornemen van de verwerkingsverantwoordelijke om de persoonsgegevens door te geven aan een derde land of een internationale organisatie (artikel 13.1.e van de Verordening 2016/679). Hoewel deze verplichting niet uitdrukkelijk was opgenomen in de Richtlijn 95/46, lijkt ze wel al te zijn begrepen onder de verplichting om de ontvangers mee te delen. Bij het begrip ontvangers wordt in de Richtlijn 95/46 immers geen onderscheid te worden gemaakt tussen ontvangers gevestigd in de Unie en ontvangers gevestigd in derde landen. Ook internationale organisaties kunnen onder de Richtlijn 95/46 als ontvangers worden beschouwd. Wel nieuw is het feit dat samen met de mededeling van het voornemen om de persoonsgegevens door te geven aan derde landen, nog een reeks andere inlichtingen moet worden verstrekt. Het gaat met name over het al dan niet bestaan van een adequaatheidsbesluit van de Commissie⁹⁹³, of er passende of geschikte waarborgen zijn ingeval er geen dergelijk adequaatheidsbesluit is, hoe hiervan een kopie kan worden verkregen of waar het kan worden geraadpleegd.

- Het al dan niet verplicht karakter van het antwoord en de gevolgen van niet-beantwoording

316. In het kader van het informationeel zelfbeschikkingsrecht is het van belang te weten in welke mate men verplicht is persoonsgegevens te verstrekken en, zo men ze niet verstrekt, wat hiervan de gevolgen zijn. Op grond van de Richtlijn 95/46 moet deze informatie worden verstrekt om een eerlijke verwerking te waarborgen (artikel 10.1.c van de Richtlijn 95/46 en artikel 9 § 1 d van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). In de Verordening 2016/679 wordt deze informatie ook ingedeeld onder de informatie die moet worden verstrekt wanneer dit nodig is om een transparante en behoorlijke verwerking te garanderen (artikel 13.2.e van de Verordening 2016/679). In de Verordening 2016/679 wordt verduidelijkt wat moet worden verstaan onder het “verplicht” verstrekken van de persoonsgegevens. Met name wordt gesteld dat moet worden meegedeeld of de verstrekking van persoonsgegevens een wettelijke of contractuele verplichting is, dan wel een noodzakelijke voorwaarde om een overeenkomst te sluiten. In het kader van dit

⁹⁹³ Zie hierover, afdeling 3 inzake rechtsbescherming waar het adequaatheidsbesluit wordt toegelicht.

onderzoek dienen de persoonsgegevens steeds op grond van een wettelijke verplichting te worden verstrekt.

317. De vraag rijst dus wanneer deze informatie moet worden verstrekt om een “eerlijke” dan wel “behoorlijke en transparante” verwerking te waarborgen en of deze informatie moet worden verstrekt in het kader van de inzameling van gegevens door de fiscale administratie. Algemeen wordt aangenomen dat informatie die moet worden verstrekt om een eerlijke, dan wel behoorlijke en transparante verwerking te waarborgen in wezen *steeds* moet worden gegeven, tenzij de verwerkingsverantwoordelijke kan *aantonen* dat deze informatie niet nodig is om een eerlijke, dan wel behoorlijke en transparante verwerking te waarborgen⁹⁹⁴. Wanneer er derhalve effectief een verplichting bestaat tot het verstrekken van persoonsgegevens, zal het zeer moeilijk zijn voor de verwerkingsverantwoordelijke om aan te tonen dat informatie over het verplicht karakter van het antwoord en de gevolgen van een niet-antwoord, *niet* nodig is om een eerlijke dan wel transparante of behoorlijke verwerking te waarborgen. De fiscale administratie zal daarom steeds – wanneer persoonsgegevens bij de betrokkene worden ingezameld - de betrokkene moet inlichten over het verplicht karakter van de informatieverstrekking, alsook van de juridische gevolgen (waaronder de mogelijkheid tot het opleggen van administratieve sancties en het vestigen van een ambtshalve aanslag) van het niet naleven van deze verplichting.

- De vermelding van de rechten van de betrokkene

318. Zowel in de Richtlijn 95/46 als in de Verordening 2016/679 wordt de vermelding van de rechten van de betrokkene aangeduid als informatie die moet worden meegedeeld telkens wanneer dit nodig is om een eerlijke, dan wel behoorlijke en transparante verwerking te waarborgen (artikel 10.c van de Richtlijn 95/46 en artikel 9 § 1 d van de Wet Verwerking Persoonsgegevens en artikel 13.2.b van de Verordening 2016/679). Bij de Richtlijn 95/46 gaat het enkel over de mededeling dat er een recht van inzage en verbetering is. Zoals hierboven al werd vermeld is de lijst van de rechten van de betrokkene in de Verordening 2016/679 wel uitgebreider. De te melden rechten op basis van de Verordening 2016/679 zijn daarom het recht op inzage, het recht op verbetering, het recht op weten, het recht op de beperking van de hem betreffende verwerking, het recht tegen de verwerking bezwaar te maken en het recht op gegevensoverdraagbaarheid. Bij elk van deze rechten rijst de vraag of het bestaan van dit recht aan de betrokkene moet worden meegedeeld om een eerlijke, dan wel transparante en behoorlijke verwerking te waarborgen. In de voorbereidende werken betreffende de omzetting van de Richtlijn 95/46 naar Belgisch recht wordt het voorbeeld gegeven van de gegevensverzameling die ernstige gevolgen kan hebben voor de betrokkene (bijvoorbeeld een beoordeling van de kredietwaardigheid van de betrokkene of een beoordeling van het recht op een uitkering)⁹⁹⁵. In een dergelijk geval

⁹⁹⁴ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 207, randnummer 277 met verwijzing naar de aanpassing van het oorspronkelijke ontwerp waarin stond dat bepaalde informatie slechts moest worden gegeven in de mate dat dit nodig was om een eerlijke verwerking te waarborgen en dat op advies van de Raad van State (nr. 1566/1, 72) werd aangepast in die zin dat deze informatie in principe moet worden gegeven.

⁹⁹⁵ Memorie van toelichting bij het Wetsontwerp van 20 mei 1998 tot omzetting van de Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van deze

zou een eerlijke verwerking vereisen dat de betrokkene wordt gewezen op zijn rechten. In de rechtsleer wordt verdedigd dat de rechten van de betrokkene stééds moeten worden vermeld wanneer de betrokkene zich bevindt in een situatie die toelaat dat hij over deze rechten beschikt⁹⁹⁶ (los van de ernst van de gevolgen van de gegevensverwerking). Mede rekening houdend met het feit dat de verwerkingsverantwoordelijke de bewijslast draagt van het feit dat een eerlijke dan wel behoorlijke en transparante verwerking de mededeling van bepaalde informatie niet vereist⁹⁹⁷, alsook rekening houdend met de ernst van de gevolgen van de gegevensinzameling door de fiscale administratie (belastingheffing) kan worden verdedigd dat de fiscale administratie *steeds* melding zal moeten maken van de rechten van de betrokkene in de mate dat de betrokkene over deze rechten beschikt in overheidscontext. Afzien van de vermelding van één of meer rechten van de betrokkene is dus slechts verdedigbaar wanneer de betrokkene, omwille van een wettelijke uitsluiting, niet over deze rechten beschikt. Hierna zal verder worden aangeduid over welke rechten de betrokkene beschikt in het kader van de inzameling van informatie door de fiscale administratie.

- De bewaartermijn

319. De Verordening 2016/679 schrijft voor dat de bewaartermijn moet worden vermeld indien dit nodig is om een behoorlijke en transparante verwerking van de persoonsgegevens te waarborgen (artikel 13.2.a van de Verordening 2016/679). De Richtlijn 95/46 legt deze verplichting niet op. Indien de periode gedurende dewelke de persoonsgegevens zullen worden opgeslagen niet kan worden opgegeven, dienen de criteria ter bepaling van die termijn te worden opgegeven.

320. De vraag rijst dus of een behoorlijke en transparante verwerking van persoonsgegevens door de fiscale administratie vereist dat de bewaartermijn wordt vermeld van de bij de betrokkene ingezamelde gegevens. Vermits de opslagbeperking een kwaliteitsvereiste is voor een rechtmatige verwerking van de persoonsgegevens, lijkt het voor de hand te liggen dat het meedelen van deze bewaartermijn in wezen altijd nodig is om een behoorlijke en transparante verwerking van persoonsgegevens mogelijk te maken⁹⁹⁸. De informatieverstrekking aan de betrokkene is er immers op gericht de betrokkene toe te laten na te gaan of de verwerking van zijn persoonsgegevens op een rechtmatige wijze is gebeurd. De bewaartermijn of minstens de criteria om deze te bepalen, dient dus ook in het kader van de inzameling van fiscale informatie te worden meegedeeld.

321. De bewaartermijn van de persoonsgegevens die in het kader van de vestiging van de inkomstenbelasting worden ingezameld, is op dit ogenblik niet geheel duidelijk. In antwoord op een parlementaire vraag van 2001 wordt melding gemaakt van het bestaan van een

persoonsgegevens, 1997-1998, 1566/1, 46 waarin wordt verwezen naar het advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer nr. 30/96 van 13 november 1996, 152

⁹⁹⁶ D. DE BOT, "De gevolgen van de Algemene Verordening. Gegevensbescherming voor de verzekeringssector – Enkele kritische bedenkingen", *T.Verz.* 2016, afl. 2, 145.

⁹⁹⁷ Zie hierboven reeds: D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks "Recht en praktijk", Antwerpen, Kluwer, 2001, 207, randnummer 277

⁹⁹⁸ D. DE BOT, "De gevolgen van de Algemene Verordening. Gegevensbescherming voor de verzekeringssector – Enkele kritische bedenkingen", *T.Verz.* 2016, afl. 2, 145. D. DE BOT stelt dat deze informatie altijd moet worden verstrekt om een behoorlijke en transparante verwerking te waarborgen.

interne instructie betreffende de bewaartermijn⁹⁹⁹. Deze instructie handelt evenwel over de bewaartermijn van documenten alvorens ze naar de papiermolen worden gezonden. Het lijkt er dus op dat deze instructie met andere woorden enkel handelt over de bewaartermijn die wordt gehanteerd voor papieren documenten en niet voor de elektronische documenten. Volgens deze instructie gelden er *“voor de diverse documenten van de aanslagdossiers (inkomstenbelastingen) verschillende bewaartermijnen, die vastgelegd zijn in functie van de toepasselijke regelgeving. De bewaartermijnen zijn in principe de volgende: (1) blijven onbeperkt bewaard: de stukken van het permanent dossier, zoals de statuten en publicaties uit het Belgisch Staatsblad, stukken handelsregister, tabel oorsprong kapitaal, afschrijvingstabellen, tabellen der reserves en meerwaarden, beslissingen inzake bezwaarschriften, lijst van de sancties, berekeningsnota's, enz.; (2) worden 10 jaar bewaard: de verschillende aangiften en de bijlagen en hierbij horende stukken, zoals berichten van wijziging, kennisgevingen van aanslagen van ambtswege, vragen om inlichtingen, loonfiches en -lijsten, enz. (voor de aangiften van loontrekkers en gepensioneerden kan de bewaringstermijn worden beperkt tot 5 jaar); (3) worden 5 jaar bewaard: alle documentatie en briefwisseling die door de dienstchef overbodig wordt geacht wat de bewaring betreft, zoals aankondigingen van bezoek ter plaatse, enz.”* Na de verstrijking van de bewaringstermijn, worden deze stukken volgens hetzelfde antwoord van de minister van Financiën, voor vernietiging naar de papiermolen gezonden. Daarnaast meldt de minister van Financiën in antwoord op de voormelde parlementaire vraag dat *“in afwijking op de voormelde bewaartermijnen, de fiscale dossiers van de volgende belastingplichtigen naar de papiermolen wordt gezonden: (1) de dossiers van de natuurlijke personen die ten minste vijf jaar overleden zijn (behalve wanneer de zaak door de echtgeno(o)te wordt voortgezet) of die sinds ten minste 5 jaar definitief naar het buitenland vertrokken zijn; (2) de dossiers van vennootschappen die ontbonden of geliquideerd zijn waarvan de vereffening op 1 januari van het aanslagjaar sinds ten minste 5 jaar afgesloten is, voor zover dat de ontbinding of liquidatie niet voortvloeit uit de fusie van vennootschappen of de opslorping van een vennootschap door een andere, dat er geen belastingen meer te vorderen zijn ten laste van deze ontbonden of geliquideerde vennootschappen en dat er geen betwisting aanhangig is waarvoor geen uitspraak werd gedaan.”*

322. De vraag rijst uiteraard hoe wordt gehandeld ten aanzien van de elektronische documenten. Hierover wordt in dit antwoord van de minister niets gezegd. Wel wordt in de aangifte die de FOD Financiën heeft gedaan bij de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer over de elektronische verwerking van persoonsgegevens (zie hierover § 6, hierna) gesteld dat de elektronisch verwerkte persoonsgegevens in principe *onbeperkt* worden bewaard. Dit principe wordt wel genuanceerd in die zin dat in de toelichting bij deze onbeperkte bewaartermijn wordt gesteld dat de fiscale administratie een onderscheid maakt tussen de persoonsgegevens die betrekking hebben op een welbepaalde belasting en deze die er geen betrekking op hebben. De persoonsgegevens die betrekking hebben op een welbepaalde belasting worden bewaard tot de integrale uitdoving van de fiscale schuld (hoofdsom, interesten en kosten) alsook van elk administratief of gerechtelijke rechtsmiddel die op deze fiscale schuld betrekking hebben. Er zou evenwel moeten worden verduidelijkt wat moet worden verstaan onder *“persoonsgegevens die betrekking hebben*

⁹⁹⁹ Parl. Vr. nr. 759 van 17 juli 2001 van PIETERS

op een welbepaalde belasting¹⁰⁰⁰. Dienen hiertoe bijvoorbeeld alleen de persoonsgegevens te worden gerekend die *nodig* zijn voor de berekening van de belasting in een welbepaald aanslagjaar of worden hiertoe ook de persoonsgegevens gerekend die *nuttig* zijn voor de heffing van de belasting in een welbepaald aanslagjaar? Zo zal het bedrag van de aangegeven omzet van een zelfstandige in een welbepaald aanslagjaar ook nog nuttig zijn om te raadplegen in navolgende aanslagjaren, in het kader van de controle van de aangifte. Moet dan worden aangenomen dat dit gegeven, dat niet alleen relevant is voor het aanslagjaar waar de omzet op slaat, maar ook voor latere (of eerdere) aanslagjaren, onbeperkt wordt bewaard? Daarnaast, zo wordt in de toelichting van de aangifte bij de Commissie voor de persoonlijke levenssfeer gesteld, is de verwerkingsverantwoordelijke gehouden om de wetgeving betreffende de archieven van de overheid te respecteren. Het is onduidelijk wat hiermee wordt bedoeld. In het hiervoor al geciteerde antwoord op een parlementaire vraag van 2001, dat klaarblijkelijk betrekking had op de papieren aanslagdossiers, werd gesteld de documenten waarvan de bewaartermijn was verstreken naar de papiermolen werden verzonden en met andere woorden dus niet aan de opslagplaatsen van het Rijksarchief werden overgemaakt¹⁰⁰¹. Er valt niet goed in te zien waarom een ander standpunt zou worden ingenomen ten aanzien van elektronische documenten¹⁰⁰².

Het is ook onduidelijk wat na afloop van de hier omschreven bewaartermijnen met de elektronische bewaarde persoonsgegevens gebeurt. Dat deze vraag pertinent is blijkt onder meer uit het persbericht van 22 oktober 2016¹⁰⁰³ waarin werd gesteld dat de BBI had meegedeeld aan de parlementaire onderzoekscommissie “Optima” dat de elektronische gegevens die door de BBI werden verzameld ter gelegenheid van een fiscale visitatie bij Optima op 30 januari 2012, en waarvan de rechtbank van eerste aanleg te Gent de teruggave had bevolen in een vonnis van 11 juni 2013¹⁰⁰⁴, nog steeds beschikbaar waren voor onderzoek door de parlementaire onderzoekscommissie, zelfs al zou er een proces verbaal van vernietiging zijn opgesteld in het kader van de uitvoering van voormeld vonnis.

¹⁰⁰⁰ De aangifte bij de Commissie voor de bescherming voor de persoonlijke levenssfeer werd in het Frans opgesteld. Met spreekt er over “les données concernant une imposition déterminée”.

¹⁰⁰¹ Overeenkomstig artikel 1 van de wet van 24 juni 1955 inzake het Rijksarchief dienen alle archiefdocumenten van meer dan 30 jaar oud, bewaard door onder meer de rijksbesturen in principe naar het rijksarchief worden overgebracht. Op het ogenblik dat de parlementaire vraag werd beantwoord gold deze verplichting nog voor de bescheiden van meer dan 100 jaar oud. Deze termijn werd evenwel teruggebracht tot 30 jaar door de artikelen 126 tot en met 130 van de wet van 6 mei 2009. Door de wetgever wordt er wel vanuitgegaan dat de archiefvormende overheid een selectie maakt van de documenten die naar het Rijksarchief worden overgebracht (zie memorie van Toelichting bij de wet van 6 mei 2009 waarbij de wet van 24 juni 1955 inzake het Rijksarchief werd gewijzigd en waarin werd gesteld dat het in de wet ingeschreven principe dat de archieven in “goede, geordende en toegankelijk staat” worden overgebracht impliceert dat de archieven voldoen aan de “minimale vereisten inzake bewaring, selectie en ordening “*wat ertoe moet leiden dat de archiefvormende overheid reeds in een vroeg stadium het te bewaren archief onderscheidt van het te vernietigen archief, zodat de hoeveelheid documenten die moet worden opgeslagen kan worden beperkt. Door zo vlug mogelijk de documenten zonder waarde te vernietigen wordt de overheidsinformatie beter toegankelijk en kunnen de opslagcapaciteit en de daaraan verbonden kosten beter worden beheerd*” (Memorie van Toelichting bij de wet van 6 mei 2009, doc. 52, nr. 1786/001, 73)

¹⁰⁰² Die ook onder het toepassingsgebied vallen van de Archiefwet: zie de Memorie van Toelichting bij de wet van 29 maart 2012 waarbij door artikel 91 van de wet van 29 maart 2012 een artikel 100/5 werd toegevoegd aan het Sociaal Strafwetboek waarin wordt gesteld dat de Koning nadere regels kan vaststellen voor de archivering van het e-PV voor zover de regeling opgenomen in de archiefwet van 24 juni 1955 ontoereikend is. In de memorie van Toelichting wordt gesteld dat het e-PV onderworpen is aan de Archiefwet (Memorie van Toelichting bij de wet van 29 maart 2012, doc. 53, nr. 2081/001, 65)

¹⁰⁰³ L. BOVE, “Parlement wil data Optima onderzoeken”, *De Tijd*, 22 oktober 2016

¹⁰⁰⁴ Rb. Gent 11 juni 2013, *TFR* 2014, afl. 453-454, 88

- Het klachtrecht bij een toezichthoudende autoriteit

323. De Verordening 2016/679 bepaalt ook dat het bestaan van een klachtrecht bij de toezichthoudende autoriteit moet worden vermeld indien dit nodig is om een behoorlijke en transparante verwerking van persoonsgegevens te waarborgen (artikel 13.2.d van de Verordening 2016/679). Artikel 77.1 van de Verordening 2016/679 geeft iedere betrokkene het recht een klacht in te dienen bij een toezichthoudende autoriteit, met name in de lidstaat waar hij gewoonlijk verblijft, hij zijn werkplek heeft of waar de beweerde inbreuk is begaan, indien hij van mening is dat de verwerking van hem betreffende persoonsgegevens inbreuk maakt op de Verordening 2016/679. Vermits dit klachtrecht algemeen is en betrekking kan hebben op elke overtreding van de Verordening 2016/679, komt het voor dat het altijd moet worden vermeld¹⁰⁰⁵. Terzake kan verwezen worden naar de redenering die werd gehanteerd om te argumenteren dat de rechten van de betrokkene steeds moeten worden vermeld om een eerlijke dan wel behoorlijke en transparante verwerking te waarborgen, telkens wanneer de betrokkene over deze rechten beschikt en er dus geen wettelijke uitsluiting is. Dit klachtrecht zal dus ook moeten worden meegedeeld wanneer er gegevens worden ingezameld bij de betrokkene door de fiscale administratie.

- Het bestaan van geautomatiseerde besluitvorming met inbegrip van profilering

324. De Verordening 2016/679 schrijft ten slotte voor dat de verwerkingsverantwoordelijke melding moet maken van het bestaan van geautomatiseerde besluitvorming, met inbegrip van profilering, wanneer dit nodig is voor een behoorlijke en transparante verwerking van de persoonsgegevens. Indien dit het geval is, moet niet alleen het bestaan van de geautomatiseerde besluitvorming en van de profilering worden gemeld, maar tevens ten minste alle nuttige informatie over de onderliggende logica, evenals het belang en de verwachte gevolgen van die verwerking voor de betrokkene (artikel 13.2.f van de Verordening 2016/679). Ook hier dient er weer vanuit te worden gegaan dat wanneer er sprake is van geautomatiseerde besluitvorming en/of profilering, dit steeds zal moeten worden gemeld om een behoorlijke en transparante verwerking mogelijk te maken¹⁰⁰⁶. Deze verplichting rust ook op de fiscale administratie vanaf het ogenblik dat de Verordening 2016/679 van toepassing wordt. Hiervoor is al aangetoond dat door de wet van 3 augustus 2012 een wettelijke grondslag werd gecreëerd voor datamining door de fiscale administratie met de gegevens die zijn toegevoegd aan het datawarehouse, en dat deze datamining ook profilering faciliteert. Een wettelijke grondslag voor geautomatiseerde besluitvorming is niet voorhanden.

¹⁰⁰⁵ D. DE BOT, “De gevolgen van de Algemene Verordening. Gegevensbescherming voor de verzekeringssector – Enkele kritische bedenkingen”, *T.Verz.* 2016, afl. 2, 143

¹⁰⁰⁶ D. DE BOT, “De gevolgen van de Algemene Verordening. Gegevensbescherming voor de verzekeringssector – Enkele kritische bedenkingen”, *T.Verz.* 2016, afl. 2, 150

- De informatie te verstrekken bij verwerking van gevoelige, medische en gerechtelijke gegevens

325. De Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens heeft een bijkomende categorie van inlichtingen gecreëerd die moet worden meegedeeld bij de gegevensverzekering bij de betrokkene, wanneer er sprake is van de verwerking van gevoelige gegevens, gezondheidsgegevens en gerechtelijke gegevens (artikel 9 § 1, e van de Wet Verwerking Persoonsgegevens en artikel 25 en 26 van het Uitvoeringsbesluit). Hierboven is al gebleken dat de verwerking van medische gegevens door de fiscale administratie niet toegelaten lijkt te zijn, terwijl gevoelige gegevens enkel kunnen worden verwerkt in de mate dat ze publiek zijn gemaakt door de betrokkene. Gerechtelijke gegevens kunnen daarentegen wel door de fiscale administratie worden verwerkt. Met name dient de verwerkingsverantwoordelijke in dat geval melding te maken van de wet op grond waarvan de verwerking van deze persoonsgegevens is toegestaan (artikel 25, 4° Uitvoeringsbesluit). Zoals eveneens hierboven toegelicht kan eraan worden getwijfeld of deze bijkomende voorwaarde voor wat betreft de publieke gevoelige gegevens bij de inwerkingtreding van de Verordening 2016/679 nog wel mogelijk is.

2. Ogenblik van het verstrekken van de informatie

326. De Richtlijn 95/46 verduidelijkt niet op welk tijdstip de informatieverzekering moet gebeuren. Artikel 9 § 1 van de Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens bepaalt dat de informatie moet worden verstrekt “uiterlijk op het moment dat de gegevens worden verkregen”. Dit geeft de betrokkene de mogelijkheid de persoonsgegevens eventueel niet te verstrekken¹⁰⁰⁷. De Verordening 2016/679 bepaalt ook dat de informatie moet worden verstrekt “bij de verkrijging” (artikel 13.1 aanhef en artikel 13.2 van de Verordening 2016/679). De Verordening 2016/679 voegt hieraan toe dat wanneer de verwerkingsverantwoordelijke het voornemen heeft persoonsgegevens verder te verwerken voor een ander doel dan dat waarvoor de persoonsgegevens zijn ingezameld, de verplichting bestaat om de betrokkene voorafgaand aan die verdere verwerking, informatie te verstrekken over dat ander doel, alsook alle andere relevante informatie die nodig is om – in dat geval – een transparante en behoorlijke verwerking van de persoonsgegevens mogelijk te maken (artikel 13.3 van de Verordening 2016/679). Ook in toepassing van de Richtlijn 95/46 en de Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens werd er al van uitgegaan dat de finaliteit van de verdere verwerking, die bij de verkrijging van de informatie nog niet bekend was en dus nog niet aan de betrokkene kon worden meegedeeld, en bovendien niet verenigbaar lijkt met de finaliteit van de oorspronkelijke (en meegedeelde) finaliteit, later zal moeten worden meegedeeld om de verdere verwerking, rechtmatig te maken¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰⁷ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 209, randnummer 279; Later verdedigt D. DE BOT dat de informatie bij voorkeur voorafgaand aan de verkrijging van de gegevens wordt verstrekt: In D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*. Brussel, Politeia 2015, 368. De Richtlijn 95/46, noch de Verordening 2016/679 leggen inderdaad een voorafgaande kennisgeving op. Vanuit het oogpunt van de finaliteit van deze kennisgevingsverplichting, met name de informatiele zelfbeschikking is een voorafgaande kennisgeving uiteraard wel aangewezen.

¹⁰⁰⁸ Memorie van toelichting bij het Wetsontwerp van 20 mei 1998 tot omzetting van de Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van deze persoonsgegevens, 1997-1998, 1566/1, 46 – er wordt terzake verwezen naar overweging 39 van de Richtlijn 95/46

327. Wanneer de fiscale administratie dus persoonsgegevens inzamelt bij de betrokkene zal er bij de verkrijging van deze gegevens informatie moeten worden verstrekt. Indien de fiscale administratie later het voornemen heeft om deze persoonsgegevens verder te verwerken voor een ander doel dan het doel waarvoor de persoonsgegevens zijn ingezameld, dan zal de betrokkene hiervan vooraf moeten worden ingelicht. Naast de mededeling van het doel van de voorgenomen verdere verwerking, zal de fiscale administratie zich de vraag moeten stellen of het nodig is om de bepaalde bijkomende informatie te verstrekken om een behoorlijke en transparante (verdere) verwerking te waarborgen¹⁰⁰⁹.

3.Vorm van het verstrekken van de informatie

328. De Richtlijn 95/46 en de Wet Verwerking Persoonsgegevens geven geen indicatie over de wijze waarop de informatie moet worden verstrekt. De Working Party 29 stelde in 2004 vast dat de lidstaten een zeer uiteenlopende werkwijze hanteerden bij de invulling van deze informatieverplichtingen¹⁰¹⁰. Zij adviseerde gebruik te maken van de zogenaamde “layered notice”¹⁰¹¹, waarbij de meest essentiële informatie in een korte kennisgeving aan de betrokkene wordt meegedeeld, terwijl de andere informatie wordt ter beschikking gehouden van de betrokkene op een toegankelijke manier (bijvoorbeeld op de website van de verwerkingsverantwoordelijke). In de korte directe kennisgeving zou – naast de identiteit van de verwerkingsverantwoordelijke en de finaliteiten van de verwerking – ook alle informatie moeten worden meegedeeld die *op voorhand* ter kennis moet worden gebracht aan de betrokkene om een eerlijke verwerking te garanderen. Toegepast op overheden zou dit betekenen dat bijvoorbeeld in het formulier waarbij de persoonsgegevens worden opgevraagd kort de belangrijkste informatie wordt weergegeven, met verwijzing naar een meer uitvoerig document dat op de website van de betrokken overheidsinstantie die de persoonsgegevens opvraagt, wordt ter beschikking gesteld¹⁰¹².

329. Ook het Hof van Justitie lijkt aan te geven dat minstens een deel van de informatie bedoeld in artikel 10 van de Richtlijn 95/46 niet rechtstreeks in een individuele communicatie aan de betrokkene moet worden meegedeeld, maar ook kan worden meegedeeld via een duidelijke wettelijke bepaling. Het hierboven al aangehaalde arrest van het Hof van Justitie van 1 oktober 2015 inzake het doorgeven van fiscale informatie aan een instelling van sociale zekerheid, stelde vast dat de overheid niet had voldaan aan haar informatieplicht van artikel 10 door meer in het bijzonder de ontvangers of categorieën van ontvangers niet mee te delen aan de betrokkene op het moment dat de informatie werd ingezameld door de fiscale administratie. Vervolgens onderzocht het Hof evenwel of de (in casu) Roemeense wetgeving die de grondslag bleek te zijn voor de uitwisseling van persoonsgegevens, kon volstaan als mededeling van de ontvangers van de informatie¹⁰¹³. Hiermee geeft het Hof te kennen dat de overheid ook aan haar informatieverplichting kan voldoen door een wettelijke bepaling, tenminste voor wat betreft de kennisgeving van de

¹⁰⁰⁹ Deze inlichtingen staan vermeld in artikel 13.2 van de Verordening, hierboven besproken

¹⁰¹⁰ Opinion 10/2004 of the Article 29 Working Party on more Harmonised Information Provisions

¹⁰¹¹ Opinion 10/2004 of the Article 29 Working Party on more Harmonised Information Provisions

¹⁰¹² E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et controle*, Brussel, Larcier, 2014, 423-425

¹⁰¹³ HvJ 1 oktober 2015, C-201/14, BARA, overweging 37 en 38

ontvangers van de persoonsgegevens. De Roemeense wetgeving volstond evenwel in casu niet omdat deze wetgeving enkel voorschrijft dat “alle gegevens noodzakelijk voor het bepalen van de hoedanigheid van verzekerde krachtens een protocol gratis worden meegedeeld aan de ziekteverzekeringsfondsen door de autoriteiten, de overheidsinstellingen en andere instellingen”, terwijl het was gebleken dat de gegevens noodzakelijk voor de bepaling van de hoedanigheid van verzekerde, in de zin van voormelde bepaling, niet de gegevens betreffende de inkomsten omvatten die in casu waren doorgegeven, aangezien de wet de hoedanigheid van verzekerde ook toekent aan personen zonder belastbare inkomsten. Het is op basis van deze rechtspraak onduidelijk of de overheid haar volledige informatieverplichting kan nakomen door te verwijzen naar de wettelijke bepalingen waarin de te verstrekken informatie is opgenomen.

Een ernstig tegenargument hiervoor ligt in het feit dat de Richtlijn 95/46 en de Verordening 2016/679 bepalen dat de hierboven beschreven inlichtingen niet moeten worden verstrekt wanneer de betrokkene daarvan al op de hoogte is (artikel 10 van de Richtlijn 95/46 en artikel 9 § 1 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens en artikel 13.4 van de Verordening 2016/679). Deze bepaling moet, gezien het een uitzonderingsbepaling is, strikt worden geïnterpreteerd¹⁰¹⁴. Traditioneel wordt aangenomen dat dit inhoudt dat de betrokkene al op de hoogte is indien hij door de verwerkingsverantwoordelijke *zelf* is geïnformeerd¹⁰¹⁵. Indien de betrokkene nog niet door de verwerkingsverantwoordelijke zelf is geïnformeerd, moet er een redelijke zekerheid bestaan dat de betrokkene al op een andere wijze is geïnformeerd. Het mag dus geen loutere veronderstelling zijn¹⁰¹⁶. Vanuit deze benadering kan worden aangenomen dat het bestaan van wettelijke bepalingen waaruit cruciale informatie zoals de doeleinden van de verwerking blijkt, niet volstaat om te ontsnappen aan de kennisgevingsplicht¹⁰¹⁷. Aannemen dat de betrokkene geïnformeerd is op grond van de wet, is immers een loutere veronderstelling. Rekening houdend met het hierboven vermelde advies van de Working Party 29 alsook met het arrest van het Hof van Justitie van 1 oktober 2015 kan eerder worden gesteld dat de meest essentiële informatie rechtstreeks aan de betrokkene moet worden meegedeeld in een individuele communicatie, waarin eventueel wordt verwezen naar hetzij een meer uitgebreide en gedetailleerde informatie die ter beschikking wordt gesteld op de website van de FOD Financiën, dan wel naar de relevante wettelijke bepalingen waarin deze informatie wordt verstrekt.

330. De Verordening 2016/679 geeft wel een aantal eerder praktische aanwijzingen over de wijze waarop de informatieverplichting moet worden nageleefd. In het hierboven al besproken artikel 12 van de Verordening 2016/679 (zie aanhef § 5 hierboven) worden immers een aantal algemene instructies gegeven over de wijze waarop met de betrokkene

¹⁰¹⁴ E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et contrôle*, Brussel, Larcier, 2014, 427

¹⁰¹⁵ Memorie van toelichting bij het Wetsontwerp van 20 mei 1998 tot omzetting van de Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van deze persoonsgegevens, 1997-1998, 1566/1, 45

¹⁰¹⁶ Memorie van toelichting bij het Wetsontwerp van 20 mei 1998 tot omzetting van de Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van deze persoonsgegevens, 1997-1998, 1566/1, 45

¹⁰¹⁷ Zie Advies nr. 22/95 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer inzake de informatieverplichtingen van de FOD Financiën bij het verzamelen van informatie via de aangifte; D. DE BOT, *Privacybescherming bij e-government in België*, Brugge, Vandenbroele, 2005, 43

moet worden gecommuniceerd (duidelijke taal, toegankelijke vorm, in principe schriftelijk en dergelijke meer). Vooral relevant voor de verplichting tot informatieverstrekking is de mogelijkheid die door de Verordening 2016/679 wordt geboden om de informatie aan de betrokkenen te verstrekken met gebruikmaking van gestandaardiseerde iconen (artikel 12.7 van de Verordening 2016/679). De Commissie zal in uitvoering van deze bepaling moeten vaststellen welke informatie de iconen dienen weer te geven en via welke procedures de gestandaardiseerde iconen tot stand dienen te komen (artikel 12.8 van de Verordening 2016/679).

4.Uitzondering op de verplichting tot informatieverstrekking

331. Zoals hierboven al werd aangegeven laten zowel de Richtlijn 95/46 als de Verordening 2016/679 toe dat de inlichtingen niet moeten worden verstrekt wanneer de betrokkene daarvan reeds op de hoogte is (artikel 10 van de Richtlijn 95/46 en artikel 9 § 1 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens en artikel 13.4 van de Verordening 2016/679). Deze strikt te interpreteren uitzondering¹⁰¹⁸ houdt in dat de verwerkingsverantwoordelijke kan aantonen dat hij de betrokkene *zelf* al heeft geïnformeerd¹⁰¹⁹, of dat er een redelijke zekerheid bestaat dat de betrokkene al op een andere wijze is geïnformeerd¹⁰²⁰. Ook indien de betrokkene maar een deel van de informatie heeft gekregen, ontsnapt de verwerkingsverantwoordelijke niet aan de verplichting om de overige verplicht te verstrekken informatie, mee te delen¹⁰²¹.

332. Behalve deze uitzonderingsmogelijkheid, moet ook geen informatie worden verstrekt wanneer de lidstaat een beroep heeft gedaan op de algemene uitzonderingsbepaling van artikel 13 van de Richtlijn 95/46, wat inhoudt dat er wettelijke maatregelen zijn getroffen ter beperking van de reikwijdte van (in casu) de verplichting tot informatieverstrekking. De lidstaat zal dit recht slechts kunnen beperken indien dit noodzakelijk is ter vrijwaring van (o.m.) het fiscaal belang van de lidstaat. België heeft van deze bevoegdheid geen gebruik gemaakt voor wat betreft de verplichting tot informatieverstrekking. Ook de Verordening 2016/679 laat toe dat het recht op informatieverstrekking wordt beperkt op grond van de algemene uitzonderingsbepaling van artikel 23 van de Verordening 2016/679.

B.Persoonsgegevens niet verkregen bij de betrokkene

333. Ook wanneer persoonsgegevens worden verwerkt die niet bij de betrokkene zijn verkregen, is er een verplichting om bepaalde inlichtingen aan de betrokkene te verstrekken (artikel 11 van de Richtlijn 95/46, artikel 9 § 2 van de Wet Verwerking persoonsgegevens en

¹⁰¹⁸ E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et controle*, Brussel, Larcier, 2014, 427

¹⁰¹⁹ Memorie van toelichting bij het Wetsontwerp van 20 mei 1998 tot omzetting van de Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van deze persoonsgegevens, 1997-1998, 1566/1, 45

¹⁰²⁰ Memorie van toelichting bij het Wetsontwerp van 20 mei 1998 tot omzetting van de Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van deze persoonsgegevens, 1997-1998, 1566/1, 45

¹⁰²¹ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks "Recht en praktijk", Antwerpen, Kluwer, 2001, 194, randnummer 262; E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et controle*, Brussel, Larcier, 2014, 427

artikel 14 van de Verordening 2016/679). Zoals hierboven al aangekondigd, bestaan in overheidscontext evenwel tal van uitzonderingen.

1. Te verstrekken informatie

334. Net als bij de hierboven beschreven verplichting tot informatieverstrekking wanneer de persoonsgegevens bij de betrokkene zijn ingezameld, wordt ook in het kader van deze verplichting tot informatieverstrekking in zowel de Richtlijn 95/46, de Wet Verwerking Persoonsgegevens als de Verordening 2016/679 een onderscheid gemaakt tussen de informatie die steeds moet worden verstrekt (de zogenaamde “basisinformatie”) en de informatie die moet worden verstrekt “om een eerlijke verwerking te waarborgen” (artikel 11 van de Richtlijn 95/46), dan wel een “behoorlijke en transparante verwerking te waarborgen” (artikel 14.2 van de Verordening 2016/679). Ook hier heeft de Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens dit onderscheid overgenomen en werd een categorie toegevoegd, met name de informatie die moet worden verstrekt afhankelijk van de aard van de verwerking (artikel 9 § 2 e van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). In het Uitvoeringsbesluit werden in dat kader bepaalde bijkomende inlichtingen opgelegd ingeval van verwerking van gevoelige, medische en gerechtelijke gegevens. Ook hier weer stelt de Richtlijn 95/46 dat de in de Richtlijn opgesomde inlichtingen “ten minste” moeten worden verstrekt (zie de aanhef van artikel 11 van de Richtlijn 95/46 en artikel 9 § 2 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens), waardoor de lijsten met te verstrekken informatie geacht worden niet limitatief te zijn¹⁰²². De rechtsonzekerheid die daardoor ontstaat, werd door de Verordening 2016/679 weggewerkt, doordat het woord “ten minste” is weggevallen. De lijsten met te verstrekken informatie werden daarentegen wel uitgebreid.

335. De voor dit onderzoek relevante informatie die moet worden verstrekt indien de verwerkingsverantwoordelijke gegevens registreert of verkrijgt die hij zelf niet bij de betrokkene heeft verkregen, komt in grote mate overeen met de informatie die ook al moet worden verstrekt wanneer de persoonsgegevens wel bij de betrokkene zijn gekomen en die hierboven zijn besproken. Het gaat met name over de identiteit van de verwerkingsverantwoordelijke (zowel onder de Richtlijn 95/46 als onder de Verordening 2016/679); de doeleinden van de verwerking (zowel onder de Richtlijn 95/46 als onder de Verordening 2016/679), de contactgegevens van de functionaris voor de gegevensbescherming (alleen onder de Verordening 2016/679), de ontvangers of categorieën van ontvangers van de persoonsgegevens (zowel onder de Richtlijn 95/46 als onder de Verordening 2016/679), het voornemen om de persoonsgegevens door te geven aan derde landen of internationale organisaties (zowel onder de Richtlijn 95/46 en de Verordening 2016/679), de bewaartermijn (alleen onder de Verordening 2016/679), de mogelijkheid om klacht in te dienen bij een toezichthoudende autoriteit (alleen onder de Verordening 2016/679), het bestaan van geautomatiseerde besluitvorming met inbegrip van profilering (alleen onder de Verordening 2016/679) en de vermelding van de wet op grond waarvan de verwerking van de gevoelige, medische en gerechtelijke persoonsgegevens is

¹⁰²² Memorie van toelichting bij het Wetsontwerp van 20 mei 1998 tot omzetting van de Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van deze persoonsgegevens, 1997-1998, 1566/1, 46; D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 207, randnummer 277.

toegestaan (artikel 25, 4° Uitvoeringsbesluit). Ook de vermelding van de rechten van de betrokkene zal ook wanneer de informatie niet bij de betrokkene is verkregen, nodig zijn om een eerlijke dan wel behoorlijke en transparante verwerking mogelijk te maken. Het al dan niet verplicht karakter van het antwoord en de gevolgen van niet-beantwoording is informatie die in het kader van het verwerken van persoonsgegevens door een verwerkingsverantwoordelijke die de persoonsgegevens niet zelf heeft verkregen, uiteraard niet relevant is. Deze informatie moet niet worden gegeven. Daartegenover staat dat bij het verwerken van persoonsgegevens die door de verwerkingsverantwoordelijke niet bij de betrokkene zijn verkregen, er bepaalde *bijkomende* informatie moet worden verstrekt (die niet diende te worden verstrekt wanneer de informatie bij de betrokkene werd verkregen). Het betreft vooreerst de gegevenscategorieën die worden geregistreerd (artikel 11 .1.c van de Richtlijn 95/46 en artikel 9 § 2 d van de Wet Verwerking persoonsgegevens en artikel 14.1.d van de Verordening 2016/679). Deze toevoeging is vanzelfsprekend, vermits de betrokkene uiteraard moet weten over welke gegevenscategorieën, die niet bij hem zijn gekomen, het gaat. Daarnaast moet ook de bron waar de persoonsgegevens vandaan komen en, in voorkomend geval, of zij afkomstig zijn van openbare bronnen (artikel 14.2.f van de Verordening 2016/679) worden meegedeeld, in de mate dat dit nodig is om een behoorlijke en transparante verwerking te waarborgen.

2.Ogenblik van het verstrekken van de informatie

336. De hiervoor bedoelde informatie moet worden verstrekt op het moment van de registratie van deze persoonsgegevens, dan wel, wanneer de verwerkingsverantwoordelijke het voornemen heeft de persoonsgegevens te verstrekken aan een derde, op het moment van de eerste verstrekking (artikel 11.1 van de Richtlijn 95/46 en artikel 9 § 2 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). Er is dus een soort getrapt systeem¹⁰²³. Wanneer de persoonsgegevens door de verwerkingsverantwoordelijke worden geregistreerd, moet worden overgegaan tot informatieverstrekking op het moment van de registratie van de persoonsgegevens. Indien een verwerkingsverantwoordelijke, de persoonsgegevens die hij niet zelf van de betrokkene heeft verkregen, niet registreert, maar bijvoorbeeld slechts raadpleegt, is er geen informatieverplichting¹⁰²⁴. Wanneer de persoonsgegevens niet worden geregistreerd moet er slechts informatie worden verstrekt wanneer wordt overwogen om de persoonsgegevens mede te delen aan een derde¹⁰²⁵, in welk geval er moet worden overgegaan tot informatieverstrekking ten laatste op het moment van de eerste mededeling van de gegevens (kennisgeving post factum). Doordat de betrokkene pas moet worden

¹⁰²³ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks "Recht en praktijk", Antwerpen, Kluwer, 2001, 209, randnummer 279; zie ook zie Memorie van toelichting bij het Wetsontwerp van 20 mei 1998 tot omzetting van de Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van deze persoonsgegevens, 1997-1998, 1566/1, 47

¹⁰²⁴ Memorie van toelichting bij het Wetsontwerp van 20 mei 1998 tot omzetting van de Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van deze persoonsgegevens, 1997-1998, 1566/1, 47

¹⁰²⁵ Een derde is op grond van artikel 2.f van de Richtlijn 95/46 de natuurlijke of rechtspersoon, de overheidsinstantie, de dienst of enig ander lichaam, niet zijnde de betrokkene, noch de voor de verwerking verantwoordelijke, noch de verwerker, noch de personen die onder rechtstreeks gezag van de voor de verwerking verantwoordelijke of de verwerker gemachtigd zijn om de gegevens te verwerken. Artikel 1 § 7 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens hanteert een gelijkaardige definitie.

ingelicht op het moment van de mededeling van de persoonsgegevens en niet op het moment dat wordt overwogen de persoonsgegevens mee te delen aan een derde, is er geen mogelijkheid meer voor de betrokkene om zich te verzetten, waardoor de finaliteit van dit transparantiebeginsel wordt uitgehold¹⁰²⁶. Het onderscheid tussen beide ogenblikken van informatieverstrekking is in overheidscontext wellicht zeer theoretisch, vermits de verstrekking van persoonsgegevens aan een derde door een overheidsinstantie wellicht steeds wordt voorafgegaan door het registreren van de persoonsgegevens door de verstreckende overheid zelf¹⁰²⁷.

337. De Verordening 2016/679 heeft het ogenblik van het verstrekken van informatie bij het verwerken van persoonsgegevens die niet bij de betrokkene zijn gekomen, sterk verduidelijkt. Artikel 14.3 van de Verordening 2016/679 schrijft nu voor dat de informatie moet worden verstrekt ofwel binnen de redelijke termijn, maar uiterlijk binnen één maand na de verkrijging van de persoonsgegevens, afhankelijk van de concrete omstandigheden waarin de persoonsgegevens worden verwerkt. De “registratie” van de persoonsgegevens is dus niet langer relevant om het ogenblik te bepalen waarop de kennisgeving moet gebeuren (artikel 14.3.a van de Verordening 2016/679). Indien de persoonsgegevens zullen worden gebruikt voor communicatie met de betrokkene, dient de informatie te worden verstrekt uiterlijk op het moment van het eerste contact met de betrokkene (artikel 14.3.b van de Verordening 2016/679). Indien ten slotte de verstrekking van de gegevens aan een andere ontvanger wordt overwogen, dient de informatie te worden verstrekt op het tijdstip waarop de persoonsgegevens voor het eerst worden verstrekt. Net als dit het geval is voor de verwerking van persoonsgegevens die bij de betrokkene verkregen zijn, bepaalt de Verordening 2016/679 ook voor het verwerken van persoonsgegevens die niet bij de betrokkene verkregen zijn, dat wanneer de verwerkingsverantwoordelijke het voornemen heeft persoonsgegevens verder te verwerken voor een ander doel dan dat waarvoor de persoonsgegevens zijn verkregen, de verplichting bestaat om de betrokkene voorafgaand aan die verdere verwerking informatie te verstrekken over dat ander doel, alsook alle andere relevante informatie die nodig is om – in dat geval – een transparante en behoorlijke verwerking van de persoonsgegevens mogelijk te maken (artikel 14.4 van de Verordening 2016/679).

3. Uitzondering op de verplichting informatie te verstrekken

338. Net als bij de verplichting tot verstrekken van informatie wanneer de persoonsgegevens bij de betrokkene zijn verkregen, bestaat ook bij het verwerken van persoonsgegevens die *niet* bij de betrokkene zijn verkregen, de uitzondering dat aan deze verplichte informatieverstrekking niet moet worden voldaan, indien de betrokken van deze informatie al op de hoogte is (artikel 11.1 van de Richtlijn 95/46, artikel 9 § 2 Wet Verwerking Persoonsgegevens en artikel 14.5.a van de Verordening 2016/679). Hieromtrent

¹⁰²⁶ Zie advies van de Commissie tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer nr. 20/93, p. 16

¹⁰²⁷ D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*. Brussel, Politeia 2015, 370

moet dan wel een redelijke zekerheid bestaan wanneer deze informatie niet al door de verwerkingsverantwoordelijke zelf werd verschaft¹⁰²⁸.

339. Daarnaast bestaat er voor de overheid, en dus ook voor de fiscale overheid, een belangrijke tweede uitzondering op de verplichting tot informatieverstrekking wanneer de persoonsgegevens niet bij de betrokkene zijn verkregen. Het betreft met name het geval waarbij “de registratie of verstrekking (van niet bij de betrokkene verkregen persoonsgegevens) *bij wet* is voorgeschreven” (artikel 11.2 van de Richtlijn 95/46). In dit geval moeten de lidstaten wel zorgen voor passende waarborgen. Artikel 9 § 2 b van de Wet Verwerking Persoonsgegevens maakt een ruimere uitzondering mogelijk¹⁰²⁹, in die zin dat er geen verplichting tot informatieverstrekking is “wanneer de registratie of de verstrekking van de persoonsgegevens verricht wordt *met het oog op* de toepassing van een bepaling voorgeschreven *door of krachtens* een wet, een decreet of een ordonnantie”. De uitzondering op de informatieverstrekkingsplicht lijkt naar Belgisch recht op dit moment dus mogelijk wanneer niet alleen de registratie of de verstrekking zelf bij wet zijn voorgeschreven, maar ook wanneer de registratie of verstrekking is verricht met het oog op de toepassing van een bepaling die niet alleen door een wet is voorgeschreven, maar eventueel ook krachtens een wet is voorgeschreven¹⁰³⁰. Het gevolg hiervan is dat wanneer de Belgische fiscale administratie persoonsgegevens die zij zelf niet bij de betrokkene heeft verkregen, doorgeeft aan bijvoorbeeld de administratie van de Sociale Zekerheid, en deze laatste de persoonsgegevens registreert met het oog op de toepassing van een wettelijke bepaling, er geen kennisgevingsplicht is door de administratie van de Sociale Zekerheid¹⁰³¹. D. DE BOT verdedigt dat de Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens hier niet conform is aan de Richtlijn 95/46 en een richtlijnconforme interpretatie impliceert dat de kennisgevingsplicht alleen kan wegvallen wanneer de registratie of verstrekking bij wet is voorgeschreven¹⁰³². De Richtlijn 95/46 schrijft bovendien voor dat de lidstaten moeten zorgen voor passende waarborgen in dit geval. De Wet Verwerking Persoonsgegevens delegeerde de bevoegdheid om te zorgen voor passende waarborgen aan de Koning die deze waarborgen na advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer moet bepalen. In het Uitvoeringsbesluit werden evenwel geen specifieke waarborgen ingeschreven voor deze uitzondering op de verplichting tot

¹⁰²⁸ Memorie van toelichting bij het Wetsontwerp van 20 mei 1998 tot omzetting van de Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van deze persoonsgegevens, 1997-1998, 1566/1, 45

¹⁰²⁹ D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*. Brussel, Politeia 2015, 377-379

¹⁰³⁰ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 201, randnummer 271; D. DE BOT, *Privacybescherming bij e-government in België*, Brugge, Vandenbroele, 2005, 47; E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et contrôle*, Brussel, Larcier, 2014, 429

¹⁰³¹ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 201, randnummer 271; dit wordt ook bevestigd in de machtigingen van het sectoriaal comité voor de federale overheid afgeleverd in toepassing van artikel 36bis van de WVP inzake het elektronisch doorgeven van persoonsgegevens tussen overheidsdiensten. Zie bijvoorbeeld de beraadslaging nr. FO 27/2016 van 25 augustus 2016 van het sectoriaal comité voor de federale overheid inzake de verwerking door de fiscale administratie van persoonsgegevens ontvangen van de Dienst In verkeerstelling Voertuigen met het oog op het vaststellen, controleren en innen van belastingen, waarin wordt bevestigd dat er geen verplichting is tot informatieverstrekking.

¹⁰³² D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*. Brussel, Politeia 2015, 378

informatieverstrekking. Ook hier is de Belgische Wetgeving dus niet richtlijnconform¹⁰³³. De facto zal het sectoraal comité voor de federale overheid die op grond van artikel 36 bis van de Wet Verwerking Persoonsgegevens bevoegd is om een machtiging te verlenen voor het elektronisch doorgeven van persoonsgegevens door een federale overheidsdienst wel nagaan of er voldoende waarborgen zijn betreffende transparantie. In fiscale context zal in het kader van het verwerken van informatie die niet bij de betrokkene is verkregen en die wordt geregistreerd of verstrekt in het kader van de toepassing van de wet, bijvoorbeeld worden verlangd dat de machtiging van de elektronische inzameling wordt gepubliceerd op de website van de FOD Financiën, of dat naar de inzameling van informatie wordt verwezen in de aangifte¹⁰³⁴. De Verordening 2016/679 behoudt deze uitzondering, zij het dat de uitzondering wordt verduidelijkt én verstrengd. Met name geldt de uitzondering op de verplichting tot informatieverstrekking bij het verwerken van persoonsgegevens die niet bij de betrokkene zijn verkregen wanneer “het verkrijgen of verstrekken van de gegevens uitdrukkelijk is voorgeschreven bij Unie- of lidstatelijk recht dat op de verwerkingsverantwoordelijke van toepassing is en dat recht voorziet in passende maatregelen om de gerechtvaardigde belangen van de betrokkene te beschermen” (artikel 14.5.c van de Verordening 2016/679). Vanaf de toepasselijkheid van de Verordening 2016/679 lijkt de Belgische verruimde toepassing van deze uitzondering dus in ieder geval niet langer mogelijk te zijn. Enkel wanneer deze verkrijging (of verstrekking) zelf uitdrukkelijk door de wet is voorgeschreven, geldt de kennisgevingsplicht niet. Het volstaat dus niet dat de registratie kadert in het naleven van een wettelijke verplichting.

340. Hoe dan ook dient te worden opgemerkt dat de vrijstelling van de kennisgevingsplicht wanneer de verstrekking of verkrijgen van de persoonsgegevens is voorgeschreven door de wet, de transparantie van de verwerking van de persoonsgegevens ernstig ondermijnt. De vrijstelling gaat er immers vanuit dat iedereen wordt geacht de wet te kennen en daardoor voldoende geïnformeerd is over het doorgeven van zijn persoonsgegevens. In de praktijk blijken evenwel de wettelijke bepalingen waarop het doorgeven van informatie mogelijk is, zo talrijk te zijn dat het voor de betrokkene onmogelijk is hierop een overzicht te houden.

341. Een derde uitzondering waarop de fiscale administratie zich zou kunnen beroepen om in bepaalde gevallen vrijgesteld te zijn van de verplichting tot informatieverstrekking wanneer persoonsgegevens worden verwerkt die niet bij de betrokkene zijn gekomen, betreft de situatie waarin kan worden aangevoerd dat de verstrekking van informatie aan de betrokkene onmogelijk blijkt of onevenredig veel moeite kost (artikel 11.2 van de Richtlijn 95/46 en artikel 9 § 2 lid 2, a van de Wet Verwerking Persoonsgegevens)¹⁰³⁵. Dit zou met name het geval zijn wanneer de verwerkingsverantwoordelijke niet over de adressen van de

¹⁰³³ D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*. Brussel, Politeia 2015, 379

¹⁰³⁴ Zie bijvoorbeeld beraadslaging nr. FO 27/2016 van 25 augustus 2016 van het sectoraal comité voor de federale overheid

¹⁰³⁵ In tegenstelling tot wat de tekst van de Richtlijn 95/46 en de Wet Verwerking Persoonsgegevens zou kunnen laten vermoeden geldt deze uitzondering niet alleen in de situatie waarin de persoonsgegevens worden verwerkt voor statistische doeleinden of voor historisch of wetenschappelijk onderzoek: zie verslag aan de Koning bij Uitvoeringsbesluit, BS 13 maart 2001, p. 7862, alsook Verslag Willems en Landuyt, *Parl. St. Kamer*, 1997-1998, nr. 1566/10, 97; D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 199, randnummer 268; deze interpretatie kan ook afgeleid worden uit overweging 40 bij Richtlijn 95/46

betrokkenen beschikt¹⁰³⁶ of wanneer het over een zeer groot aantal betrokkenen gaat¹⁰³⁷. D. DE BOT meent dat de overheid veelal moeilijk zal kunnen aanvoeren dat het bij gebrek aan gegevens niet mogelijk is de betrokkenen te informeren omdat de overheid door het gebruik van het persoonlijk identificatienummers steeds zonder al te veel moeite zal kunnen achterhalen over welke betrokkenen het gaat¹⁰³⁸. In de Richtlijn 95/46 wordt de verwerking van persoonsgegevens voor statistische doeleinden evenwel als voorbeeld genoemd (artikel 11 lid 2 van de Richtlijn 95/46) van een situatie waarin de informatieverstrekking onmogelijk kan zijn of onevenredig veel moeite kan kosten. De fiscale administratie zou zich derhalve bijvoorbeeld toch op deze uitzondering kunnen beroepen wanneer zij de persoonsgegevens van een zeer groot aantal belastingplichtigen registreert, afkomstig van een andere overheid of van een derde, in het kader van statistisch onderzoek (datamining). Ook hier schrijft de Richtlijn 95/46 voor dat de lidstaat voor passende waarborgen moet zorgen. In de Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens werd deze bevoegdheid gedelegeerd aan de Koning. Artikel 30 en 31 van het Uitvoeringsbesluit schrijven in dat kader voor dat wanneer de verwerkingsverantwoordelijke zich op deze uitzondering beroept, hij de informatie toch moet verstrekken wanneer hij voor de eerste keer in contact treedt met de betrokken persoon (artikel 30 lid 1 van het Uitvoeringsbesluit). Indien de verwerkingsverantwoordelijke niet in contact treedt met de betrokkene maar de persoonsgegevens aan een derde meedeelt, dan moet de derde de informatie voorgeschreven door de Wet Verwerking Persoonsgegevens verstrekken wanneer deze voor het eerst met de betrokkene in contact treedt (artikel 30 lid 2 van het Uitvoeringsbesluit). Het gaat hier dus over de situatie waarin de informatieverstrekking *tijdelijk* onmogelijk is of onevenredig veel moeite kost¹⁰³⁹. Wanneer de verwerkingsverantwoordelijke niet in de mogelijkheid is om de kennisgevingsplicht na te komen, moet melding worden gemaakt van zijn onmogelijkheid om de betrokkenen in te lichten, dan wel van het feit dat dit onevenredig veel moeite kost, in de aangifte die op grond van artikel 17 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens aan de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer moet gebeuren (zie hierover meer hierna in § 6). De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer maakt hiervan op haar beurt melding in een publiek register (artikel 31 van het Uitvoeringsbesluit). Ook de Verordening 2016/679 maakt deze uitzondering op de verplichting tot informatieverstrekking mogelijk (artikel 14.5.b), en voegt hieraan een bijkomende mogelijkheid toe. Met name geldt de verplichting tot kennisgeving ook niet wanneer de verplichting tot mededeling van de in de Verordening 2016/679 omschreven basisinformatie, de verwezenlijking van de doeleinden van die verwerking onmogelijk dreigt te maken of ernstig in het gedrang dreigt te brengen. Ook de Verordening 2016/679 schrijft voor dat er dan passende maatregelen moeten worden genomen, met name door de verwerkingsverantwoordelijke, om de rechten, de vrijheden en de gerechtvaardigde belangen van de betrokkene te beschermen. Tot deze passende waarborgen hoort het openbaar maken van de informatie.

¹⁰³⁶ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks "Recht en praktijk", Antwerpen, Kluwer, 2001, 198, randnummer 268

¹⁰³⁷ Zie overweging 40 van de Richtlijn 95/46; zie ook D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks "Recht en praktijk", Antwerpen, Kluwer, 2001, 198, randnummer 268

¹⁰³⁸ D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*. Brussel, Politeia 2015, 377

¹⁰³⁹ Zie D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*. Brussel, Politeia 2015, 376-377 die het onderscheid maakt tussen de relatieve onmogelijkheid om de informatie te verstrekken en de absolute onmogelijkheid

342. Een laatste situatie waarin er geen informatieverstrekking moet zijn bij het verwerken van persoonsgegevens die niet bij de betrokkene zijn verkregen, is de situatie waarin de lidstaat een beroep heeft gedaan op de algemene uitzonderingsbepaling van artikel 13.1 van de Richtlijn 95/46 dan wel artikel 23 van de Verordening 2016/679.

4.Vorm van het verstrekken van de informatie

343. Over de vorm van het verstrekken van informatie kan integraal verwezen worden naar hetgeen terzake werd gesteld over het verstrekken van informatie indien de gegevens wel bij de betrokkene zijn verkregen.

II.Het recht op inzage

344. Een tweede recht van de betrokkene dat het transparantiebeginsel concretiseert, is het recht op inzage. De finaliteit van dit recht bestaat erin, net als dit het geval is voor het recht op informatie (waarbij de verwerkingsverantwoordelijke spontaan bepaalde inlichtingen moet verstrekken), om de betrokkene toe te laten controle uit te oefenen op de rechtmatigheid van de verwerking van de persoonsgegevens en op de correctheid van de verwerkte gegevens¹⁰⁴⁰, zij het dat deze controle steeds a posteriori plaatsvindt en dus nadat minstens een eerste verwerking zal hebben plaatsgevonden¹⁰⁴¹. Anderzijds zal de informatie die de betrokkene kan bekomen in het kader van het recht op inzage concreter kunnen zijn dat bij de spontane informatieverstrekking, omdat de verwerking van de persoonsgegevens al aan de gang is¹⁰⁴².

345. Dit recht op inzage wordt mondiaal als een cruciaal recht beschouwd in het kader van het persoonsgegevensbeschermingsrecht¹⁰⁴³. Het inzagerecht krijgt in artikel 8 van het Handvest bovendien grondrechtelijke bescherming. Ook in het kader van de controle op de naleving van artikel 8 EVRM, krijgt het recht op inzage in het eigen dossier, niet alleen om kennis te kunnen krijgen van informatie die het persoonlijk leven aanbelangt, maar ook om de correctheid van die gegevens te kunnen controleren, in vele gevallen een grondrechtelijke bescherming¹⁰⁴⁴. Lidstaten kunnen, wanneer de afwezigheid of beperking van een inzagerecht als een inmenging in het privéleven kan worden beschouwd, deze afwezigheid of beperking maar verantwoorden wanneer er een kwalitatieve wettelijke basis

¹⁰⁴⁰ HvJ 17 juli 2014, C-141/12 en C-372/12, Y.S., randnummer 57, zie ook overweging 41 bij de Richtlijn 95/46

¹⁰⁴¹ E. DEGRAVE, "Transparence administrative et traitement de données à caractère personnel", *RDTI* 2013, nr. 53, 60

¹⁰⁴² D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*. Brussel, Politeia 2015, 403

¹⁰⁴³ Het inzagerecht werd niet alleen opgenomen in de Conventie nr. 108 (wordt ook in de geactualiseerde versie van de Conventie nr. 108 behouden en uitgebreid), de Richtlijn 95/46 en de Verordening 2016/679, maar is ook vermeld in de Guidelines of the United Nations for the Regulation of Computerized Personal Data Files – 1990 (hierin het "principle of interested-person access" genoemd) en in de Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data" van 23 september 1980 (www.oecd.org) (Hierin het "principle of individual participation" genoemd; in de herziene versie van de OESO-Guidelines van 2013 blijft dit principe ongewijzigd overeind). In het Explanatory Memorandum bij de OESO Guidelines wordt het recht op inzage aangeduid als wellicht de meest belangrijke waarborg inzake de bescherming van de privacy (Explanatory Memorandum on Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data" van 23 september 1980 (www.oecd.org), randnummer 58).

¹⁰⁴⁴ Zie hierover onderafdeling 1 over de draagwijdte van het recht op privé leven, met onder meer EHRM 26 maart 1987 LEANDER/Zweden

alsook een legitiem doel voorhanden is. De beperking of afwezigheid van het inzage recht moet bovendien noodzakelijk zijn om het beoogde legitieme doel te bereiken¹⁰⁴⁵. In België wordt de schending van het recht op inzage doordat geen gevolg wordt gegeven aan het verzoek tot inzage of omdat wetens onjuiste of onvolledige informatie wordt verstrekt, strafrechtelijk gesanctioneerd¹⁰⁴⁶.

A. Te verstrekken informatie

346. Gelet op de identieke finaliteit van het recht op inzage en het recht op informatieverstrekking, zal de informatie die kan worden bekomen in het kader van het recht op inzage in grote mate overeenkomen met de informatie die ook spontaan moet worden verstrekt aan de betrokkene. Hier opnieuw wordt in de Richtlijn 95/46 gesteld dat bij het recht op inzage bepaalde informatie “ten minste” moet worden verstrekt. Dit houdt met andere woorden in dat er mogelijks nog andere informatie moet worden verstrekt ter gelegenheid van het recht op inzage om de betrokkene toe te laten de rechtmatigheid van de verwerking en de juistheid van de verwerkte gegevens te controleren. In de Verordening 2016/679 worden de woorden “ten minste” weggelaten. Daar tegenover staat dat de lijst van mee te delen informatie ter gelegenheid van het recht op inzage wordt uitgebreid.

347. Op basis van de Richtlijn 95/46 heeft de betrokkene vooreerst het recht om uitsluitel te krijgen over het al dan niet bestaan van verwerkingen van hem betreffende gegevens (artikel 12.a, eerste gedachtestreepje van de Richtlijn 95/46 en artikel 10 § 1 a van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). Deze absolute minimuminformatie moet ook onder de Verordening 2016/679 worden verstrekt (artikel 15.1 aanhef van de Verordening 2016/679). Daarnaast moet de betrokkene ook informatie krijgen over de doeleinden van de verwerkingen, de categorieën gegevens waarop deze verwerkingen betrekking hebben en de ontvangers of categorieën ontvangers aan wie de gegevens worden verstrekt¹⁰⁴⁷ (artikel 12.a, eerste gedachtestreepje van de Richtlijn 95/46, artikel 10 § 1 a van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). Deze informatie moet ook als gevolg van de Verordening 2016/679 worden verstrekt, die daarbij nog verduidelijkt dat, wat die laatste informatie betreft, het moet gaan over de ontvangers aan wie de persoonsgegevens *al zijn of nog zullen* worden verstrekt¹⁰⁴⁸, en dat ook de ontvangers in derde landen of de ontvangers die internationale organisaties zijn, moeten worden vermeld¹⁰⁴⁹ (artikel 15.1 a, b en c van de Verordening 2016/679). D. DE BOT noemt dit recht om kennis te krijgen van de ontvangers van de

¹⁰⁴⁵ Merk op dat D. DE BOT ook het recht op informatieverstrekking als een grondrecht beschouwd, hoewel daarvoor geen juridische grondslag wordt gegeven: D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*. Brussel, Politeia 2015, 375

¹⁰⁴⁶ En wel met een geldboete van 100 tot 100.000 EUR (artikel 39, 5° van de Wet Verwerking Persoonsgegevens)

¹⁰⁴⁷ Wat de ontvangers betreft, moet in herinnering worden gebracht dat op grond van artikel 2.g van de Richtlijn 95/46, artikel 1 § 7 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens en artikel 4.9° van de Verordening 2016/679, de administratieve of gerechtelijke instanties aan wie gegevens kunnen worden meegedeeld in het kader van een bijzondere onderzoeksprocedure niet worden beschouwd als ontvangers.

¹⁰⁴⁸ Dit gold als dusdanig reeds onder de Richtlijn 95/46, zie HvJ 7 mei 2009, C-553/07, RIJCKEBOER

¹⁰⁴⁹ Wanneer persoonsgegevens worden doorgegeven aan een derde land of een internationale organisatie, bepaalt de Verordening 2016/679 nog uitdrukkelijk dat de betrokkene dan het recht heeft in kennis te worden gesteld van de passende waarborgen overeenkomstig artikel 46 van de Verordening 2016/679 (artikel 15.2 van de Verordening 2016/679)

persoonsgegevens als een soort “volgrecht”¹⁰⁵⁰. Rekening houdend met de omschrijving van het begrip “ontvangers” in zowel de Richtlijn 95/46 als de Verordening 2016/679 dienen tot de ontvangers, zowel de “interne” ontvangers te worden gerekend (zijnde in dit onderzoek: andere diensten binnen dezelfde overheidsdienst die als verwerkingsverantwoordelijke moet worden beschouwd), als de “externe” ontvangers. Instanties waaraan gegevens kunnen worden meegedeeld in het kader van een bijzondere onderzoeksopdracht worden evenwel niet beschouwd als ontvangers. Ook de verwerkte persoonsgegevens zelf moeten samen met de beschikbare informatie over de oorsprong van die gegevens ter beschikking worden gesteld (artikel 12.a, tweede gedachtestreepje van de Richtlijn 95/46, artikel 10 § 1 b van de Wet Verwerking Persoonsgegevens en artikel 15.1.g en 15.3 van de Verordening 2016/679). Indien aan profilering werd gedaan en een profiel werd gekoppeld aan een natuurlijke persoon, dan wordt een persoonsgegeven gecreëerd, zodat dit ook moet worden meegedeeld ter gelegenheid van het recht op inzage. Ten slotte moet ook de logica die ten grondslag ligt aan de geautomatiseerde besluiten en/of profilering worden meegedeeld (artikel 12.a, derde gedachtestreepje van de Richtlijn 95/46, artikel 10 § 1 c van de Wet Verwerking Persoonsgegevens en 15.1.h van de Verordening 2016/679). Op grond van de Verordening 2016/679 moet niet alleen de logica die ten grondslag ligt aan de automatische verwerking worden meegedeeld, maar ook het belang en de verwachte gevolgen van die verwerking voor de betrokkene. Naast deze informatie die de betrokkene moet krijgen op grond van zowel de Richtlijn 95/46 als de Verordening 2016/679¹⁰⁵¹, moet de betrokkene vanaf de inwerkingtreding van de Verordening 2016/679 nog bijkomend informatie bekomen over, indien mogelijk, de verwachte bewaartermijn, of indien dat niet mogelijk is, de criteria om die termijn te bepalen. Daarnaast moet ook het bestaan worden meegedeeld van het recht op verbetering of wissen, het recht op beperking van de hem betreffende persoonsgegevens alsook het recht om bezwaar te maken en ten slotte het bestaan van het recht om een klacht in te dienen bij de toezichthoudende overheid (artikel 15.1 d, e en f van de Verordening 2016/679). De Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens had al een gelijkaardige verplichting ingevoerd. Aan de lijst van informatie die door de Richtlijn 95/46 wordt aangeduid als een lijst van informatie die minimaal moet worden verstrekt, werd nog toegevoegd dat ook het bestaan van het recht van verbetering en verzet moet worden meegedeeld, alsook het bestaan van de mogelijkheid om zich voor de uitoefening van deze rechten te wenden tot de rechtbank van eerste aanleg. Ten slotte moet ook de mogelijkheid worden meegedeeld om inzage te nemen in een openbaar register waarin de geautomatiseerde verwerkingen van persoonsgegevens worden opgenomen (artikel 10 § 1 d van de Wet Verwerking Persoonsgegevens).

348. Het feit dat de verwerkingsverantwoordelijke niet alleen de verwerkte persoonsgegevens zelf moet kunnen verstrekken in het kader van het recht op inzage, maar ook een reeks andere inlichtingen, heeft tot gevolg dat er op deze andere informatie een bewaarplicht rust. Het Hof van Justitie heeft in een arrest van 7 mei 2009 gesteld dat de verwerkingsverantwoordelijke ook deze informatie moet bewaren opdat de betrokkene zijn rechten nuttig zou kunnen uitoefenen. De lidstaten dienen zelf te bepalen gedurende welke termijn deze informatie moet worden bewaard, maar dienen daarbij volgende parameters in

¹⁰⁵⁰ D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*. Brussel, Politeia 2015, 402. Hij pleit overigens voor de invoering van een soort afzonderlijk volgrecht, waarbij dit recht om het verkeer van de eigen persoonsgegevens te kunnen volgen nog wordt versterkt.

¹⁰⁵¹ Zij het dat de Verordening soms lichte aanpassingen of aanvullingen aanbrengt aan deze verplichtingen

acht te nemen: de nationaalrechtelijke bepalingen betreffende de termijn voor het instellen van een vordering, het min of meer gevoelig karakter van de persoonsgegevens waarop de informatie betrekking heeft (in het arrest “de basisgegevens” genoemd), de bewaringsduur van deze basisgegevens en het aantal betrokken ontvangers¹⁰⁵². Bij het bepalen van de bewaartermijn moet er met andere woorden een evenwicht worden gevonden tussen enerzijds de rechten van de betrokkene (betreffende het recht op inzage, het recht op verbetering, ...) en anderzijds de last die de plicht tot bewaring van deze informatie inhoudt voor de verwerkingsverantwoordelijke¹⁰⁵³.

B.Vorm

349. De Richtlijn 95/46 geeft weinig instructies over de wijze waarop dit recht door de betrokkene moet worden uitgeoefend. Hetzelfde kan worden gezegd over de wijze waarop de verwerkingsverantwoordelijke gevolg moet geven aan dit verzoek. De Richtlijn 95/46 bepaalt enkel dat de gevraagde gegevens “vrijelijk en zonder beperking, met redelijke tussenpozen en zonder bovenmatige vertraging of kosten”¹⁰⁵⁴ alsook “in begrijpelijke vorm” moeten worden verstrekt.

350. De Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens maakt dit inzagerecht iets concreter¹⁰⁵⁵ door op te leggen dat de betrokkene, die steeds zijn identiteit zal moeten bewijzen¹⁰⁵⁶, een gedagtekend en ondertekend verzoek moet voorleggen¹⁰⁵⁷ aan de verwerkingsverantwoordelijke om zijn recht op inzage uit te oefenen (artikel 10 § 1 lid 1 en 2 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). De verzoeker moet de documenten niet aanduiden waarin de persoonsgegevens staan waarop zijn recht op inzage slaat¹⁰⁵⁸. De verwerkingsverantwoordelijke dient onverwijld en ten laatste binnen de 45 dagen na ontvangst van het verzoek, de inlichtingen mee te delen (artikel 10 § 1 lid 3 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens), dit wat betreft de eerste aanvraag tot inzage. Wanneer de betrokkene zijn recht op inzage nadien nogmaals wenst uit te oefenen, dan moet aan deze aanvraag geen gevolg worden gegeven dan na verloop van een redelijke termijn, te rekenen van de dagtekening van een vroegere aanvraag van dezelfde persoon waarop is geantwoord¹⁰⁵⁹ (artikel 10 § 3 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). Er wordt aangenomen dat 12 maanden een redelijke termijn is¹⁰⁶⁰. Bovendien wordt ervan uitgegaan

¹⁰⁵² HvJ 7 mei 2009, C-553/07, RIJCKEBOER, overweging 63

¹⁰⁵³ HvJ 7 mei 2009, C-553/07, RIJCKEBOER, overweging 64

¹⁰⁵⁴ Wat dan volgens het Hof van Justitie betekent dat het aangerekende bedrag niet hoger mag zijn dan de kostprijs van de verstrekking van deze informatie (HvJ 31 januari 2014, C-486/12, X.)

¹⁰⁵⁵ De specifieke bepalingen van de Wet Verwerking Persoonsgegevens omtrent het inzagerecht van de medische gegevens (artikel 10 § 2 van de Wet Verwerking persoonsgegevens) wordt hier verder buiten beschouwing gelaten wegens niet van toepassing in het kader van dit onderzoek

¹⁰⁵⁶ De identiteit kan worden bewezen door toevoeging van een kopie van de identiteitskaart (E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et contrôle*, Brussel, Larcier, 2014, 404)

¹⁰⁵⁷ Dit verzoek kan ter plaatse worden overhandigd (in welk geval er een ontvangstbewijs moet worden uitgereikt), of over de post of met een telecommunicatiemiddel worden verzonden, en kan eventueel ook aan de verwerker worden gericht die het in dat geval aan de verwerkingsverantwoordelijke moet doorgeven (artikel 32 van het Uitvoeringsbesluit).

¹⁰⁵⁸ Dit in tegenstelling tot het recht op toegang van de bestuursdocumenten (zie hierover E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et contrôle*, Brussel, Larcier, 2014, 405)

¹⁰⁵⁹ Of te rekenen van de dagtekening waarop de gegevens hem ambtshalve zijn meegedeeld

¹⁰⁶⁰ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 232, randnummer 312; In de oude Wet Verwerking Persoonsgegevens (zoals deze bestond voor de omzetting van de Richtlijn 95/46) werd een termijn van 12 maanden gehanteerd. Op grond daarvan, alsook op grond van de verwijzing in artikel 40 van het Uitvoeringsbesluit naar de termijn van 12 maanden in het kader van het

dat er geen gevolg moet worden gegeven aan het verzoek indien de situatie ongewijzigd is gebleven¹⁰⁶¹. Wat betreft de vorm waarin de gegevens moeten worden meegedeeld, geeft de Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens, evenmin als de Richtlijn 95/46, enige duidelijkheid. Behalve dat de verstrekking van de gevraagde informatie in begrijpelijke vorm moet gebeuren, heeft de verwerkingsverantwoordelijke wat betreft deze vorm dus in wezen de vrije keuze. Hij kan bijvoorbeeld een kopie van het document waarin de persoonsgegevens worden verwerkt ter beschikking stellen, of een uittreksel uit de databank waarin de betrokkene wordt vermeld, of zelfs de gevraagde gegevens telefonisch mededelen¹⁰⁶². Ook het Hof van Justitie lijkt de vrije keuze over de vorm te bevestigen. In een arrest van 17 juli 2014¹⁰⁶³ herinnert het Hof van Justitie eraan dat de Richtlijn 95/46 terzake de vorm enkel vereist dat deze “begrijpelijk” is, wat wil zeggen dat de betrokkene daardoor in staat wordt gesteld kennis te nemen van die gegevens en te controleren of zij juist zijn en zijn verwerkt in overeenstemming met de Richtlijn 95/46, opdat die betrokkene eventueel en onder meer zijn recht op verbetering en wissen en zijn recht van verzet kan uitoefenen¹⁰⁶⁴. Voor zover dus aan deze doelstelling kan worden voldaan door een andere vorm van verstrekking dan een verstrekking via een afschrift, kan de betrokkene uit de Richtlijn 95/46 dus geen recht putten om een afschrift te eisen¹⁰⁶⁵. Mondelinge mededeling kan dus ook¹⁰⁶⁶, maar geeft uiteraard bewijsproblemen. Er moet wel concreet een antwoord komen op het verzoek van de betrokkene. De verwerkingsverantwoordelijke kan dus niet aannemen dat hij aan zijn verplichting heeft voldaan door het ontvangstbewijs over te maken van zijn aangifte van de verwerkingen bij de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer op grond van artikel 17 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens (zie hierover meer hierna § 5), waarin tevens gelijkaardige informatie moet worden meegedeeld en dat door de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer publiek wordt gemaakt via een openbaar register (artikel 18 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens)¹⁰⁶⁷.

351. Behalve het al besproken artikel 12 van de Verordening 2016/679 met algemene voorschriften betreffende de begrijpelijke taal en toegankelijke vorm waarin alle communicatie met de betrokkene moet gebeuren, schrijft artikel 15.3 van de Verordening 2016/679 voor dat de verwerkingsverantwoordelijke de betrokkene een *kopie* van de persoonsgegevens moet verstrekken. Wanneer de betrokkene zijn verzoek elektronisch indient, en niet om een andere regeling verzoekt, wordt de informatie in een gangbare elektronische vorm verstrekt. Indien de betrokkene om bijkomende kopieën verzoekt, kan de verwerkingsverantwoordelijke op basis van de administratieve kosten een redelijke vergoeding aanrekenen.

onrechtstreekse recht op inzage, wordt ervan uitgegaan dat een termijn van 12 maanden ook vandaag nog redelijk is.

¹⁰⁶¹ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 232, randnummer 312

¹⁰⁶² E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et controle*, Brussel, Larcier, 2014, 405

¹⁰⁶³ HvJ 17 juli 2014, C-141/12 en C-372/12, Y.S.

¹⁰⁶⁴ HvJ 17 juli 2014, C-141/12 en C-372/12, Y.S., randnummer 57

¹⁰⁶⁵ HvJ 17 juli 2014, C-141/12 en C-372/12, Y.S., randnummer 58

¹⁰⁶⁶ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 227, randnummer 305; E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et controle*, Brussel, Larcier, 2014, 405

¹⁰⁶⁷ Cass. 14 februari 2013, www.cass.be. In casu werd dit ontvangstbewijs wel pas overgemaakt ter gelegenheid van de gerechtelijke procedure.

C. Beperking van het recht op inzage

1. De algemene uitzonderingsbepaling en het vangnet van de onrechtstreekse inzage

352. De enige mogelijke situatie waarin het recht op inzage kan worden beperkt in de context van dit onderzoek is de situatie waarin de lidstaat een beroep doet op de hiervoor al aangehaalde algemene uitzonderingsbepaling van artikel 13 van de Richtlijn 95/46, dan wel artikel 23 van de Verordening 2016/679. Wanneer de rechten van de betrokkene, waaronder het recht op inzage, omwille van een nationale bepaling die werd genomen op grond van artikel 13 van de Richtlijn 95/46 zijn uitgeschakeld, dan geeft de Richtlijn 95/46 de mogelijkheid voor de betrokkene om een verzoek in te dienen bij de toezichthoudende overheid die elke lidstaat op grond van artikel 28 van de Richtlijn 95/46 moet oprichten, met de vraag de rechtmatigheid van een verwerking – in plaats van de betrokkene – te verifiëren (artikel 28.4 lid 2 van de Richtlijn 95/46, artikel 13 lid 1 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). De betrokkene wordt in dat geval enkel ingelicht over het feit dat de verificatie heeft plaatsgevonden, maar niet over het resultaat van deze verificatie (artikel 28.4 lid 2 van de Richtlijn 95/46, artikel 13 lid 3 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens)¹⁰⁶⁸. In de Verordening 2016/679 lijkt deze mogelijkheid voor de toezichthoudende overheid om het recht op inzage uit te oefenen in plaats van de betrokkene in algemene zin te zijn opgenomen in artikel 58.1.e op grond waarvan de toezichthoudende overheid altijd toegang heeft tot de persoonsgegevens en alle andere informatie die nodig is voor de uitoefening van haar taken.

2. De schorsing van het inzagerecht in fiscale zaken

353. Zoals hierboven al aangehaald werd van deze mogelijkheid om het recht op inzage in fiscale context in te perken, gebruik gemaakt in België. Het recht op inzage bij de FOD Financiën werd beperkt door artikel 11 van de wet van 3 augustus 2012 dat een bijkomende paragraaf 7 invoert in artikel 3 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens waarin nog meer uitzonderingsbepalingen zijn opgenomen. Deze wet maakte niet alleen een beperking mogelijk van het recht op inzage, maar ook van het recht op informatie wanneer de persoonsgegevens niet bij de betrokkene zijn gekomen (artikel 9 § 2 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens), alsook van het recht op verbetering, verzet en wissen (artikel 12 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). Wellicht onbedoeld werd bovendien het hierboven beschreven onrechtstreeks recht op inzage via de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer uitgeschakeld¹⁰⁶⁹. De beperking van deze rechten werd in de rechtsleer sterk bekritiseerd¹⁰⁷⁰. Er werd ook een vernietigingsberoep ingesteld voor het

¹⁰⁶⁸ In België wordt deze mogelijkheid van onrechtstreekse toegang (in casu onrechtstreekse inzage) verder praktisch uitgewerkt in artikel 36 en volgende van het Uitvoeringsbesluit.

¹⁰⁶⁹ Artikel 13 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens bepaalt de gevallen waarin dit recht kan worden uitgeoefend. Het verwees niet naar het nieuw ingevoerde artikel 3, 7° van de Wet Verwerking Persoonsgegevens.

¹⁰⁷⁰ Zelfs voor de totstandkoming van de wet werd er kritiek geformuleerd door de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in Advies nr. 11/2012 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van 11 april 2012 omtrent het voorontwerp van wet betreffende de verwerking van persoonsgegevens door de FOD Financiën in het kader van zijn bijzondere opdrachten; na de wet: S. DE RAEDT, "Beperking op privacyrechten bij oprichting superdatabank", *Fisc. Act.* 2012, nr. 30, 1-5; S. DE RAEDT, "De uitschakeling van de privacyrechten tijdens de controle: de wet openbaarheid bestuur is niet steeds de redding", *Fisc. Act.* 2012, nr. 33, 1-4; Er was ook een tussenkomen van de voorzitter van de Commissie voor de

Grondwettelijk Hof. Nog voor de uitspraak van het Grondwettelijk Hof werd de beperking op de voormelde rechten bijgestuurd. Door artikel 96 van de wet van 17 juni 2013 houdende de fiscale en financiële bepalingen en betreffende de duurzame ontwikkeling¹⁰⁷¹, werd nog enkel een beperking behouden op het recht op inzage. De reikwijdte van de beperking van het inzagerecht werd bovendien ingeperkt. Het artikel 11 van de wet van 3 augustus 2012 zou nadien overigens worden vernietigd door het Grondwettelijk Hof¹⁰⁷².

354. Als gevolg van de bijgestuurde versie van de wet is het recht op inzage, onverminderd de toepassing van bijzondere wetsbepalingen¹⁰⁷³, niet van toepassing wat de verwerkingen van persoonsgegevens beheerd door de FOD Financiën betreft, gedurende de periode tijdens dewelke de betrokkene het voorwerp uitmaakt van een controle, een onderzoek of de daarmee verband houdende voorbereidende werkzaamheden die worden uitgevoerd door de FOD Financiën in het kader van de uitvoering van zijn wettelijke opdrachten, voor zover de toepassing ervan nadelig zou zijn voor de controle, voor het onderzoek of voor de voorbereidende werkzaamheden en alleen voor de duur daarvan. Omdat de beperking op het inzagerecht gekoppeld is aan een zekere periode, wordt deze beperking doorgaans aangeduid als de schorsing van het inzagerecht. De voorwaarde dat de schorsing van het inzagerecht alleen geldt “voor zover de toepassing van het inzagerecht nadelig zou zijn voor de controle, het onderzoek of de voorbereidende werken”, is een belangrijke voorwaarde die door artikel 96 van de wet van 17 juni 2013 werd toegevoegd. De wet verduidelijkt dat de voorbereidende werkzaamheden, tijdens dewelke het recht op inzage is geschorst, niet langer mogen duren dan een jaar vanaf de aanvraag die is ingediend om het recht op inzage uit te oefenen¹⁰⁷⁴. Bovendien wordt, “wanneer de FOD Financiën gebruik heeft gemaakt van deze uitzondering, de uitzonderingsregel onmiddellijk opgeheven na het afsluiten van de controle of het onderzoek of na het afsluiten van de voorbereidende werkzaamheden, wanneer ze geen aanleiding geven tot een controle of onderzoek”. De Dienst voor Informatieveiligheid en Bescherming van de Persoonlijke Levenssfeer¹⁰⁷⁵ brengt

bescherming van de persoonlijke levenssfeer naar aanleiding van de publicatie van de wet van 3 augustus 2012 bij de bevoegde minister (zie hierover Verslag namens de Commissie voor Financiën en Begroting van 15 mei 2013, *Parl. St. Kamer*, 2012-2013, 53- 2756/005, 62; Advies nr. 32/2012 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van 17 oktober 2012 omtrent het amendement bij het wetsontwerp houdende fiscale en financiële bepalingen)

¹⁰⁷¹ B.S. 28 juni 2013. Deze wijziging ging in op 8 juli 2013 (10 dagen na publicatie).

¹⁰⁷² GwH 27 maart 2014, nr. 51/2014, (BS 28 mei 2014 (ed. 2), becommentarieerd door: DEGRAVE, E. en LACHAPPELLE, A., “Le droit d’accès du contribuable à ses données à caractère personnel et la lutte contre la fraude fiscale”, *RGCF* 2014, 322-335

¹⁰⁷³ De zinsnede “onverminderd de toepassing van bijzondere wetsbepalingen” is toegevoegd op suggestie van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (Advies nr. 11/2012 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van 11 april 2012 omtrent het voorontwerp van wet betreffende de verwerking van persoonsgegevens door de FOD Financiën in het kader van zijn bijzondere opdrachten, randnummer 38), waarmee vooral werd beoogd te verduidelijken dat de beperking van het recht op informatie zoals bepaald in artikel 9 § 2 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens (dat nog was opgenomen in artikel 11 van de wet van 3 augustus 2012) geen afbreuk doet aan andere bestaande bijzondere informatieverplichtingen, waaronder de informatieverplichting van artikel 333 W.I.B. 1992.

¹⁰⁷⁴ De wetgever heeft deze beperking in de tijd van de voorbereidende werkzaamheden ingevoerd op suggestie van de RvS die een schorsing van het recht op inzage voor de duur van de voorbereidende werken, zonder dat deze aanleiding geven tot een effectieve controle, terwijl deze duur van deze schorsing in dat geval niet in de tijd beperkt is, als een onevenredige maatregel beschouwde in de zin van artikel 22 GW (advies RvS nr. 52.866/2/3 van 18 maart 2013 bij het voorontwerp van wet, *Parl. St. Kamer*, 2012-2013, 53-2756/001, 163)

¹⁰⁷⁵ Deze dienst werd opgericht door artikel 8 van de wet van 3 augustus 2012, is een onderdeel van de FOD Financiën en wordt rechtstreeks onder de bevoegdheid van de voorzitter van het directiecomité van de FOD Financiën. De dienst is in algemene zin belast het verzekeren van de toepassing van de regels betreffende de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, maar kreeg ook specifiek als taak na te gaan, voorafgaand aan de beslissing van de verwerkingsverantwoordelijke (In casu de FOD Financiën) of de toepassingsvoorwaarden van

de betrokken belastingplichtige onverwijld op de hoogte van die opheffing en deelt hem de volledige motivatie mee die is opgenomen in de beslissing van de verwerkingsverantwoordelijke die van de uitzondering gebruik heeft gemaakt¹⁰⁷⁶.

3.Conformiteit van de schorsing van het inzagerecht aan de algemene uitzonderingsbepaling van de Richtlijn 95/46 en de Verordening 2016/679, en aan artikel 8 lid 2 EVRM

a.Vraagstelling

355. De vraag rijst of deze schorsing van het inzagerecht in overeenstemming is met de vereisten van artikel 13 van de Richtlijn 95/46 en artikel 23 van de Verordening 2016/679. Hoewel er niet aan kan worden getwijfeld dat de schorsing van het inzagerecht mogelijk werd gemaakt door een wettelijke bepaling, rijst wel de vraag of deze beperking van het inzagerecht *noodzakelijk* is ter vrijwaring van de fiscale belangen van België.

356. Hierboven werd reeds aangetoond dat het ontbreken van een inzagerecht bij de opslag van gegevens die worden beschermd onder artikel 8 EVRM, wordt beschouwd als een inmenging in het privéleven. Vermits vele door de fiscale administratie over een natuurlijke persoon opgeslagen gegevens van de bescherming zullen genieten van artikel 8 EVRM, dient het beperken van het inzagerecht als een inmenging in het privéleven te worden beschouwd¹⁰⁷⁷. Bijgevolg rijst de vraag of is voldaan aan de voorwaarden van artikel 8 lid 2 van het EVRM. In dat kader rijst niet alleen de vraag naar de noodzakelijkheid van de beperking van het inzagerecht. Er dient tevens te worden nagegaan of de wettelijke bepaling die de beperking mogelijk maakt, wel voldoende voorzienbaar is. Er wordt overigens algemeen aangenomen dat de voorzienbaarheidsvereiste ook steeds moet voldaan zijn wanneer een wettelijke bepaling wordt aangenomen die in uitvoering van artikel 13 van de Richtlijn 95/46 een uitzondering mogelijk maak¹⁰⁷⁸.

b.Controle van de noodzakelijkheid van de beperking

357. Om de noodzakelijkheid van de schorsing van het inzagerecht in het licht van de fiscale belangen van België te kunnen beoordelen, is het relevant na te gaan wat de wetgever met deze schorsing concreet heeft beoogd. Uit de memorie van toelichting blijkt dat de wetgever van oordeel was dat door het inzagerecht de belastingplichtige kennis zou kunnen krijgen van informatie die hem zou toelaten zich te onttrekken aan de controle¹⁰⁷⁹.

de schorsing van het inzagerecht (artikel 3 § 7, van de Wet Verwerking Persoonsgegevens), vervuld zijn (artikel 8 § 1, b van de wet van 3 augustus 2012)

¹⁰⁷⁶ In de memorie van toelichting wordt verduidelijkt dat deze motivering conform moet zijn aan de wet van 29 juli 1991 (*Parl. St.*, Kamer, 2012-2013, 53-2756/001, 58)

¹⁰⁷⁷ Ook de RvS gaat ervan uit dat de beperking op het inzagerecht in de persoonsgegevens die worden verwerkt door de FOD Financiën een inmenging vormt in artikel 22 van de Grondwet (zie advies RvS nr. 52.866/2/3 van 18 maart 2013, 163)

¹⁰⁷⁸ Opinion 3/2013 of article 29 Working Party on purpose limitation, 38

¹⁰⁷⁹ *Parl. St.* Kamer, 2012-2013, 53-2756/001, 53-54-55 (memorie van toelichting bij de wet van 17 juni 2013).

Opvallend is dat de wetgever in deze memorie van toelichting de bedoeling, zoals geformuleerd in de memorie van toelichting bij de wet van 3 augustus 2012, niet langer herhaald dat de schorsing van het inzagerecht op basis van het persoonsgegevensbeschermingsrecht, erop gericht is te vermijden dat de beperkingen op het recht op inzage in de bestuursdocumenten zouden worden omzeild (*Parl. St.* Kamer, 2011-2012, 53-2343/001, 10). Hierna zal worden aangetoond dat deze bedoeling uitgaat van de verkeerde veronderstelling dat met de

De wetgever wil voorkomen dat “gegevens worden weggemaakt, veranderd of vermomd, dat er constructies worden opgezet om deze te maskeren of te wissen, of dat er vluchtwegen worden gecreëerd, ... kortom dat de verdachte van de fraude zich op grond van de bekomen informatie onttrekt aan verder onderzoek of tenuitvoerlegging”¹⁰⁸⁰. Deze bedoeling komt ook tot uiting in de wet zelf, vermits de schorsing enkel kan worden geweigerd, wanneer het inzagerecht “de controle nadelig zou kunnen beïnvloeden”. De beslissing om te oordelen over de schorsing wordt dus in handen gelegd van de fiscale administratie, die de schorsing kan weigeren telkens er een nadeel *zou kunnen zijn* voor de controle.

358. Aldus geformuleerd lijkt het erop dat de fiscale administratie een verzoek om inzage alleen dan *niet* kan weigeren wanneer er werkelijk geen enkele reden voorhanden is om aan te nemen dat er door de inzage een nadeel kan ontstaan voor de controle. Elke eventualiteit (‘zou kunnen’) op nadeel voor de controle, zelfs zonder dat er enige concrete aanwijzing is, lijkt onder de huidige formulering aanleiding te kunnen geven tot een weigering van de inzage. De memorie van toelichting lijkt deze interpretatie ook te ondersteunen. Er wordt gesteld dat de fiscale administratie nooit zal kunnen beslissen dat de inzage van de “basisgegevens” van het fiscaal dossier, die ook beschikbaar zijn via het portaal www.myminform.be, niet kunnen worden ingezien¹⁰⁸¹, omdat de inzage van deze algemene gegevens het lopende onderzoek of de voorbereiding ervan in *geen enkele omstandigheid* kan schaden. Als voorbeelden van deze “basisgegevens” worden genoemd: inlichtingen die de persoon zelf aan de administratie geeft (gegevens van de aangifte, verklaringen betreffende giften, dienstenscheques, ...), documenten die door de administratie naar de persoon zijn gestuurd (bijvoorbeeld het aanslagbiljet) evenals informatie over het patrimonium (onroerende goederen, verhuur, ...). Anderzijds geeft de wetgever in de memorie van toelichting ook aan wat wel kan worden beschouwd als een inlichting waarvan het inzagerecht kan worden beperkt, omdat de kennisname ervan nadelig zou kunnen zijn voor het onderzoek. Het gaat over inlichtingen over de aanpak van de fiscale controle en de handelingen die het met oog daarop zullen worden gesteld, over inlichtingen van derden, over inlichtingen van andere landen, of van andere autoriteiten of instellingen in België, over de resultaten van een dataminingproces of van de organisatie van de taxatie – en controleactiviteiten (bijvoorbeeld instructies met betrekking tot onderzoeksmethodes, notulen van vergaderingen over de controlestrategie, lijst van dossiers die werden geselecteerd voor controle of voor bijzondere acties in bepaalde sectoren). Hoewel een groot deel van de opgesomde voorbeelden geen persoonsgegevens betreffen en dus in ieder geval niet kunnen worden ingezien op grond van het persoonsgegevensbeschermingsrecht¹⁰⁸², kan van het andere deel van de gegeven voorbeelden wel worden aangenomen dat er *eventueel* een risico bestaat voor de controle indien inzage wordt gegeven, doch dit hoeft niet noodzakelijk steeds het geval te zijn.

schorsing van het inzagerecht gebaseerd op het persoonsgegevensbeschermingsrecht wordt vermeden dat de belastingplichtige gegevens zou kunnen inzien die hij op basis van de beperkingen van het recht op de openbaarheid van bestuur niet zou kunnen zien.

¹⁰⁸⁰ Parl. St. Kamer, 2012-2013, 53-2756/001, 58

¹⁰⁸¹ Parl. St. Kamer, 2012-2013, 53-2756/001, 57

¹⁰⁸² Bijvoorbeeld: inlichtingen over de aanpak van de fiscale controle (in de mate dat die geen betrekking hebben op een welbepaalde belastingplichtige), algemene instructies met betrekking tot onderzoeksmethodes, notulen van vergaderingen over de controlestrategie, beslissingen ivm. bijzondere acties in bepaalde sectoren

359. Indien de wettelijke bepaling over de schorsing van het inzagerecht deze ruime interpretatie krijgt, en het inzagerecht met andere woorden kan worden geweigerd telkens wanneer er een eventueel risico bestaat voor de controle, zonder concrete aanwijzing, dan is deze bepaling in strijd met de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 13 van de Richtlijn 95/46, artikel 23 van de Verordening 2016/679 en artikel 8 lid 2 EVRM.

Immers, de noodzakelijkheidsvereiste zoals geïnterpreteerd door het EHRM houdt in dat de (in casu) weigering tot inzage minstens relevant en doeltreffend is om het beoogde doel te bereiken (“relevantie en pertinentie criterium”)¹⁰⁸³. Welnu, wanneer de inzage wordt geweigerd telkens wanneer er een *eventueel* risico bestaat dat de controle nadelig zou kunnen worden beïnvloed, zonder dat hiertoe een concrete aanleiding bestaat, dan is deze vorm van inmenging in het privéleven niet relevant en toereikend om het beoogde doel te bereiken. Immers, in de regel kan de meeste informatie die de betrokkene op grond van het inzagerecht gebaseerd op het persoonsgegevensbeschermingsrecht kan bekomen, ook worden bekomen door een beroep te doen op het recht op inzage in de bestuursdocumenten¹⁰⁸⁴. Het persoonsgegevensbeschermingsrecht laat de wetgeving inzake de openbaarheid van de bestuursdocumenten immers volledig onaangeroerd. De Raad van State heeft geoordeeld dat het persoonsgegevensbeschermingsrecht niet kan worden gezien als een *lex specialis* die de toepasbaarheid van de wetgeving betreffende de openbaarheid van bestuur, als *lex generalis*, kan uitsluiten¹⁰⁸⁵. Hoewel de finaliteit van beide inzagerechten verschillend is waardoor de informatie die kan worden bekomen in uitvoering van beide rechten ook van elkaar verschilt¹⁰⁸⁶, zal in uitvoering van beide rechten wel een pak informatie kunnen worden verzameld die grotendeels met elkaar overlapt¹⁰⁸⁷. Door het uitschakelen van het inzagerecht gebaseerd op het persoonsgegevensbeschermingsrecht op een wijze die verder gaat dan wat het geval is in het kader van het recht op inzage van bestuursdocumenten, wordt een maatregel genomen die niet relevant is om het beoogde doel te bereiken, vermits de aldus “afgeschermd” informatie op basis van het inzagerecht van de bestuursdocumenten kan worden bekomen. Het inzagerecht wordt door de Wet Openbaarheid Bestuur weliswaar in bepaalde omstandigheden ook beperkt, doch er is geen

¹⁰⁸³ voorbeelden: EHRM 16 december 1992, NIEMIETZ /Duitsland (§37); EHRM 25 februari 1997, Z./Finland (§94); EHRM 28 april 2005, BUCK/Duitsland (§45); EHRM 7 juni 2007, SMIRNOV/Rusland (§44); EHRM 4 december 2008, S. AND MARPER/VK (§101); EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen (§158); EHRM 4 juni 2013, PERUZZO en MAERTENS/Duitsland (§41)

¹⁰⁸⁴ De toegang tot de bestuursdocumenten van de federale (fiscale) besturen wordt geregeld door de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur (B.S. 30 juni 1994, in werking sinds 1 juli 1994 (K.B. 23 juni 1994, B.S. 30 juni 1994)

¹⁰⁸⁵ RvS (9e k.) nr. 164.654, 13 november 2006, ANNEMANS, overweging 3.4.2; RvS (9e k.) nr. 91.531, 11 december 2000, DE WINTER, overweging 3.2.1.1

¹⁰⁸⁶ Dit wordt ook bevestigd in: RvS (9e k.) nr. 91.531, 11 december 2000, DE WINTER, overweging 3.2.1.1. Vermits het inzagerecht in het kader van het persoonsgegevensbeschermingsrecht de controle beoogt van de rechtmatigheid van de verwerking en de juistheid van de gegevens, zal op grond van dit inzagerecht bijvoorbeeld informatie kunnen worden bekomen over de ontvangers van de persoonsgegevens en over de oorsprong van de persoonsgegevens, wat niet noodzakelijk zal blijken uit de inzage van een bestuursdocument. zie omtrent de verschillen in finaliteit en toepassingsgebied van beide wetten: S. DE RAEDT, “De uitschakeling van de privacyrechten tijdens de controle: de wet openbaarheid bestuur is niet steeds de redding”, *Fisc. Act.* 2012, nr. 33, 1-4;

¹⁰⁸⁷ Een bestuursdocument is “alle informatie, in welke vorm ook, waarover een administratieve overheid beschikt” (artikel 1, lid 2, 2° Wet Openbaarheid Bestuur). Zo bijvoorbeeld zal een antwoord van een financiële instelling met informatie over de bankrekeningen van de betrokkene niet alleen een persoonsgegevens zijn dat moet worden verstrekt in het kader van het recht op inzage op basis van het persoonsgegevensbeschermingsrecht, maar ook een bestuursdocument zijn (zijnde alle informatie die bij de administratie berust) die in het kader van het recht op inzage in de bestuursdocumenten moet worden voorgelegd.

sprake van een algemene beperking van het recht op inzage van bestuursdocumenten voor de duur van een (fiscale) controle, ook niet ingeval de inzage een *eventueel* risico inhoudt voor de controle. Terzake kan verwezen worden naar een arrest van de Raad van State van 18 juni 1997¹⁰⁸⁸ waarin de fiscale administratie in het kader van een verzoek om inzage van bestuursdocumenten naar aanleiding van een vraag om inlichtingen (dus tijdens een fiscale controle) opwerpt dat de verzoeker geen legitiem belang zou hebben bij de inzage omdat die er enkel op gericht zou zijn om precies te weten over welke informatie de fiscale administratie beschikt en vervolgens de belastingen te ontwijken door de elementen die al in het bezit zijn van de administratie te proberen verhullen. De verzoeker trachtte door de inzage kennis te krijgen van de documenten op basis waarvan de administratie meende te kunnen stellen dat hij titularis was van een rekening bij een wisselagent die het voorwerp uitmaakte van een gerechtelijk onderzoek. De Raad van State merkt evenwel op dat eenieder die het fundamenteel recht op inzage van bestuursdocumenten uitoefent, wordt verondersteld een actueel belang te hebben, wat ook het uiteindelijke gebruik is dat de verzoeker van deze documenten wil maken. Volgens de Raad van State kan de uitoefening van een fundamenteel recht zoals het recht op inzage van de bestuursdocumenten bovendien nooit illegitiem zijn. Op het argument van de fiscale administratie dat zij de vraag tot inzage kan afwijzen indien het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van een federaal economisch of financieel belang, de munt of het openbaar krediet (artikel 6 § 1, 6° Wet Openbaarheid Bestuur), antwoordt de Raad van State dat deze beperking strikt moet worden geïnterpreteerd¹⁰⁸⁹ en niet kan toelaten dat elke inzage die van aard is dat zij *mogelijks* een repercussie heeft op de financiën van de staat, wordt geweigerd¹⁰⁹⁰. Er moet daarentegen een concrete aanwijzing zijn om aan te nemen dat de openbaarheid van bepaalde documenten de financiële belangen van de staat kan schaden¹⁰⁹¹.

360. De hierboven vermelde ruime interpretatie van de woorden “nadelig zou kunnen zijn” vormt niet alleen een probleem voor het relevantie –en pertinentiecriteria dat wordt gehanteerd om de noodzakelijkheidsvereiste te beoordelen, maar tevens voor het

¹⁰⁸⁸ RvS nr. 66.860, 18 juni 1997, MATAGNE

¹⁰⁸⁹ Ook de overige door de wet voorziene beperkingsgronden worden door de RvS restrictief geïnterpreteerd. De beperkingsgronden die nog relevant zijn in het kader van een verzoek om inzage tijdens een fiscale controle zijn (1) de situatie waarin het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van o.m. de opsporing of vervolging van strafbare feiten (artikel 6 § 1, 5° Wet Openbaarheid Bestuur). Daarnaast kan de administratieve overheid de vraag om inzage ook afwijzen (2) wanneer de openbaarmaking afbreuk doet aan de persoonlijke levenssfeer, tenzij de betrokken persoon met de inzage, de uitleg of de mededeling in afschrift heeft ingestemd (artikel 6 § 2, 1° van de Wet Openbaarheid Bestuur), of (3) afbreuk doet aan een bij wet ingestelde geheimhoudingsverplichting (artikel 6, § 2, 2° Wet Openbaarheid Bestuur)(zie voor een restrictieve interpretatie: RvS nr. 156.628, 20 maart 2006, SLA TRADING COMPANY; RvS nr. 215.120, 13 september 2011, X.; RvS nr. 215.506, 3 oktober 2011, BAUMWALD, RvS nr. 215.507, 3 oktober 2011, KONIG; RvS .nr. 215.774, 17 oktober 2011 STRANDERS). De reden waarom de Raad van State deze beperkingsgronden beperkend interpreteert ligt in het feit dat het uitzonderingen betreft op een grondrecht (artikel 32 GW).

¹⁰⁹⁰ Zie ook RvS nr. 68.609, 2 oktober 1997, BA-WA bvba, waarin inzage wordt gevraagd van het administratief dossier na de verzending van het bericht van wijziging en waarin de Raad van State eveneens oordeelt dat niet is aangetoond dat de inzage van bestuursdocumenten van aard is de controle te schaden; zie ook RvS nr. 71.688, 9 februari 1998, BRUSSELS AIRPORT TERMINAL COMPANY nv, waarin de RvS eveneens vaststelt er geen concrete aanwijzingen zijn om aan te nemen dat er een nadeel zou kunnen ontstaan voor de financiële belangen van de staat en dat de verzoeker zich door de inzage zou kunnen onttrekken aan de wettelijk verschuldigde belasting. Ook hier werd het verzoek om inzage pas geformuleerd na het verzenden van het bericht van wijziging.

¹⁰⁹¹ Zie hierover ook C. BARBIER, “Openbaarheid van het fiscaal bestuur?”, *TFR* 1999, 171 -183; In de Circulaire over de wet openbaarheid bestuur in fiscale zaken (Ci. RH 835/502.739 van 09.01.1998) stelt de fiscale administratie dat er geen systematisch beroep kan worden gedaan op deze uitzonderingsgrond om de inzage te weigeren tijdens een fiscaal onderzoek.

proportionaliteitscriterium dat inhoudt dat er een redelijke verhouding bestaat tussen de aantasting van het grondrecht enerzijds en de legitieme doelstelling anderzijds. In de mate dat een aantasting van het grondrecht (hier de weigering van de inzage) mogelijk wordt telkens wanneer er een mogelijk risico is voor de fiscale controle en dus voor de financiële belangen van de staat, zonder dat er een concrete aanwijzing moet zijn dat de controle daadwerkelijk in het gedrang komt, kan er geen sprake zijn van een redelijke verhouding.

De wetgeving betreffende de schorsing van het inzagerecht is daarentegen wel conform aan de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 13 van de Richtlijn 95/46, artikel 23 van de Verordening 2016/679 en artikel 8 lid 2 EVRM in de mate dat aan de woorden “nadelig zou kunnen zijn” een meer strikte interpretatie wordt gegeven in die zin dat de fiscale administratie het inzagerecht slechts kan weigeren indien er in concreto aanwijzingen zijn dat de inzage de fiscale controle en dus de fiscale belangen van de staat, negatief kan beïnvloeden. Slechts in dat geval kan worden verdedigd dat de schorsing van het inzagerecht noodzakelijk is voor de fiscale belangen van de staat.

c. Controle van de voorzienbaarheid van de wettelijke bepaling

361. Wat betreft de voorzienbaarheid van de wettelijke bepaling rijzen vooral vragen naar de wijze waarop de periode is afgebakend gedurende dewelke de fiscale administratie het inzagerecht kan weigeren. Wanneer start een controle of een voorbereiding ervan en wanneer eindigt zij?¹⁰⁹² Hoewel de wet geen enkele verduidelijking geeft¹⁰⁹³, wordt wel wat toelichting gegeven in de memorie van toelichting.

362. Wat betreft de *aanvang* van de controle of de voorbereiding ervan, wordt er gesteld dat het verzoek tot inzage in ieder geval niet als een element kan worden beschouwd waaruit zou blijken dat een onderzoek of een voorbereiding daarvan is gestart¹⁰⁹⁴. De controle of de voorbereiding ervan moet dus altijd zijn gestart voor het verzoek tot inzage. Voor het overige zijn elementen die bepalen dat een onderzoek of voorbereidende werken zijn gestart: vastgestelde of meegedeelde fraude-indiciën, inlichtingen komende van andere diensten van de FOD Financiën of van een andere administratieve overheid, inlichtingen uit controle of onderzoek bij een andere belastingplichtige, een gerechtelijke inlichting of een mededeling uit het buitenland¹⁰⁹⁵. Ook in het door het Grondwettelijk Hof vernietigde artikel 11 van de wet van 3 augustus 2012 werd geen toelichting gegeven over de aanvang van de

¹⁰⁹² Zo wordt het begrip “voorbereidende werken” door de wet niet gedefinieerd. Dit werd bekritiseerd door de Raad van State (zie advies RvS nr. 52.866/2/3 van 18 maart 2013 bij het voorontwerp van wet, doc 53, 2756/001, p. 162). Ook de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer formuleerde bedenkingen bij de onduidelijkheid over de afbakening van de periode van mogelijke schorsing van het inzagerecht (Aanbeveling nr. 02/2012 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van 8 februari 2012 betreffende de na te leven basisprincipes bij gegevensverwerkingen en uitwisselingen waarbij de FOD Financiën is betrokken, overweging 39; Advies nr. 11/2012 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van 11 april 2012 omtrent het voorontwerp van wet betreffende de verwerking van persoonsgegevens door de FOD Financiën in het kader van zijn bijzondere opdrachten, overweging 41-42); zie ook S. DE RAEDT, “Beperking op privacyrechten bij oprichting superdatabank”, *Fisc. Act.* 2012, nr. 30, 1-5

¹⁰⁹³ Alleen indien er alleen sprake is van een voorbereiding van een controle die uiteindelijk niet uitmondt in een effectieve controle, geeft de wet aan dat de schorsing van het inzagerecht maar kan worden ingeroepen gedurende één jaar vanaf de aanvraag tot raadpleging van de persoonsgegevens (artikel 3, 7° lid 2 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens).

¹⁰⁹⁴ *Parl. St. Kamer, 2012-2013, 53-2756/001, 55*

¹⁰⁹⁵ *Parl. St. Kamer, 2012-2013, 53-2756/001, 56*

periode van schorsing. Het Grondwettelijk Hof zag hierin evenwel geen graten en oordeelde hierover dat de periode van schorsing maar kon ingaan indien er werkzaamheden uitgevoerd zijn die erop wijzen dat de belastingadministratie een controle of onderzoek wil beginnen, en dit alvorens de betrokken belastingplichtige een aanvraag heeft gedaan om zijn recht op inzage uit te oefenen. Het Grondwettelijk Hof oordeelde wel dat het bestaan van deze werkzaamheden dan moest blijken uit het dossier van de betrokkene¹⁰⁹⁶. Met de toelichting van het Grondwettelijke Hof en de memorie van toelichting zijn evenwel nog niet alle vragen over het bepalen van de aanvang van de schorsingsperiode beantwoord. Wat bij voorbeeld met de beslissing van de administratie om een onderzoek uit te voeren in een bepaalde sector. Vormt deze beslissing meteen een voorbereiding van een controle voor alle personen die tot deze sector moeten worden gerekend, of is er pas een voorbereiding van onderzoek wanneer er wordt beslist om dit sectoraal onderzoek ten aanzien van een welbepaalde belastingplichtige uit te voeren?¹⁰⁹⁷ Hoe dan ook is het EHRM bij de beoordeling van de voorzienbaarheid van een wettelijke bepaling bereid rekening te houden met niet-wettelijke bepalingen, zoals administratieve nota's of voorbereidende werkzaamheden, in de mate dat zij voldoende kenbaar zijn gemaakt aan de betrokkene¹⁰⁹⁸. Bovendien toont het EHRM begrip voor enige vaagheid in de gehanteerde begrippen waarvan de interpretatie en toepassing moeten blijken in de praktijk¹⁰⁹⁹. Wellicht mogen we dus aannemen dat de aanvang van de periode van schorsing van het inzagerecht conform de rechtspraak van het EHRM voldoende duidelijk is bepaald in de wet, in combinatie met de voorbereidende werkzaamheden. Belangrijk daarbij is dat de vraag of er al dan niet een controle of een voorbereiding ervan aan de gang was op het ogenblik dat er een verzoek tot inzage werd ingediend, uitiem kan worden beoordeeld door een rechterlijke instantie op grond van artikel 14 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens¹¹⁰⁰, zodat er een procedurele waarborg tegen misbruik bestaat dat het gebrek aan helderheid in die mate opvangt¹¹⁰¹. Teneinde bewijsproblemen te vermijden zal de fiscale administratie in dat kader best de suggestie opvolgen die werd gedaan in de memorie van toelichting. Deze suggestie bestond erin dat de aanvang van een onderzoek of een voorbereidende actie expliciet tot uiting zou worden gebracht in het dossier van de betrokken persoon of dat de aanvang van het onderzoek of de voorbereiding ervan zou worden gemeld aan de Dienst voor Informatieveiligheid en Bescherming van de Persoonlijke Levenssfeer¹¹⁰². Ook het feit dat er gedurende de periode van schorsing van het inzagerecht aan de Commissie voor bescherming van de persoonlijke levenssfeer kan worden gevraagd om het inzagerecht in plaats van de betrokkene uit te oefenen (artikel 13 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens) vormt een aanvullende procedurele waarborg tegen misbruik. Onder de Verordening 2016/679 kan de

¹⁰⁹⁶ GwH 27 maart 2014, nr. 51/2014, overweging B.5.3

¹⁰⁹⁷ Terechte vraag gesteld door Kamerlid Wouters in Verslag namens de Commissie Financiën en Begroting van 15 mei 2013, *Parl. St.*, Kamer, 2012-2013, 53-2756/005, 63

¹⁰⁹⁸ EHRM 25 maart 1983, SILVER/VK; EHRM 26 maart 1987, LEANDER/Zweden (§51); EHRM 6 juni 2006, SEGERSTEDT-WIBERG/Zweden (§79); EHRM 4 juni 2013, PERUZZO en MAERTENS/Duitsland (§38); zie ook Grondwettelijk Hof 14 februari 2013, 06/2013, overweging B.9.3 waarin naar de voorbereidende werken wordt verwezen voor de invulling van het begrip fraude-indiciën; GwH 16 juli 2015, nr. 107/2015, overweging B.10.1

¹⁰⁹⁹ EHRM 26 april 1979, SUNDAY TIMES/VK (zie §§ 48 en 49)

¹¹⁰⁰ Ook de Verordening 2016/679 schrijft voor dat elke betrokkene het recht moet hebben om een doeltreffende voorziening in rechte in te stellen tegen de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker indien hij van mening is dat zijn rechten uit hoofde van de Verordening 2016/679 geschonden zijn ten gevolge van een verwerking van zijn persoonsgegevens die niet aan de Verordening 2016/679 voldoet (artikel 79 van de Verordening 2016/679).

¹¹⁰¹ zie Grondwettelijk Hof 14 februari 2013, 06/2013; zie ook GwH 16 juli 2015, nr. 107/2015, overweging B.11

¹¹⁰² *Parl. St.* Kamer, 2012-2013, 53-2756/001, 57

toezichhoudende overheid ook steeds toegang vragen tot de persoonsgegevens en alle andere informatie nodig om haar taken te kunnen uitoefenen (artikel 58.1.e van de Verordening 2016/679).

363. Wat betreft het *einde* van het onderzoek is de onduidelijkheid evenwel groter. Ook hier geeft de *memorie van toelichting* een aantal voorbeelden, waaronder de ontvangst van een aanslagbiljet, de akte van vrijgave betreffende douane, de verjaring¹¹⁰³. Iets wat overbodig wordt in de *memorie van toelichting* ook bepaald dat het einde van het onderzoek ook nooit de verschillende onderzoeks- en verjaringstermijnen waaraan de FOD Financiën gebonden is, kan overschrijden¹¹⁰⁴. Uit de combinatie van die twee opmerkingen lijkt te moeten worden afgeleid dat in inkomstenbelastingen de periode van schorsing eindigt met de aanslag, tenzij de onderzoekstermijnen eerder zijn verstreken. In het kader van de bespreking van het wetsontwerp in de *Commissie Financiën en Begroting* werd evenwel door staatssecretaris Verherstraeten gesteld dat de controle een einde neemt wanneer de administratie een beslissing neemt, bijvoorbeeld in een bericht van wijziging¹¹⁰⁵, zodat ook de periode van schorsing van het inzagerecht dan een einde neemt. In de voorbereidende werken worden met andere woorden, wat betreft de inkomstenbelastingen, duidelijk verschillende standpunten ingenomen over het einde van de schorsingsperiode. In die zin moet de wettelijke bepaling over de schorsing van het inzagerecht als onvoorzienbaar worden beschouwd, bij gebrek aan duidelijkheid over het einde van de schorsingsperiode. Een onvoorzienbare wettelijke bepaling kan de uitzondering van het inzagerecht niet legitimeren. Een verduidelijking van minstens het einde van de schorsingsperiode dringt zich zeker wat betreft de inkomstenbelastingen op. In dat kader moet overigens het standpunt van Verherstraeten worden gevolgd dat de controle eindigt op het ogenblik dat daarover door de administratie een beslissing wordt genomen, bijvoorbeeld door het versturen van een bericht van wijziging. Dit standpunt is immers het enige standpunt dat ook conform is aan de *noodzakelijkheidsvereiste* van artikel 13 van de Richtlijn 95/46, artikel 23 van de Verordening 2016/679 en artikel 8 lid 2 EVRM. De inzage nog weigeren nadat de fiscale administratie, op grond van de uitgevoerde controle, heeft beslist welke wijziging van de aangifte zij wenst aan te brengen, kan niet als relevant en pertinent worden beschouwd om het beoogde doel (dat erop gericht is te vermijden dat belastingplichtige zich aan de controle onttrekt door bijvoorbeeld het wegmaken van gegevens) te bereiken. Ook de Raad van State oordeelde in een betwisting over het inzagerecht van bestuursdocumenten dat er geen risico meer kon zijn voor de financiële belangen van de staat (uitzonderingsgrond van artikel 6 § 1, 6° van de Wet Openbaarheid Bestuur) wanneer het bericht van wijziging werd verzonden, omdat het onderzoek dan als afgelopen moet worden beschouwd¹¹⁰⁶.

364. De Verordening 2016/679 is in artikel 23 nog strenger wat betreft de voorzienbaarheid van de wettelijke bepaling die een beperking van een recht van de betrokkene mogelijk maakt. Met name schrijft artikel 23.2 van de Verordening voor dat deze wettelijke bepaling specifieke bepalingen moet bevatten met betrekking tot, in voorkomend

¹¹⁰³ *Parl. St. Kamer*, 2012-2013, 53-2756/001, 57

¹¹⁰⁴ *Parl. St. Kamer*, 2012-2013, 53-2756/001, 56-67

¹¹⁰⁵ Verslag namens de Commissie Financiën en Begroting van 15 mei 2013, *Parl. St.*, Kamer, 2012-2013, 53-2756/005, 64

¹¹⁰⁶ RvS nr. 68.609, 2 oktober 1997, BA-WA bvba

geval, ten minste: de doeleinden van de verwerking, de categorieën van verwerking, de categorieën persoonsgegevens, het toepassingsgebied van de ingevoerde beperkingen, de waarborgen ter voorkoming van misbruik of onrechtmatige toegang of onrechtmatig doorgeven, de specificatie van de verwerkingsverantwoordelijke of de categorieën van verwerkingsverantwoordelijken, de opslagperiodes en de toepasselijke waarborgen, rekening houdend met de aard, de omvang en de doeleinden van de verwerking of van de categorieën van verwerking, de risico's voor de rechten en vrijheden van de betrokkenen en het recht van de betrokkenen om van de beperking op de hoogte te worden gesteld, tenzij dit afbreuk kan doen aan het doel van de beperking. Hiermee rekening houdend komt de Belgische regeling tot schorsing van het inzage-recht op verschillende vlakken tekort. Niet alleen is het toepassingsgebied van de beperking onvoldoende duidelijk afgebakend zoals hierboven werd toegelicht. Rekening houdend met de opmerking in de memorie van toelichting dat de schorsing van het inzage-recht nooit kan slaan op de zogenaamde "basisgegevens" die beschikbaar zijn via het portaal myminfin.be, komt de Belgische regeling bovendien tekort waar de categorieën van persoonsgegevens waarop de inzagebeperking slaat, niet worden aangeduid in de wettelijke bepaling. Een belangrijke waarborg ter voorkoming van misbruik, met name de mogelijkheid om een vordering in rechte in te dienen tegen de beslissing tot weigering van de inzage, dit na afloop van de schorsing van de inzage, wordt bovendien niet opgenomen in de wettelijke bepaling die de schorsing regelt. Artikel 3, 7° van de Wet Verwerking Persoonsgegevens zal dus na de inwerkingtreding van de Verordening 2016/679 niet voldoen aan de vereisten van artikel 23.2 van de Verordening 2016/679.

III. Het recht op verbetering en vervollediging¹¹⁰⁷

365. De betrokkene heeft een recht op verbetering¹¹⁰⁸ van onvolledige of onjuiste gegevens (artikel 12.b van de Richtlijn 95/46 en artikel 12 § 1 eerste lid van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). D. DE BOT merkt op dat niet alle persoonsgegevens voor verbetering vatbaar zijn. Dit is met name het geval voor subjectieve beoordelingen¹¹⁰⁹. Daarmee samenhangend is er een recht op kennisgeving aan derden aan wie de gegevens zijn verstrekt, van elke verbetering, tenzij dat onmogelijk blijkt of onevenredig veel moeite kost (artikel 12.c van de Richtlijn 95/46). Deze laatste zinsnede lijkt er op te wijzen dat er geen verplichting wordt opgelegd aan de verwerkingsverantwoordelijke om alle derden aan wie persoonsgegevens zijn verstrekt, bij te houden¹¹¹⁰. De verwerkingsverantwoordelijke wordt ook naar Belgisch recht ontslagen van zijn verplichting om derden aan wie de gegevens zijn verstrekt, te verwittigen wanneer de kennisgeving onevenredig veel moeite kost of onmogelijk blijkt wat naar Belgisch recht met name het geval kan zijn wanneer de verwerkingsverantwoordelijke geen kennis meer heeft van de bestemmingen van de persoonsgegevens. In artikel 16 van de Verordening 2016/679 wordt dit recht op verbetering iets duidelijker omschreven als het recht om de verbetering te verkrijgen van de onjuiste persoonsgegevens enerzijds en anderzijds het recht om vervollediging te krijgen van persoonsgegevens die, met inachtneming van de doeleinden van de verwerking, onvolledig

¹¹⁰⁷ Hierna zal dit recht verder worden aangeduid als "het recht op verbetering"

¹¹⁰⁸ Zowel in de Richtlijn 95/46 als de Verordening 2016/679 het recht op rectificatie genoemd

¹¹⁰⁹ D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*. Brussel, Politeia 2015,

415

¹¹¹⁰ D. BAINBRIDGE, *EC Data protection directive*, London, Butterworths, 1996, 77

zijn, dit onder meer door een aanvullende verklaring te verstrekken. In een afzonderlijk artikel 19 van de Verordening 2016/679 is de verplichting opgenomen voor de verwerkingsverantwoordelijke om iedere ontvanger aan wie persoonsgegevens zijn verstrekt, in kennis te stellen van (o.m.) elke verbetering van persoonsgegevens, tenzij dit onmogelijk blijkt of onevenredig veel inspanning vergt. Nieuw is hierbij dat de verwerkingsverantwoordelijke de betrokkene informatie moet verstrekken over deze ontvangers indien de betrokkene hierom verzoekt.

366. Wat de vorm betreft van dit recht op verbetering wordt in de Richtlijn 95/46 geen richtsnoer gegeven. Artikel 12 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens schrijft voor dat de belanghebbende een gedagtekend en ondertekend verzoek moet indienen bij de verwerkingsverantwoordelijke en dat voor de verbetering geen kosten mogen worden aangerekend. De betrokkene dient binnen de maand te rekenen van het tijdstip van het verzoek tot verbetering, van de verwerkingsverantwoordelijke te vernemen welke verbeteringen van persoonsgegevens er ingevolge het verzoek zijn gedaan. Bovendien moet de verwerkingsverantwoordelijke onmiddellijk bij het ontvangen van het verzoek tot verbetering bij elke mededeling van een persoonsgegeven duidelijk aangeven dat het gegeven betwist is (artikel 15 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens)¹¹¹¹. Deze laatste verplichting blijft niet overeind na het van toepassing worden van de Verordening 2016/679. Terzake de wijze waarop het recht op verbetering moet worden ingediend en de wijze waarop er gevolg aan moet worden gegeven gelden enkel de algemene vereisten voor de communicatie met de betrokkene, opgenomen in artikel 12 van de Verordening 2016/679, (zie o.m. de vereiste van de beknopte, transparante, begrijpelijke en gemakkelijk toegankelijke communicatie, het principiële kosteloze karakter van de verbetering, onverwijld antwoord en in ieder geval binnen een maand).

IV. Het recht op weten

367. Wanneer persoonsgegevens zijn verwerkt op een wijze die niet overeenstemt met de Richtlijn 95/46 (waaronder omdat ze onjuist of onvolledig zijn), is er bovendien een recht om deze gegevens te laten wissen of afschermen¹¹¹² (artikel 12.b van de Richtlijn 95/46). Net als bij het recht op verbetering hangt met het recht op weten het recht samen op kennisgeving aan derden aan wie de gegevens zijn verstrekt, van het wissen van persoonsgegevens, tenzij dat onmogelijk blijkt of onevenredig veel moeite kost (artikel 12.c van de Richtlijn 95/46). In artikel 12 § 1 vijfde lid van de Wet Verwerking Persoonsgegevens wordt dit recht op weten verduidelijkt door aanduiding van de gevallen van strijdigheid met het persoonsgegevensbeschermingsrecht waarvoor het wissen van persoonsgegevens kan worden bekomen. De betrokkene kan met name vragen persoonsgegevens te wissen die gelet op het doel van de verwerking, onvolledig of niet ter zake dienend zijn, alsook ingeval de registratie, de mededeling of de bewaring van deze persoonsgegevens verboden is, of ten slotte in het geval persoonsgegevens worden bewaard na verloop van de toegestane duur. De betrokkene heeft, net als voor het recht op verbetering, het recht om binnen de maand te rekenen van het tijdstip van zijn verzoek te vernemen welke persoonsgegevens er als

¹¹¹¹ De schending van deze verplichting kan strafrechtelijk worden gesanctioneerd met geldboete van 100 EUR tot 20.000 EUR (artikel 38 Wet Verwerking Persoonsgegevens)

¹¹¹² Hierna verder aangeduid als het recht op wissen

gevolg van zijn verzoek zijn gewist. Net als voor het recht op verbetering, wordt de verwerkingsverantwoordelijke ook voor het recht op wissen naar Belgisch recht ontslagen van zijn verplichting om derden aan wie de gegevens zijn verstrekt, te verwittigen wanneer de kennisgeving onevenredig veel moeite kost of onmogelijk blijkt. Hiervoor geldt zoals gesteld naar Belgisch recht de verduidelijking dat dit met name het geval is wanneer de verwerkingsverantwoordelijke geen kennis meer heeft van de bestemmingen van de persoonsgegevens. De verwerkingsverantwoordelijke dient naar Belgisch recht wel, net zoals bij het recht op verbetering, bij elke mededeling van een persoonsgegeven na het ontvangen van het verzoek tot wissen, duidelijk aan te geven dat het gegeven betwist is (artikel 15 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens)¹¹¹³.

368. Het recht op wissen van gegevens werd in de Verordening 2016/679 grondig herschreven en wordt er ook aangeduid als het “recht op vergetelheid” (artikel 17 van de Verordening). Het recht op wissen kan bovendien niet langer worden ingeroepen in de context van dit onderzoek. Artikel 17.3.b van de Verordening 2016/679 maakt immers een voor dit onderzoek belangrijke uitzondering. Met name is dit recht op wissen niet van toepassing voor zover verwerking nodig is voor het nakomen van een in het Unierecht of het lidstatelijk recht neergelegde verwerkingsverplichting die op de verwerkingsverantwoordelijke rust, of voor het vervullen van een taak van algemeen belang of het uitoefenen van het openbaar gezag dat aan de verwerkingsverantwoordelijke is verleend. Vermits hierboven is gebleken dat dit de enige twee relevante toelaatbaarheidsgronden zijn voor de verwerking van persoonsgegevens door de fiscale administratie in het kader van dit onderzoek, kan het recht op wissen op grond van de Verordening 2016/679 niet worden ingeroepen in het kader van de inzameling van informatie door de fiscale administratie. Bijgevolg zal het bestaan van dit recht ook niet moeten worden meegedeeld in het kader van de verplichting tot informatieverstrekking van de verwerkingsverantwoordelijke om een transparante en behoorlijke verwerking te waarborgen, vanaf het ogenblik dat de Verordening 2016/679 van toepassing wordt.

V. Het recht op verzet

369. Artikel 14 a van de Richtlijn 95/46 schrijft voor dat de lidstaten aan de betrokkenen in bepaalde gevallen een recht van verzet moeten verlenen tegen de verwerking van zijn persoonsgegevens. Het gaat hier over een verzet gericht tegen een *welbepaalde* verwerking van persoonsgegevens en dus niet over een algemeen verzet tegen alle verwerkingen van de persoonsgegevens¹¹¹⁴. Dit recht moet *ten minste* worden toegekend in de gevallen waarbij de persoonsgegevens worden verwerkt op grond van de toelaatbaarheidsgrond van het algemeen belang of van het gerechtvaardigd belang. De betrokkene moet dan wel “zwaarwegende en gerechtvaardigde redenen” aanvoeren “die verband houden met zijn bijzondere situatie”. De Richtlijn 95/46 laat toe dat de lidstaten hierop wel uitzonderingen mogelijk maken. De Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens heeft dit recht van verzet uitgebreid tot alle toelaatbaarheidsgronden, met uitzondering van twee toelaatbaarheidsgronden, met name de uitvoering of voorbereiding van een contract of het

¹¹¹³ De schending van deze verplichting kan strafrechtelijk worden gesanctioneerd met geldboete van 100 EUR tot 20.000 EUR (artikel 38 Wet Verwerking Persoonsgegevens)

¹¹¹⁴ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 218-219, randnummer 293

naleven van een wettelijke verplichting (artikel 12 § 1 tweede lid van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). Naar Belgisch recht heeft de betrokkene dus het recht zich te verzetten tegen de verwerking door de fiscale administratie van zijn persoonsgegevens, wanneer de verwerking gebaseerd is, niet op de toelaatbaarheidsgrond van de wettelijke verplichting, maar wel op het openbaar belang als toelaatbaarheidsgrond. Hiertoe moeten dan wel “zwaarwegende en gerechtvaardigde redenen” worden aangevoerd “die verband houden met zijn bijzondere situatie”. Het is onduidelijk wat onder zwaarwegende en gerechtvaardigde redenen moet worden verstaan¹¹¹⁵. Het begrip “zwaarwegend” wijst er volgens DE BOT op dat er nadelige effecten zijn voor de betrokkene¹¹¹⁶. Het zwaarwegend karakter van de aangevoerde redenen zal moeten worden afgewogen tegen het specifieke algemene belang dat met de gegevensverwerking wordt nagestreefd. Het heffen van de inkomstenbelastingen zal in deze belangenafweging wellicht zwaar doorwegen, zodat de redenen door de betrokkene aangevoerd doorgaans als onvoldoende zwaarwegend zullen worden beschouwd, zodat het recht van verzet in de context van dit onderzoek wellicht eerder theoretisch is¹¹¹⁷.

370. In de Verordening 2016/679 werd dit recht van verzet (daar “recht van bezwaar” genoemd) enigszins herschreven (artikel 21 van de Verordening 2016/679). Er wordt verduidelijkt dat het recht van verzet *steeds* bestaat wanneer de verwerking gebaseerd is op de toelaatbaarheidsgronden van het algemeen of gerechtvaardigd belang. De Verordening 2016/679 verduidelijkt dat dit recht op verzet in het bijzonder bestaat wanneer er sprake is van *profiling* op grond van hetzij het algemeen belang, hetzij het gerechtvaardigd belang. Het aanwenden van persoonsgegevens voor profiling moet duidelijk worden onderscheiden van het aanwenden van persoonsgegevens met het oog op het in artikel 89, lid 1 van de Verordening 2016/679 bedoelde wetenschappelijk of historisch onderzoek of statistische doeleinden. Ook in dat geval bestaat het principiële recht zich te verzetten tegen deze verwerking, zij het dat dit recht vervalt wanneer deze verwerking voor onderzoeksdoeleinden *noodzakelijk* is voor de uitvoering van een taak van algemeen belang (artikel 21.6 van de Verordening 2016/679). De betrokkene moet in elk van deze gevallen gronden kunnen aanvoeren die verband houden met zijn specifieke situatie, maar de Verordening 2016/679 vereist niet langer dat deze redenen “zwaarwegend en gerechtvaardigd” moeten zijn. Aangenomen dat niet-gerechtvaardigde redenen nooit een reden van verzet zullen kunnen vormen, bestaat de wijziging erin dat de betrokkene niet langer moet aantonen dat de aangevoerde redenen “zwaarwegend” zijn. Daartegenover staat dat de verwerkingsverantwoordelijke het verzet naast zich neer kan leggen wanneer hij “dwingende gerechtvaardigde gronden” aanvoert die “zwaarder wegen dan de belangen, rechten en vrijheden van de betrokkene of die verband houden met de instelling,

¹¹¹⁵ D. BAINBRIDGE, *EC Data protection directive*, London, Butterworths, 1996, 66

¹¹¹⁶ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 214, randnummer 285; Een voorbeeld is het geval waarbij de betrokken zich om zwaarwegende belangen kan verzetten tegen de verwerking van diens persoonsgegevens in het RSR-bestand van Datassur (zijnde het “Risque Spéciale – Speciale Risico’s”-bestand dat wordt beheerd door het economisch samenwerkingsverband Datassur waarbij verzekeringsmaatschappijen elkaar speciale risico’s inzake verzekeringen signaleren) wanneer hij een opeenvolging van schadegevallen heeft gehad waarvoor hij niet aansprakelijk is (Advies Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer 21/2000 van 28 juni 2000)

¹¹¹⁷ DE BOT stipt aan dat er weinig gevallen bekend zijn waarin een betrokkene zich verzet heeft tegen een verwerking met het algemeen belang als rechtsgrond: D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*. Brussel, Politeia 2015, 393.

uitoefening of onderbouwing van een rechtsvordering”. Na de inwerkingtreding van de Verordening 2016/679 zal de betrokkene zich dus nog steeds kunnen verzetten tegen de verwerking van de persoonsgegevens door de fiscale administratie die gegrond zijn op het algemeen belang (en niet op grond van een wettelijke opdracht). De betrokkene zal zich niet kunnen verzetten tegen de aanwending van zijn persoonsgegevens voor onderzoekdoeleinden (waaronder datamining) vermits de fiscale administratie zal kunnen aanvoeren dat deze verwerking voor onderzoekdoeleinden *noodzakelijk* is voor de uitvoering van een taak van algemeen belang (artikel 21.6 van de Verordening 2016/679). Het verzet tegen de verwerking van persoonsgegevens gegrond op het algemeen belang kan gebeuren op grond van redenen die verband houden met de specifieke situatie van de betrokkene. De fiscale administratie kan dit verzet negeren indien zij dwingende gerechtvaardigde gronden kan aanvoeren die zwaarder wegens dan de belangen, rechten en vrijheden van de betrokkene. Ook hier zal de heffing van de inkomstenbelastingen in deze belangenafweging wellicht zwaar doorwegen, zodat een verzet tegen de verwerking van persoonsgegevens in het kader van dit onderzoek ook onder de Verordening 2016/679, eerder theoretisch lijkt.

371. Omwille van het eerder theoretisch karakter van het recht van verzet van de betrokkene in de context van dit onderzoek, is de vraag of het bestaan van dit recht moet worden meegedeeld aan de betrokkene, niet eenvoudig te beantwoorden. Evenwel komt het voor dat dit recht, gelet op de afwezigheid van een uitdrukkelijke wettelijke uitsluiting, toch aan de betrokkene moet worden gemeld, in het geval de rechtsgrond voor de verwerking door de fiscale administratie het algemeen belang is.

VI. Het recht op de beperking van de verwerking

372. Een recht dat onder de Richtlijn 95/46 niet bestond, maar door de Verordening 2016/679 werd ingevoerd, is het recht de beperking van de verwerking te verkrijgen (artikel 18 van de Verordening 2016/679). Het is in wezen een soort accessoir recht aan al bestaande rechten zoals het recht op verbetering en het recht op verzet. Het recht bestaat erin om van de verwerkingsverantwoordelijke te verkrijgen dat de verwerking van bepaalde persoonsgegevens wordt beperkt in afwachting van bijvoorbeeld het verbeteren of wissen van persoonsgegevens. In de context van dit onderzoek is dit recht vooral relevant om beperking van de verwerking van de fiscale administratie te verkrijgen indien de juistheid van de persoonsgegevens wordt betwist door de betrokkene, en dit gedurende een periode die de verwerkingsverantwoordelijke (in casu de fiscale administratie) in staat stelt de juistheid van de persoonsgegevens te controleren (artikel 18.1.a van de Verordening 2016/679)¹¹¹⁸.

¹¹¹⁸ De overige redenen om de beperking van de verwerking te verkrijgen lijken in het kader van dit onderzoek nagenoeg geen relevantie te hebben. Het gaat over (1) de situatie waarin de verwerkingsverantwoordelijke de persoonsgegevens niet meer nodig heeft voor de verwerkingsdoeleinden, maar de betrokkene heeft deze nodig voor de instelling, uitoefening of onderbouwing van een rechtsvordering (artikel 18.1.c van de Verordening 2016/679), (2) de situatie waarin de betrokkene verzet heeft aangetekend tegen de verwerking op grond van artikel 21 lid 1. In afwachting van de antwoord op de vraag of de gerechtvaardigde gronden van de verwerkingsverantwoordelijke zwaarder wegen dan die van de betrokkene, kan de betrokkene een beperking van de verwerking van de persoonsgegevens vragen (artikel 18.1.d van de Verordening 2016/679). Een laatste reden om de beperking van de verwerking te vragen is in het kader van dit onderzoek irrelevant. Het betreft de mogelijkheid om, wanneer de verwerking onrechtmatig is gebeurd en er een recht op wissen is (quod non voor

373. De beperking van de verwerking bestaat erin dat de betrokken persoonsgegevens nog wel mogen worden opgeslagen, maar dat voor een andere vorm van verwerking er hetzij een toestemming nodig is van de betrokkene, hetzij de verwerking gebeurt voor de instelling, uitoefening of onderbouwing van een rechtsvordering, voor de bescherming van de rechten van een andere natuurlijke persoon of rechtspersoon of voor gewichtige redenen van algemeen belang voor de Unie of voor een lidstaat (artikel 18.2 van de Verordening 2016/679). Vooral deze laatste mogelijkheid om de persoonsgegevens alsnog onbeperkt verder te verwerken is in het kader van dit onderzoek van belang. Zo bijvoorbeeld kan worden gedacht aan de situatie waarin de aanslagtermijnen dreigen te verstrijken. In dat geval lijkt het mogelijk dat de fiscale administratie het verzoek tot beperking van de verwerking naast zich neerlegt.

374. Wanneer de beperking van de verwerking wordt opgeheven, moet de betrokkene hiervan op de hoogte worden gebracht (artikel 18.3 van de Verordening 2016/679). De verwerkingsverantwoordelijke stelt iedere ontvanger aan wie persoonsgegevens zijn verstrekt, in kennis van elke beperking van de verwerking, tenzij dit onmogelijk blijkt of onevenredig veel inspanning vergt. De verwerkingsverantwoordelijke verstrekt de betrokkene informatie over deze ontvangers indien de betrokkene hierom verzoekt (artikel 19 van de Verordening 2016/679).

VII. Het recht op overdraagbaarheid van de persoonsgegevens

375. Dit recht dat werd ingevoerd door de Verordening 2016/679 (artikel 20 van de Verordening 2016/679) kan niet worden ingeroepen ten aanzien van persoonsgegevens die door de fiscale administratie zijn ingezameld, aangezien dit recht op grond van artikel 20.1.a van de Verordening 2016/679 enkel geldt voor verwerkingen van persoonsgegevens die de toestemming of een overeenkomst tot toelaatbaarheidsgrond hebben. Deze toelaatbaarheidsgronden zijn in het kader van dit onderzoek niet aan de orde.

§ 6 Het transparantiebeginsel geconcretiseerd door het openbaar register

376. Naast de bovenstaande rechten van de betrokkene wordt de transparantie van de verwerkingen van persoonsgegevens door de Richtlijn 95/46 ook beoogd doordat bepaalde verwerkingen verplicht *vooraf* moeten worden aangemeld bij de toezichthoudende overheid, die deze aangemelde verwerkingen moet opnemen in een publiek register (artikel 18 en volgende van de Richtlijn 95/46; artikel 17 en volgende van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). De bedoeling van dit register bestaat erin niet alleen controle toe te laten voor de betrokkenen, maar tevens voor het ruimere publiek, via bijvoorbeeld de pers, alsook door de toezichthoudende overheid¹¹¹⁹. De Richtlijn 95/46 laat op grond van de algemene uitzonderingsbepaling van artikel 13 toe dat een lidstaat een uitzondering maakt

verwerking in het kader van dit onderzoek onder de Verordening 2016/679), in plaats van het wissen de beperking van het verwerking te vragen (artikel 18.1.b van de Verordening 2016/679).

¹¹¹⁹ De verplichting tot aanmelding zelf zou moeten bijdragen tot de bewustwording van de verwerkingsverantwoordelijke omtrent het respecteren van de persoonsgegevensbeschermingsprincipes (zie Article 29 Working Party report on the obligation of notify the national supervisory authorities, the best use of exceptions and simplification and the role of the data protection officer in the European Union van 18 januari 2005 (WP106/05), 6)

op het openbaar maken van de informatie die aan de toezichthoudende overheid moet worden kenbaar gemaakt. De lidstaat kan dit doen via wettelijke maatregelen en in de mate dat deze uitzondering noodzakelijk is ter vrijwaring van (in casu) het fiscaal belang van de lidstaat. België heeft van deze bevoegdheid geen gebruik gemaakt voor wat betreft de openbaarmaking van de aangemelde informatie.

377. De aan te melden verwerkingen zijn in principe alle volledig of gedeeltelijke geautomatiseerde verwerkingen (artikel 18.1 van de Richtlijn 95/46, artikel 17 § 1 lid 1 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens¹¹²⁰). De Richtlijn 95/46 biedt wel de mogelijkheid om voor bepaalde verwerkingen toe te laten dat er ofwel een vereenvoudigde aanmelding gebeurt of dat er een vrijstelling van aanmelding is (artikel 18.2 van de Richtlijn 95/46). Dit is met name het geval voor verwerkingen waarvoor een inbreuk op de rechten en vrijheden van de betrokkenen als onwaarschijnlijk wordt beschouwd. In dat geval moet de lidstaat de informatie vastleggen die anders in het kader van een aanmeldingsplicht zou moeten worden gegeven¹¹²¹. Er moet geen aangifte worden gedaan van elke afzonderlijke geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens indien deze deel uitmaakt van een geheel van verwerkingen met eenzelfde doel of verscheidende samenhangende doeleinden. Het zeer uitgebreide toepassingsgebied van de aanmeldingsplichtige verwerkingen moet in principe leiden tot een (steeds toenemende) stortvloed aan aanmeldingen, waarin elk overzicht verloren gaat waardoor ook de controlefunctie verdwijnt¹¹²². Ook in België was dit vrij stel duidelijk geworden. Al voor de omzetting van de Richtlijn 95/46 bestond in België een aanmeldingsplicht, maar vrij snel werd een grote groep van verwerkingen, geschat op 80 % van de te melden verwerkingen¹¹²³, die als minder risicovol werden beschouwd, vrijgesteld van de aanmeldingsplicht. België heeft in het Uitvoeringsbesluit van 13 februari 2001 een hele reeks uitzonderingen op deze aanmeldingsplicht toegelaten (de artikelen 61 tot en met 62 van het Uitvoeringsbesluit)¹¹²⁴, waaronder betreffende personeelsbeheer, loonbeheer, boekhouding en dergelijke meer.

¹¹²⁰ Op grond van artikel 18.3 van de Richtlijn 95/46 en artikel 17 § 1 lid 2 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens is deze verplichting niet van toepassing op verwerkingen die alleen tot doel hebben een register bij te houden dat door of krachtens een wettelijke bepaling bedoeld is om het publiek voor te lichten en door eenieder dan wel door ieder persoon die zich op een gerechtvaardigd belang kan beroepen, kan worden geraadpleegd. Dit is in het kader van dit onderzoek evenwel niet van toepassing. De Belgische wet laat verder toe dat de Commissie tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer het toepassingsgebied uitbreidt tot niet-geautomatiseerde verwerkingen van persoonsgegevens die bijzondere risico's inhouden voor de rechten van de betrokkenen (artikel 19 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens)

¹¹²¹ met name de doeleinden van de verwerking, de verwerkte gegevens of categorieën verwerkte gegevens, de categorie(ën) betrokkenen, de ontvangers of categorieën ontvangers aan wie de gegevens worden verstrekt, en de periode gedurende dewelke de gegevens worden bewaard

¹¹²² Zie hierover E. DEGRAVE, "Transparence administrative et traitement de données à caractère personnel", *RDTI* 2013, nr. 53, p. 62-63 waarin E. DEGRAVE stelt dat de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer geen controle kan uitoefenen op de rechtmatigheid van de aangegeven verwerkingen wegens de overvloed van de aangiftes, waardoor enkel op deze onrechtmatigheden wordt gereageerd die ter kennis zijn gebracht van de Commissie voor de Bescherming van de persoonlijke levenssfeer door een klacht of door een persbericht.

¹¹²³ Working Document XV/5027/97 over "notification" van 15 december 1997 inzake de omzetting van de notificationverplichtingen in het nationaal recht van de lidstaten, 4

¹¹²⁴ De vrijstelling van de aanmeldingsplicht die zijn opgenomen in het Uitvoeringsbesluit van 13 februari 2001, zijn overgenomen uit het K.B. nr. 13 van 12 maart 1996 (zie verslag aan de Koning bij het Uitvoeringsbesluit)

378. Een specifieke vrijstelling voor de verwerking van persoonsgegevens in het kader van vestiging van belastingen bestaat niet in België¹¹²⁵. In het kader van dit onderzoek rijst de vraag of de fiscale administratie een beroep kan doen op de uitzondering van artikel 61 van het Uitvoeringsbesluit dat met name voorschrijft dat de aanmeldingsplicht niet van toepassing is op verwerkingen van persoonsgegevens verricht door administratieve overheden indien de verwerking is onderworpen aan specifieke door of krachtens de wet uitgevaardigde regelgevingen waarin de *raadpleging, het gebruik en de verkrijging* van de verwerkte gegevens worden geregeld. Zoals de Raad van State ter gelegenheid van de totstandkoming van dit Uitvoeringsbesluit al opmerkte wordt daarmee niet de informatie vastgelegd zoals de Richtlijn 95/46 dit vereist als voorwaarde om een vrijstelling mogelijk te maken¹¹²⁶ (nl.: de doeleinden van de verwerking, de verwerkte gegevens of categorieën verwerkte gegevens, de categorie(ën) betrokkenen, de ontvangers of categorieën ontvangers aan wie de gegevens worden verstrekt, en de periode gedurende welke de gegevens worden bewaard). De Koning oordeelde evenwel dat deze opmerking van de Raad van State praktisch onuitvoerbaar is omdat het uitvoeringsbesluit geen rekening kan houden met alle, desnoods toekomstige wetten waarin geautomatiseerde verwerkingen door de administratieve overheid mogelijk worden gemaakt¹¹²⁷. De Koning was met andere woorden van oordeel dat bepaalde informatie over deze geautomatiseerde verwerkingen door de administratieve overheid ook in de regelgeving die deze geautomatiseerde verwerking mogelijk maakt, kan worden bepaald. Praktisch gesproken blijken heel wat regelgevingen die geautomatiseerde verwerkingen door de administratieve overheid mogelijk maken, onvoldoende duidelijk te zijn over alle informatie die in het kader van een aanmelding bij de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer zou moeten worden verstrekt, vooral wanneer de geautomatiseerde gegevensverwerking gebaseerd is op oudere wetten waarin door de wetgever nog geen rekening is gehouden met de beginselen van het persoonsgegevensbeschermingsrecht¹¹²⁸. Dit is ook het geval voor de geautomatiseerde gegevensverwerkingen door de fiscale administratie. Hoewel verschillende wettelijke bepalingen deze geautomatiseerde verwerkingen mogelijk maken (zie hierover hoofdstuk 3), kan niet in algemene zin worden gesteld dat de wetgever hierbij telkens duidelijk de informatie heeft vastgesteld die in het kader van een aanmelding bij de toezichthoudende overheid zou moeten worden meegedeeld, zoals de aanduiding van de categorieën persoonsgegevens, de categorieën ontvangers, of de bewaartermijn. De geautomatiseerde verwerkingen van persoonsgegevens door de fiscale administratie voor eenzelfde of samenhangende finaliteiten, dienen in dat geval te worden aangemeld. De schending van de meldingsverplichting is strafrechtelijke sanctioneerbaar¹¹²⁹.

379. Uit het openbaar register van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, raadpleegbaar voor het publiek via de website van de Commissie, blijkt dat de FOD Financiën een aantal aanmeldingen heeft gedaan¹¹³⁰. Behalve een aantal aanmeldingen

¹¹²⁵ Dit lijkt nochtans wel het geval te zijn in vele Europese landen: zie Article 29 Working Party report on the obligation of notify the national supervisory authorities, the best use of exceptions and simplification and the role of the data protection officer in the European Union van 18 januari 2005 (WP106/05), 8

¹¹²⁶ RvS. advies 30.495/2 van 8 november 2000, blz. 52

¹¹²⁷ Verslag aan de Koning bij het Uitvoeringsbesluit

¹¹²⁸ E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et controle*, Brussel, Larcier, 2014, 438

¹¹²⁹ Artikel 39, 7° en 8° van de Wet Verwerking Persoonsgegevens (een boete van 100 tot 100.000 EUR kan worden opgelegd)

¹¹³⁰ www.privacycommission.be, geraadpleegd op 11 augustus 2016

die niet relevant zijn voor dit onderzoek¹¹³¹, werd er een wel zeer algemene aanmelding gedaan van verwerkingen van persoonsgegevens in het kader van “de vestiging, controle en invordering van belastingen (personenbelasting, btw, registratierechten en successierechten)”¹¹³². Bij de categorieën van de persoonsgegevens worden zowat alle denkbare persoonsgegevens vermeld, met name: identificatiegegevens (naam, adres, tel,...), elektronische identificatiegegevens (IP-adressen, cookies, ...), financiële bijzonderheden, persoonlijke kenmerken (leeftijd, geslacht, burgerlijke staat, ...), samenstelling van het gezin, lidmaatschappen, woningkenmerken, opleiding en vorming, beroep en betrekking, bevestiging van handicap, rijksregisternummer/identificatienummer van de sociale zekerheid, verdenkingen en beschuldigingen, veroordelingen en straffen, gerechtelijke maatregelen, administratieve sancties. De verwerking van al deze categorieën van persoonsgegevens kan niet voor alle vermelde belastingen als rechtmatig worden beschouwd. Daar waar de bevestiging van een handicap relevant en proportioneel kan zijn bij de vestiging van de inkomstenbelastingen, is dit wellicht niet het geval voor de invordering van de btw, bijvoorbeeld. De finaliteit waarvoor de verwerkingen worden aangemeld is dan ook te ruim gekozen om enige relevante controle op de geautomatiseerde verwerkingen van de persoonsgegevens toe te laten. Wat betreft de aanduiding van de wettelijke basis voor de aangemelde verwerkingen wordt verwezen naar enerzijds het Koninklijk besluit van 27 september 1984 waarbij aan sommige overheden van het Ministerie van Financiën toegang wordt verleend tot het Rijksregister van de natuurlijke personen en anderzijds naar het Koninklijk besluit van 25 april 1986 waarbij sommige overheden van het Ministerie van Financiën gemachtigd worden om het identificatienummer van het Rijksregister van de natuurlijke personen te gebruiken. Nochtans kunnen persoonsgegevens zoals bijvoorbeeld lidmaatschap, woningkenmerken en cookies, die niet raadpleegbaar zijn in het Rijksregister, niet worden verwerkt op basis van de vermelde wetten. Ook de categorieën van ontvangers en de vermelding van de persoonsgegevens die aan deze ontvangers kunnen worden meegedeeld zijn zo ruim dat elke controle over de conformiteit van de regels van het persoonsgegevensbeschermingsrecht onmogelijk wordt. Ook hier wordt zowat elke denkbare ontvanger opgesomd, gaande van de “persoonlijke relaties van de geregistreerde persoon”, tot de “werkgevers of zakenrelaties van de geregistreerde persoon”, “andere diensten of nevenondernemingen van de verantwoordelijke”, “privéondernemingen”, “overheidsdiensten”, “gerecht en politie”, “sociale zekerheidsinstanties”, “banken en verzekeringsmaatschappijen” en “anderen in hoofde van de wettelijke verplichtingen inzake openbaarheid en uitwisseling van informatie”. Bij de bewaartermijn wordt voor elk van de categorieën van persoonsgegevens vermeld dat de voorziene bewaartermijn “onbeperkt” is, wat ongetwijfeld in strijd is met het persoonsgegevensbeschermingsrecht dat uitgaat van een beperkte bewaartermijn, niet langer dan noodzakelijk. De onbeperkte bewaartermijn wordt in de aangifte wel gemotiveerd, zoals hierboven al toegelicht in het kader van de verplichte mededeling van de bewaartermijn op grond van de Verordening 2016/679. Uit deze motivering blijkt dat de fiscale administratie een onderscheid maakt tussen de persoonsgegevens die betrekking hebben op een welbepaalde belasting en deze die er geen betrekking op hebben. De persoonsgegevens die betrekking hebben op een welbepaalde

¹¹³¹ zoals de aanmelding van de inschrijvingen op naam van Belgische staatseffecten door de Dienst van de Grootboeken van de Algemene Administratie van de Thesaurie en de aanmelding bewakingscamera's in besloten plaatsen

¹¹³² Deze aanmelding werd gepubliceerd sinds 17 maart 2006.

belasting worden bewaard tot de integrale uitdoving van de fiscale schuld (hoofdsom, interesten en kosten) alsook van elk administratief of gerechtelijke rechtsmiddel dat op deze fiscale schuld betrekking heeft. Daarnaast, zo wordt in de toelichting gesteld, is de verwerkingsverantwoordelijke gehouden aan de wetgeving betreffende de archieven van de overheid. Tot slot valt op dat de FOD Financiën geen aanmelding doet voor de verwerking van persoonsgegevens in het kader van de vestiging, controle of invordering van vennootschapsbelasting, belasting van de niet-inwoners/natuurlijke personen, belasting van de niet-inwoners/rechtspersonen en rechtspersonenbelasting, hoewel, zoals hiervoor werd aangetoond ook in het kader van deze belastingen heel wat persoonsgegevens zullen worden verwerkt.

380. In de Verordening 2016/679 is de aanmeldingsverplichting, die overigens vaak niet wordt nageleefd in België¹¹³³, weggefallen omdat deze leidde tot administratieve en financiële lasten, maar bovendien niet steeds heeft bijgedragen tot betere bescherming van de persoonsgegevens¹¹³⁴. De aanmeldplicht heeft plaats gemaakt voor een verplichting voor elke verwerkingsverantwoordelijke om een register van verwerkingsactiviteiten bij te houden, waarin bepaalde informatie moet worden opgenomen, gelijkaardig aan de informatie die onder de Richtlijn 95/46 aan de toezichthoudende overheid moest worden meegedeeld en door deze laatste moest worden publiek gemaakt (artikel 30 van de Verordening 2016/679)¹¹³⁵. Dit register moet desgevraagd ter beschikking worden gehouden voor de toezichthoudende overheid¹¹³⁶ (artikel 30.4 van de Verordening 2016/679).

§ 7 Conclusie

381. Uit de bespreking hierboven blijkt dat de informatie die door de fiscale administratie wordt ingezameld met het oog op het vestigen van de inkomstenbelastingen in grote mate bestaat uit persoonsgegevens¹¹³⁷, zeker wanneer de informatie wordt ingezameld met het oog op het vestigen van de personenbelasting of de belasting van de niet-inwoners/natuurlijke personen. Ten laatste wanneer de informatie wordt gekoppeld aan het

¹¹³³ Zie voorstel van wet van 26 mei 2011 tot wijziging van de wet van 8 december 1992, *Parl. St. Kamer*, zitting 2010-2011, nr. 53-1509/001, 5 waarin de niet-naleving van deze bepaling wordt erkend; Ook door de Working Party 29 werd vrij snel suggesties gedaan om deze verplichting te vereenvoudigen en om vrijstellingen te verlenen (Working Document XV/5027/97 over “notification” van 15 december 1997 inzake de omzetting van de notificationverplichtingen in het nationaal recht van de lidstaten, 5; Article 29 Working Party report on the obligation of notify the national supervisory authorities, the use of exceptions and simplification and the role of the data protection officer in the European Union van 18 januari 2005 (WP106/05), waarin de mogelijkheid om vrijstellingen voor te schrijven zelfs wordt aangemoedigd (p. 22)

¹¹³⁴ Overweging 89 van de Verordening 2016/679

¹¹³⁵ KMO's zijn in principe vrijgesteld van deze verplichtingen, behoudens in uitzonderlijke gevallen (artikel 30.5 van de Verordening 2016/679)

¹¹³⁶ Merk op dat onder de Richtlijn 95/46 ook reeds de mogelijkheid bestond voor de lidstaten om bepaalde verwerkingen vrij te stellen van de aanmeldingsplicht in de mate dat de verwerkingen gebeuren onder toezicht van een functionaris voor de gegevensbescherming die door de verwerkingsverantwoordelijke is aangewezen en die op onafhankelijke wijze toezicht uitoefent op de toepassing van het persoonsgegevensbeschermingsrecht binnen de organisatie van de verwerkingsverantwoordelijke die hem heeft aangewezen. In dat geval moet deze functionaris zelf een register bijhouden met welbepaalde informatie over de verwerkingen van de verwerkingsverantwoordelijke. Ook dit register moest ter beschikking worden gehouden van de toezichthoudende overheid.

¹¹³⁷ Zie ook Wetsontwerp van 6 juli 2012 houdende bepalingen betreffende de verwerking van persoonsgegevens door de FOD Financiën in het kader van zijn opdrachten, inbegrepen het advies van de Raad van State, doc 53/2343/001 waarin de wetgever erkent dat de verwerkingen die de FOD Financiën doet in het kader van zijn opdracht, grotendeels verwerkingen betreft van persoonsgegevens in de zin van de Wet Verwerking persoonsgegevens

dossier van een natuurlijke persoon, is er sprake van identificatie van deze informatie. De fiscale administratie zal nog niet-geïdentificeerde informatie overigens eenvoudig kunnen identificeren door gebruik te maken van haar onderzoeksbevoegdheden. Van belang is ook de vaststelling dat de vermenging van persoonsgegevens met andere gegevens ervoor zorgt dat de fiscale administratie gehouden zal zijn de principes van het persoonsgegevensbeschermingsrecht op al deze gemengde verwerkingen toe te passen, en dus ook in het kader van de heffing van de rechtspersonenbelasting, de vennootschapsbelasting en de belasting van de niet-inwoners/rechtspersonen, vermits hierbij ook persoonsgegevens worden ingezameld. De inzameling van persoonsgegevens die het voorwerp uitmaakt van dit onderzoek moet *steeds* als een verwerking worden beschouwd in de zin van het persoonsgegevensbeschermingsrecht. Ook het doorgeven van persoonsgegevens door een derde of een andere overheid aan de fiscale administratie moet in hoofde van deze derde of deze andere overheid als een verwerking worden aanzien in de zin van het persoonsgegevensbeschermingsrecht. De FOD Financiën is de in het kader van dit onderzoek relevante verwerkingsverantwoordelijken op wie de verplichting rust om de basisbeginselen betreffende het persoonsgegevensbeschermingsrecht na te leven.

382. De fiscale administratie kan slechts persoonsgegevens verwerken indien een toelaatbaarheidsgrond aanwezig is. In de meeste gevallen zal het verwerken van persoonsgegevens noodzakelijk zijn om uitvoering te geven aan een wettelijke opdracht, waardoor deze verwerking toelaatbaar is. De rechtsgrond voor de verwerking van de persoonsgegevens moet dan wel duidelijk de aard en het voorwerp van de verwerking die wordt vereist, aangeven. Indien er geen wettelijke opdracht is in het kader waarvan de verwerking noodzakelijk is, kan een alternatieve toelaatbaarheidsgrond worden gevonden in het “algemeen belang”. De verwerking moet dan evenwel ook noodzakelijk zijn om aan het beoogde doel van algemeen belang tegemoet te komen.

De verwerking van gevoelige en medische gegevens is in principe verboden voor de fiscale administratie. De voorwaarden waaronder de verwerking van deze gegevens eventueel toch mogelijk is, zijn zeer strikt, waardoor de mogelijkheden voor de fiscale administratie om toch gevoelige en medische gegevens te verwerken wel erg eng zijn (wellicht alleen de intentioneel publiek gemaakte gevoelige gegevens). Nochtans kan de wet uitzonderingen op dit verwerkingsverbod toestaan wanneer deze kaderen in een zwaarwegend algemeen belang en mits passende waarborgen worden geboden. Dit zal per verwerking moeten worden nagezien. Wat betreft medische gegevens geldt naar Belgisch recht in ieder geval de voorwaarde dat de verwerking van deze gegevens onder de verantwoordelijkheid van een beroepsbeoefenaar moet gebeuren. Ook wanneer de Verordening 2016/679 van toepassing wordt kan de wet uitzonderingen toelaten. Het is de lidstaten daarbij toegestaan bijkomende voorwaarden, waaronder beperkingen, te handhaven of in te voeren. In het kader van de ruimere invulling die door de Verordening 2016/679 wordt gegeven aan het begrip “gezondheidsgegevens” is een wettelijke uitzondering mits deze gepaard gaat met passende waarborgen, wellicht aangewezen. Gerechtigheidsgegevens kunnen dan weer wel door de fiscale administratie worden verwerkt.

Ook het nemen van individuele besluiten op basis van geautomatiseerde verwerkingen is principieel verboden, tenzij wanneer er een substantiële menselijke tussenkomst is bij het

nemen van dit besluit. De wet kan evenwel een uitzondering maken op dit principe, in de context van het fiscaal onderzoek. Artikel 5 van de wet van 3 augustus 2012 kan evenwel niet als een wettelijke grondslag worden aanzien voor het nemen van dergelijke individuele besluiten. Deze bepaling, waarbij een datawarehouse wordt opgericht, vormt enkel een wettelijke grondslag voor het dataminen van de gegevens die aan het datawarehouse worden toegevoegd, en ook desgevallend voor het opmaken van risicoprofielen. Deze risicoprofielen worden ook aan individuele personen gekoppeld, wat op zich niet verboden is, zo lang het ganse verwerkingsproces aan de basisbeginselen van een kwaliteitsvolle verwerking voldoet. Enige duidelijkheid over de vereiste menselijke tussenkomst alvorens de beslissingen worden genomen om een controle uit te voeren bij bepaalde belastingplichtigen, ontbreekt evenwel.

383. Toegelaten verwerkingen van persoonsgegevens moeten aan een aantal kwaliteitsvereisten voldoen. Het respecteren van het finaliteitsbeginsel is de belangrijkste vereiste. Dit beginsel vormt de hoeksteen van het persoonsgegevensbeschermingsrecht, vermits andere vereisten (zoals proportionaliteit) in functie van de finaliteit van de verwerking moeten worden beoordeeld. De finaliteit van de verwerking moet voldoende duidelijk bepaald zijn. De aanduiding in de wet van 3 augustus 2012 dat de verwerking van persoonsgegevens door de FOD Financiën kadert in de naleving van de wettelijke opdrachten is duidelijk onvoldoende. Er zal *per verwerking* moeten worden nagegaan of de finaliteit voldoende duidelijk werd bepaald. Ook bij het verder verwerken van persoonsgegevens (in hoofdzaak het doorgeven ervan) moet de finaliteit van de inzameling gerespecteerd worden. In het kader van dit onderzoek is dit vooral van belang bij het doorgeven van persoonsgegevens door derden of andere overheden aan de fiscale administratie. Indien het doeleinde van de verdere verwerking (hier steeds: het heffen van inkomstenbelastingen) onverenigbaar is met het oorspronkelijk doel, dan is de verdere verwerking in principe onrechtmatig. Een wet kan evenwel een uitzondering maken op dit onrechtmatig verder verwerken van persoonsgegevens in de mate dat de onverenigbare verdere verwerking noodzakelijk is voor (in casu) de fiscale belangen van de staat. Deze principes over het onverenigbare verdere gebruik gelden ook voor het aanwenden (en met name het verder verwerken) van persoonsgegevens voor onderzoekdoeleinden, tenzij er waarborgen zijn dat elke impact voor de betrokkene vermeden wordt (door bijvoorbeeld anonimisering of codering van de persoonsgegevens). De Verordening 2016/679 verwacht overigens bij elk onderzoek (niet alleen onderzoek dat als een verdere verwerking moet worden beschouwd) dat dergelijke waarborgen aanwezig zijn. Bij het fiscaal dataminen en profileren van persoonsgegevens op grond van artikel 5 van de wet van 3 augustus 2012 wordt er weliswaar gewerkt met gecodeerde gegevens, maar in het kader van de gerichte fiscale controle is deze codering meestal slechts tijdelijk en kan een impact voor de betrokkene niet worden vermeden. In de mate dat dit fiscaal dataminen of profileren is gebeurd op basis van persoonsgegevens die voor doeleinden zijn ingezameld die principieel onverenigbaar zijn met de doeleinden van het (gerichte) fiscaal onderzoek (wat bijvoorbeeld het geval zou zijn met het aanwenden van de gegevens van energieleveranciers) moet er een wettelijke bepaling zijn om dit dataminen en/of profileren te ondersteunen. De wet van 3 augustus 2012 mist duidelijkheid om als een voorzienbare wet te worden beschouwd die als basis kan dienen voor het hergebruiken van persoonsgegevens voor doeleinden van dataminering en profilering, in de mate dat de persoonsgegevens zijn ingezameld voor

doeleinden die onverenigbaar zijn met de doeleinden van de fiscale datamining en/of profilering.

Een tweede belangrijke kwaliteitsvereiste is de vereiste dat elke verwerking van persoonsgegevens proportioneel moet zijn aan de beoogde finaliteit. Dit houdt in dat de door de fiscale administratie verwerkte persoonsgegevens toereikend moeten zijn om het beoogde doel te bereiken, maar ook relevant voor dit doel. Daarnaast mogen de door de fiscale administratie verwerkte gegevens niet overmatig zijn, wat inhoudt dat moet worden getracht om het beoogde doel te bereiken met zo weinig mogelijk privacygevoelige gegevens, maar ook met zo min mogelijk persoonsgegevens. De Verordening 2016/679 bevestigt uitdrukkelijk het principe van de dataminimalisatie. Bij de invulling van deze proportionaliteitsvereiste kan de rechtspraak van het EHRM inzake artikel 8 lid 2 EVRM een nuttige leidraad vormen.

Een derde belangrijke kwaliteitsvereiste is ten slotte de vereiste van de transparantie. Teneinde de transparante verwerking van persoonsgegevens te waarborgen worden in het persoonsgegevensbeschermingsrecht een aantal rechten toegekend aan de betrokkene.

Een eerste belangrijk recht vormt het recht op informatie die de verwerkingsverantwoordelijke spontaan moet verstrekken, zeker wanneer de persoonsgegevens bij de betrokkene worden ingezameld. Ook de fiscale administratie dient heel wat informatie te verstrekken, waarvan de finaliteit van de verwerking tot de belangrijkste informatie behoort. Indien de finaliteit wijzigt, dan dient de betrokkene hiervan op de hoogte te worden gebracht. Het Hof van Justitie lijkt te aanvaarden dat minstens een deel van de informatie ook kan worden verstrekt via een duidelijke wettelijke bepaling, al is deze zienswijze geenszins evident nu de verwerkingsverantwoordelijke nooit aan zijn verplichting tot informatieverstrekking kan ontsnappen door zonder meer aan te nemen dat de betrokkene al op de hoogte is. Indien de fiscale administratie persoonsgegevens verkrijgt op een andere wijze dan via de betrokkene, dan zal de fiscale administratie doorgaans aan de informatieverplichting kunnen ontsnappen. In overheidscontext is dit voornamelijk het geval omwille van de uitzondering die door zowel de Richtlijn 95/46 als de Verordening 2016/679 is mogelijk gemaakt, waarbij de verwerkingsverantwoordelijke wordt vrijgesteld van de kennisgevingsplicht als de verkrijging of verstrekking van de persoonsgegevens bij wet is voorgeschreven. Deze vrijstellingsmogelijkheid ondermijnt de facto de transparantie van de verwerking van persoonsgegevens door de overheid. De vrijstelling gaat immers van de illusie uit dat iedereen de wet kent.

Een tweede belangrijk recht, dat zelfs grondrechtelijke bescherming krijgt, is het recht op inzage. Via de uitoefening van dit recht dient de betrokkene eveneens op de hoogte te worden gesteld van heel wat informatie over de verwerking van zijn persoonsgegevens. Dit recht werd in fiscale zaken beperkt, door toepassing te maken van de algemene uitzonderingsbepaling van de Richtlijn 95/46. Met name wordt het inzagerecht geschorst voor de duur van de fiscale controle of de voorbereiding ervan wanneer het inzagerecht de controle negatief kan beïnvloeden. Deze voorwaarde moet restrictief worden geïnterpreteerd in die zin dat het inzagerecht enkel kan worden geschorst wanneer er een concrete aanwijzing is dat de fiscale controle negatief zal worden beïnvloed. Een ruimere

interpretatie van deze voorwaarde in die zin dat de inzage kan worden geweigerd telkens er een eventueel risico is voor de controle, moet als strijdig worden beschouwd met de noodzakelijkheidsvereiste van de algemene uitzonderingsbepaling van de Richtlijn 96/46, van de Verordening 2016/679 en van artikel 8 lid 2 EVRM. Daarnaast blijkt de wettelijke bepaling die de schorsing van het inzagerecht mogelijk maakt onvoldoende voorzienbaar, aangezien vooral het einde van de schorsingsperiode betreffende inkomstenbelastingen onvoldoende duidelijk is. Ook in het licht van de vereisten van de algemene uitzonderingsbepaling van de Verordening 2016/679 is de wettelijke bepaling die de schorsing van het inzagerecht mogelijk maakt onvoldoende voorzienbaar betreffende niet alleen de periode maar ook de categorieën van persoonsgegevens waarop de schorsing slaat.

Beide informatierechten moeten de betrokkene in staat stellen onder meer zijn recht op verbetering uit te oefenen van onjuiste of onvolledige persoonsgegevens. Dit recht geldt ook ten aanzien van de fiscale administratie. Onder de Richtlijn 95/46 kon de betrokkene in fiscale context zelfs nog een recht op wissen uitoefenen bijvoorbeeld wanneer kon worden aangetoond dat persoonsgegevens gelet op het (taxatie)doel van de fiscale administratie, onvolledig of niet ter zake dienend waren. Dit recht om te worden vergeten kan in (fiscale) overheidscontext niet meer worden ingeroepen onder de Verordening 2016/679. De informatierechten moeten de betrokkene in voorkomend geval ook toelaten zich te verzetten tegen een welbepaalde verwerking, al is dit verzet in fiscale context enkel mogelijk wanneer de verwerking gebaseerd is op de toelaatbaarheidsgrond van het algemeen belang en lijkt ze zelfs dan eerder theoretisch omdat de redenen van verzet wellicht nooit zwaarder zullen kunnen wegen dan de fiscale belangen die op het spel staan.

Afdeling 3 Rechtsbescherming

384. De centrale onderzoeksvraag bestaat erin de *draagwijdte* van het recht op privéleven en het recht op de bescherming van de persoonsgegevens bij de inzameling van informatie door de fiscale administratie in kaart te brengen. De vraag naar de rechtsbescherming ingeval van een schending van hetzij het recht op privéleven als grondrecht, hetzij het recht op de bescherming van de persoonsgegevens, valt dus op zich buiten het bestek van dit onderzoek. Nochtans wordt voor de *volledigheid* hierna een overzicht gegeven, op basis van de bestaande inzichten, van de rechtsbescherming die wordt verleend aan personen van wie het recht op privéleven (onderafdeling 1) of het recht op de bescherming van persoonsgegevens (onderafdeling 2) is geschonden bij één of andere vorm van inzameling van informatie door de fiscale administratie.

385. Uit wat hierna volgt zal blijken dat er argumenten voorhanden zijn om te stellen dat de rechtsbescherming ingeval van schending van het *recht op privéleven* bij het verzamelen van informatie door de fiscale administratie, verder gaat dan wanneer het verzamelen van inlichtingen gepaard is gegaan met andere onregelmatigheden. Dit is met name het geval bij de beoordeling van het lot van de gegevens die met schending van het recht op privéleven zijn bekomen in het kader van de bewijsvoering door de fiscale administratie. Deze vaststelling geeft meteen het *belang* aan van een onderzoek naar de draagwijdte van het recht op privéleven.

386. De hierna verdedigde stelling in verband met de verdergaande rechtsbescherming bij bewijsvergaring met schending van het recht op privéleven is volledig gestoeld op het feit dat het recht op privéleven een grondrecht is. Wat betreft de *bescherming van de persoonsgegevens* gaat de stelling van de verdergaande rechtsbescherming dus slechts op in de mate dat het persoonsgegevensbeschermingsrecht een grondrechtelijke bescherming geniet. Dit is vooreerst het geval wanneer door lidstaten van de Unie maatregelen worden genomen waarbij uitvoering wordt gegeven aan het Unierecht. In de context van dit onderzoek is dit met name het geval wanneer persoonsgegevens internationaal worden uitgewisseld in het kader van de Europese rechtsinstrumenten terzake. In die context moet artikel 8 van het Handvest worden gerespecteerd dat bepaalde aspecten van het persoonsgegevensbeschermingsrecht een grondrechtelijke bescherming verleent. Deze worden hierna toegelicht. Ten tweede zullen bepaalde aspecten van het persoonsgegevensbeschermingsrecht ook soms onder artikel 8 EVRM worden beschermd. Ook in dat geval geldt de verdergaande rechtsbescherming.

Onderafdeling 1 Schending van het recht op privéleven als grondrecht

§ 1 Inleiding

387. In de afdeling over de draagwijdte van artikel 8 EVRM is gebleken dat – in de verticale verhouding tussen de overheid en de rechtsonderhorige – er sprake kan zijn van een inmenging in het privéleven zowel door een concreet overheidshandelen, als door het bestaan van een wettelijke bepaling.

Vertaald naar de centrale onderzoeksvraag betekent dit dat er sprake kan zijn van een inmenging in het privéleven door het concreet handelen van de fiscale administratie tijdens de onderzoeksfase, waarbij informatie wordt ingezameld bij de belastingplichtige, bij een andere overheid of bij een derde/niet-overheid. Er kan evenwel ook sprake zijn van een inmenging in het privéleven door het bestaan van een wettelijke bepaling die de inzameling van informatie regelt in de fase voorafgaand aan het vestigen van de aanslag (hetzij bij de belastingplichtige, hetzij bij andere overheden, hetzij bij derden/niet-overheden). Het gaat hier over wettelijke bepalingen die de belastingplichtige, bepaalde overheden en bepaalde derden verplichten zelf informatie te verstrekken aan de fiscale administratie, zonder dat er hierbij een concrete tussenkomst is van de fiscale administratie.

388. Evenwel kan er ook bij het *spontaan* doorgeven van informatie door een andere overheid aan de fiscale administratie (zonder dat hiertoe een wettelijke verplichting bestaat en zonder dat de fiscale administratie deze informatie in concreto bij die andere overheid opvraagt), sprake zijn van een inmenging in het privéleven. Het doorgeven van informatie kan immers een inmenging vormen in het privéleven zoals is gebleken uit het hoofdstuk over de draagwijdte van het recht op privéleven. Een dergelijke inmenging in het recht op privéleven, vormt een schending van het recht op privéleven wanneer dit doorgeven niet gebaseerd is op een wettelijke basis. In deze afdeling beperk ik mij evenwel tot de rechtsbescherming tegen de fiscale administratie die beslist van deze spontaan verkregen informatie gebruik te maken. Er wordt dus niet ingegaan op de eventuele rechtsbescherming

ten aanzien van de overheid die de schending van het recht op privéleven begaat door bepaalde informatie spontaan door te geven.

Bovendien kan de andere overheid de al dan niet spontaan doorgegeven informatie, ook zelf *bekomen* hebben door middel van een schending van het recht op privéleven. Er wordt in deze afdeling ook niet ingegaan op de rechtsbescherming die er voorhanden is ten aanzien van deze overheid. Ook in dit kader wordt enkel de rechtsbescherming besproken ten aanzien van de fiscale administratie die zich bedient van deze informatie, die met schending van het recht op privéleven door een andere overheid is bekomen.

Hetzelfde geldt voor het *spontaan* doorgeven van informatie door een derde/niet-overheid. Ook dit doorgeven op zich kan een schending vormen van het recht op privéleven, al is het – zoals werd aangetoond in onderafdeling 3 van afdeling 1 met de toelichting over de onderzoeksmethodiek – in de Belgische rechtsorde niet steeds duidelijk op grond van welke criteria we tot deze conclusie moeten komen¹¹³⁸. Ook wat deze hypothese betreft zal de rechtsbescherming ten aanzien van deze derde niet worden besproken en zal er enkel worden ingegaan op de rechtsbescherming ten aanzien van de fiscale administratie, wanneer deze zich bedient van deze informatie. Hetzelfde geldt ten slotte voor het spontaan doorgeven van informatie die deze derde zelf met schending van het recht op privéleven heeft *bekomen*.

389. In *een eerste deel* (hierna § 2) wordt ingezoomd op de schending van het recht op privéleven ten gevolge van concreet overheidshandelen. Hierbij wordt enkel aandacht geschonken aan de klassieke vorm van rechtsbescherming tegen het optreden van de bestuurlijke overheden, die er één is van repressieve aard waarbij de burger zich na het stellen van het conflict zelf dient te wenden tot de administratieve of jurisdictionele overheid om een oplossing voor het conflict te bekomen¹¹³⁹. De meer preventieve vormen van rechtsbescherming¹¹⁴⁰, waaronder de geheimhoudingsplicht van de ambtenaren die belast zijn met de vestiging van de inkomstenbelastingen,⁷ blijven hier dus buiten beschouwing (artikel 337 W.I.B. 1992)¹¹⁴¹.

Ook de rechtsbescherming die uitgaat van de internationale rechtsorde, blijft buiten beschouwing, met uitzondering van de mogelijkheid tot prejudiciële vraagstelling aan het

¹¹³⁸ Het betreft hier de discussie over de zogenaamde horizontale werking van grondrechten en de invulling die aan deze horizontale werking wordt gegeven door de Belgische rechtsorde.

¹¹³⁹ De politieke rechtsbescherming, zijnde rechtsbescherming geboden door politieke organen of instanties die van politieke organen afhangen, zoals ombudsdiensten, wordt hier ook verder buiten beschouwing gelaten. De ombudsdienst werkt immers bemiddelend en kan zich dus niet dwingend uitspreken over de schending van een subjectief recht van een individu. De ombudsdienst biedt daardoor ook geen echte rechtsbescherming (S.LUST, *Rechtsbescherming tegen de (administratieve) overheid. Een inleiding*, Brugge, Die Keure, 2014, 35). Om dezelfde reden wordt de fiscale bemiddelingsdienst ook niet besproken in het kader van deze afdeling over de rechtsbescherming.

¹¹⁴⁰ waaronder de motivering van de bestuurshandelingen, de openbaarheid van bestuur, de toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur, en dergelijke meer. Zie hierover o.m.: A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2009, randnummer 804-805; S.LUST, *Rechtsbescherming tegen de (administratieve) overheid. Een inleiding*, Brugge, Die Keure, 2014, 9 ev.

¹¹⁴¹ Één specifieke vorm van preventieve rechtsbescherming die erin bestaat dat de fiscale huisvisitatie op grond van artikel 319 W.I.B. 1992 moet worden onderworpen aan een voorafgaande machtiging van de politierechter wordt wel besproken in afdeling 3 van hoofdstuk 3 (informatie bekomen bij de belastingplichtige).

Hof van Justitie door de nationale rechter die is gevat in het kader van de beoordeling van het overheidshandelen. De belastingplichtige die betreffende de schending van zijn recht op privéleven door de Belgische overheid (in casu de fiscale administratie) geen genoegdoening bekommt binnen de nationale (gerechtelijke) rechtsorde¹¹⁴², kan weliswaar een verzoek indienen bij het EHRM¹¹⁴³, doch de uitspraak van het EHRM zal louter declaratoir zijn. Het EHRM kan dus vaststellen dat er sprake is van een schending van het recht op privéleven, zonder daarbij te raken aan de bestreden gerechtelijke uitspraken, wetten of overheidsbeslissingen. Door de uitspraak van het EHRM blijft dus ook de aanslag die gebaseerd is op informatie die met schending van het recht op privéleven is verkregen, bestaan. België zal als lidstaat van het EVRM en als partij van het geding de einduitspraak van het EHRM moeten uitvoeren (artikel 46 lid 1 EVRM). De wijze waarop uitvoering wordt gegeven aan een uitspraak van het EHRM waarbij een bepaalde inzameling van gegevens in strijd werd geacht met artikel 8 EVRM, zal worden bepaald door het rechtsgevolg dat in België wordt verleend aan een vastgestelde schending van artikel 8 EVRM, wat hierna uitvoerig wordt behandeld. Wel kan het EHRM, indien het vaststelt dat er een schending van het EVRM heeft plaatsgevonden en het nationale recht van de betrokken lidstaat slechts gedeeltelijk rechtsherstel toelaat, een 'billijke genoegdoening' toekennen aan de klager¹¹⁴⁴, waarmee zowel de pecuniaire schade kan worden vergoed, die effectief geleden werd als direct resultaat van de inbreuk op het EVRM, als de niet-pecuniaire schade, zijnde het herstel van de bezorgdheid, de belemmering en de onzekerheid die werden veroorzaakt door de inbreuk¹¹⁴⁵. Ingeval het EHRM een schending van artikel 8 EVRM vaststelt, zal het evenwel soms ook oordelen dat de loutere *vaststelling* van de schending van het recht op privéleven moet volstaan als "genoegdoening"¹¹⁴⁶.

In een *eerste punt van* paragraaf 2 over de rechtsbescherming ten aanzien van concreet overheidshandelen dat als een schending van het recht op privéleven moet worden gezien (hierna punt I) wordt nagegaan in welke mate het bestuurlijk handelen waarbij informatie wordt ingezameld aan de beoordeling van de administratie zelf of van de rechter kan worden voorgelegd. Vervolgens wordt in een *tweede punt* (hierna punt II) nagegaan in welke

¹¹⁴² Om een ontvankelijk verzoek te kunnen indienen bij het EHRM dienen de interne rechtsmiddelen te zijn uitgeput, wat inhoudt dat de beroepsmogelijkheden tot in de hoogste graad worden uitgeoefend, indien het beroep van wezenlijke invloed is op de beslissing van de hoofdzaak (artikel 35 lid 1 EVRM: "Het Hof kan een zaak pas in behandeling nemen nadat alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput, overeenkomstig de algemeen erkende regels van internationaal recht, en binnen een termijn van zes maanden na de datum van de definitieve nationale beslissing.") In België dient dus in principe ook een cassatievoorziening te zijn ingediend (J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2013, 243)

¹¹⁴³ Het EHRM is toegankelijk voor individuen: artikel 34 EVRM: "Het Hof kan verzoekschriften ontvangen van ieder natuurlijk persoon, iedere niet-gouvernementele organisatie of iedere groep personen die beweert slachtoffer te zijn van een schending door een van de Hoge Verdragsluitende Partijen van de rechten die in het Verdrag of de Protocollen daarbij zijn vervat".

¹¹⁴⁴ Artikel 41 EVRM: "Indien het Hof vaststelt dat er een schending van het Verdrag of van de Protocollen daarbij heeft plaatsgevonden en indien het nationale recht van de betrokken Hoge Verdragsluitende Partij slechts gedeeltelijk rechtsherstel toelaat, kent het Hof, indien nodig, een billijke genoegdoening toe aan de benadeelde.". Dit kan zowel voor een klager-natuurlijke persoon als voor een klager-rechtspersoon, en dit voor beiden zowel voor de pecuniaire schade (voor rechtspersonen: EHRM 6 november 1980, SUNDAY TIMES/VK (§13); EHRM 22 mei 1990, AUTRONIC AG/Zwitserland (§65)) als voor de morele schade (voor verenigingen: EHRM 19 december 1994, VEREINIGUNG DEMOKRATISCHER SOLDATEN ÖSTERREICHS en GUBI/Oostenrijk (§ 62), politieke partijen: EHRM 8 december 1999, FREEDOM AND DEMOCRACY PARTY (ÖZDEP)/Turkije (§57) en voor commerciële vennootschappen: EHRM 6 april 2000, COMINGERSOLL/Portugal (§35))

¹¹⁴⁵ EHRM 6 april 2000, COMINGERSOLL/Portugal (§29)

¹¹⁴⁶ Zie bijvoorbeeld EHRM 24 april 1990 KRUSLIN/Frankrijk (inzake een telefoontap in strijd met artikel 8 EVRM) (§39) "In the circumstances of the case the finding that there has been a breach of Article 8 (art. 8) affords Mr Kruslin sufficient just satisfaction for the alleged damage; it is accordingly unnecessary to award pecuniary compensation".

mate de administratie of de rechter die wordt gevat het overheidshandelen kan toetsen aan het recht op privéleven als grondrecht. Ten slotte wordt in een *derde deel* (hierna punt III) stilgestaan bij de vraag welk rechtsgevolg aan een eventuele schending van het recht op privéleven wordt verleend.

390. Wat betreft de vraag die in het tweede punt (hierna punt II) aan de orde is, met name in welke mate de gevatte administratie of rechter het overheidshandelen kan toetsen aan het recht op privéleven als grondrecht, werd hierboven al aangetoond dat artikel 8 EVRM de belangrijkste rechtsbron lijkt te zijn van dit recht op privéleven. Nochtans wordt dit grondrecht ook gewaarborgd door artikel 22 GW, artikel 7 van het Handvest en artikel 17 van het BUPO-verdrag. In de afdeling waarin onderzoek werd gevoerd naar de draagwijdte van het recht op privéleven als grondrecht werd artikel 17 van het BUPO-verdrag al buiten beschouwing gelaten omdat deze bepaling in vergelijking met artikel 8 EVRM veel vager is en daardoor minder rechtsbescherming biedt. Om dezelfde reden wordt artikel 17 van het BUPO-verdrag ook in het kader van deze afdeling over de rechtsbescherming buiten beschouwing gelaten.

Hierna zal in het kader van de vraag naar de rechtsbescherming dus enkel worden nagegaan in welke mate artikel 8 EVRM, artikel 7 van het Handvest en artikel 22 van de Grondwet als toetssteen kunnen worden gebruikt. Zoals al werd aangehaald zal artikel 7 van het Handvest in een veel beperkter aantal gevallen van inzameling van informatie voor de vestiging van de inkomstenbelastingen kunnen worden ingeroepen, dan dit het geval is voor de artikelen 8 EVRM en 22 van de Grondwet.

391. Na het eerste deel over de schending van het recht op privéleven door een concrete overheidshandeling, wordt in een *tweede deel* (hierna § 3) ingegaan op de schending van het recht op privéleven ten gevolge van het bestaan van een wettelijke bepaling, zonder dat de wettelijke bepaling door een concrete overheidshandeling wordt toegepast op een individu.

Ook hier wordt enkel aandacht besteed aan de nationale rechtsbescherming. De belastingplichtige heeft weliswaar ook toegang tot het EHRM om de schending van zijn recht op privéleven door de Belgische overheid (ditmaal door de Belgische wetgever) aan te vechten¹¹⁴⁷, doch ook hier geldt dat de uitspraak van het EHRM louter declaratoir is en het EHRM de bestreden wet overeind laat, waarna België uitvoering zal moeten geven aan de uitspraak (artikel 46 lid 1 EVRM), door de wet dusdanig aan te passen dat de schending van het recht op privéleven wordt vermeden. De belastingplichtige heeft ook toegang tot het Hof van Justitie om op grond van artikel 263 VWEU de vernietiging te vragen van wetgevingshandelingen¹¹⁴⁸, doch het moet hier gaan om handelingen die uitgaan van de organen van de Unie, waardoor de rechtsbescherming die door het Hof van Justitie kan worden geboden in het kader van het voorwerp van dit onderzoek (inzameling van informatie in het kader van de inkomstenbelastingen), beperkt is tot rechtsbescherming

¹¹⁴⁷ De interne rechtsmiddelen moeten ook hier zijn uitgeput (artikel 35 EVRM) wat in casu betekent dat een vernietigingsberoep voor het Grondwettelijk Hof tegen bedoelde wet werd ingesteld (J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2013, 43); zie hierover: S. LAMBRECHT, "Grondrechtenbescherming door de hoogste rechtscolleges en hun onderlinge verhouding" in S. DE RAEDT en A. VAN DE VIJVER, *Grondrechten in fiscalibus*, Brussel, Larcier, 2016, 30 ev.

¹¹⁴⁸ S. LAMBRECHT, "Grondrechtenbescherming door de hoogste rechtscolleges en hun onderlinge verhouding" in S. DE RAEDT en A. VAN DE VIJVER, *Grondrechten in fiscalibus*, Brussel, Larcier, 2016, 33 ev.

tegen Europese rechtsinstrumenten betreffende internationale uitwisseling van informatie, in de mate dat deze de belastingplichtige verzoeker rechtstreeks raken en geen uitvoeringsmaatregelen met zich meebrengen (artikel 263 lid 4 VWEU). Het Hof van Justitie kan beoordelen of deze rechtsinstrumenten in strijd zijn met artikel 7 van het Handvest¹¹⁴⁹. Dit beroep moet worden ingesteld binnen de twee maanden te rekenen vanaf de dag van bekendmaking van de handeling (artikel 263 lid 6 VWEU).

392. Ook betreffende de schending van het recht op privéleven door het bestaan van een wettelijke bepaling, wordt in een eerste punt (hierna punt I) nagegaan in welke mate deze wettelijke bepaling aan de beoordeling van een rechter kan worden voorgelegd. In een tweede punt (hierna punt II) wordt nagegaan wat de beoordelingsbevoegdheid is van deze rechter in het kader van het recht op privéleven. Ook hier weer geldt dat artikel 7 van het Handvest slechts zal kunnen worden ingeroepen ten aanzien van wettelijke bepalingen waarbij het Unierecht ten uitvoer wordt gelegd, wat bij de inzameling van informatie in het kader van de inkomstenbelastingen – in louter nationale context – in principe niet het geval zal zijn. In een derde afdeling (hierna punt III) wordt nagegaan wat de rechtsgevolgen zijn van een vastgestelde schending van het recht op privéleven.

§ 2 Rechtsbescherming ten aanzien van concreet overheidshandelen

I. Het recht op een administratief of jurisdictioneel beroep tegen de inzameling van informatie

A. Het recht op een administratief beroep

393. Tegen het verzamelen van informatie met het oog op het vestigen van de inkomstenbelastingen ten aanzien van een welbepaalde belastingplichtige, staat geen georganiseerd administratief beroep open¹¹⁵⁰. Wel kan – op grond van het gemeen administratief recht - steeds een willig of hiërarchisch administratief beroep worden ingesteld tegen de verzameling van informatie, bij respectievelijk de ambtenaar die de beslissing nam of de hiërarchische overste van deze ambtenaar¹¹⁵¹.

Zowel de belastingplichtige kan hiervan gebruik maken, als de derde bij wie informatie wordt ingezameld, en die wenst aan te voeren dat zijn recht op privéleven is geschonden.

Vereist is uiteraard wel dat de betrokkene kennis heeft van de verzameling van informatie. De wet verplicht evenwel doorgaans¹¹⁵² niet tot het informeren van de belastingplichtige

¹¹⁴⁹ T. BARKHUYSEN, en A.W. BOS, “De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht”, *Jbplus* 2011, 27-28

¹¹⁵⁰ De afwezigheid van een georganiseerd administratief beroep tegen een beslissing tot verzameling van informatie die als een inmenging in het recht op privéleven kan worden beschouwd, zal worden meegenomen in de beoordeling van de vraag of het wettelijk kader inzake de verzameling van informatie voldoende waarborgen tegen misbruik omvat (zie hoofdstuk 3).

¹¹⁵¹ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2009, randnummer 870 en randnummer 872 waarin wordt gesteld dat de mogelijkheid om het bestuursorgaan dat een beslissing heeft genomen te vragen deze beslissing te herzien, wordt beschouwd als een algemeen rechtsbeginsel

¹¹⁵² Uitzondering: Artikel 333/1 § 1 eerste lid W.I.B. 1992: “In de gevallen bedoeld in de artikelen 322, § 2, en 327, § 3, tweede lid, stelt de administratie de belastingplichtige in kennis van de aanwijzing of de aanwijzingen van belastingontduiking of van de gegevens op grond waarvan zij meent dat het gevoerde onderzoek tot een

wanneer onderzoeksdaden ten aanzien van hem worden gesteld bij derden of bij andere overheden. Hoewel de belastingplichtige in principe¹¹⁵³ wel – ook tijdens de onderzoeksfase – inzage kan vragen in zijn administratief dossier op grond van de Wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur en aldus eventueel kennis kan nemen van onderzoeksdaden die ten aanzien van hem zijn gesteld¹¹⁵⁴, zal de belastingplichtige dit doorgaans pas doen wanneer daartoe aanleiding is, bijvoorbeeld door een onderzoeksdaad ten aanzien van de belastingplichtige waaruit blijkt dat de administratie al over andere informatie beschikt die niet bij de belastingplichtige werd ingezameld.

Een dergelijk willig of hiërarchisch administratief beroep is aan geen enkele wettelijke voorwaarde onderworpen, zodat er niet alleen geen termijnen zijn om dit beroep in te stellen, maar ook geen termijnen voor de administratie om een uitspraak te doen over dit beroep. De administratie kan het beroep zelfs onbeantwoord laten¹¹⁵⁵, zodat er van dit niet-georganiseerd administratief beroep een zeer zwakke rechtsbescherming uitgaat.

Het beroep is bovendien niet schorsend, zodat de aangevochten beslissing die een schending vormt in het privéleven, kan starten dan wel onverminderd kan doorgaan.

394. In het kader van het georganiseerd administratief beroep tegen de aanslag (artikel 366 W.I.B. 1992) kan elk nuttig argument worden aangevoerd tegen de bestreden aanslag en kan dus ook argumentatie worden ontwikkeld tegen de inzameling van informatie waarop de aanslag is gebaseerd. Dit impliceert dat enkel de onderzoeksdaden die hebben geleid tot informatie die aan de basis heeft gelegen van de aanslag, aan de beoordeling van de administratie kunnen worden onderworpen. Onderzoeksdaden die als een inmenging in het recht op privéleven kunnen worden beschouwd, maar waarvan de resultaten niet werden

eventuele toepassing van artikel 341 leidt en die een vraag om inlichtingen bij een financiële instelling rechtvaardigen. Deze kennisgeving gebeurt bij aangetekende brief gelijktijdig met het verzenden van de voormelde vraag om inlichtingen". Deze kennisgeving is niet vereist wanneer de vraag om inlichtingen aan de financiële instelling wordt verzonden omwille van een uitdrukkelijk vraag van een buitenlandse staat (artikel 333/1 § 1, derde en vierde lid W.I.B. 1991)

¹¹⁵³ Zie hierover ook onderafdeling 2 van afdeling 2 over het recht op de bescherming van de persoonsgegevens en de beperking van het inzage-recht op grond van het persoonsgegevensbeschermingsrecht en de verhouding tot het inzage-recht op grond van de wetgeving inzake de openbaarheid van bestuur.

¹¹⁵⁴ Parl. Vr. nr. 537 van 13 maart 2000 (www.fisconet.fgov.be): "In beginsel heeft de belastingplichtige inzage-recht van zijn fiscaal dossier zowel vóór, tijdens als na de bezwaarprocedure en het inzage-recht slaat op elk document waarop de aanslag steunt."; zie ook Circ. Ci.RH 863/530.827 van 18 september 2000, randnummer 40: "De wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur is volledig van toepassing zowel in het stadium van de vestiging van de belasting als in het stadium van de betwisting"; zie ook: RvS 16 maart 2001, nr. 94.082, LOUIS, waarin de stelling van de fiscale administratie als dat de belastingplichtige moet doen blijken van een belang om inzage te nemen in het eigen administratief dossier, waardoor de belastingplichtige geen recht op inzage zou hebben zolang er geen bericht van wijziging is verzonden of zolang er geen aanslag is gevestigd, wordt afgewezen. De belastingplichtige moet enkel doen blijken van belang indien hij inzage wenst te nemen van documenten van persoonlijk aard van derden (artikel 4 lid 2 van de wet van 11 april 1994). Er moet ook inzage worden verleend van de inlichtingen die de fiscale administratie heeft bekomen in het kader van de inzage van een strafdossier: RvS 18 juni 1997, nr. 66.861, MATAGNE (waarin wordt gesteld dat de administratie zich niet kan beroepen op de uitzondering voorgeschreven door artikel 6, § 1, 5° van de wet van 11 april 1994 (dat toelaat de openbaarmaking te weigeren in het belang van de opsporing of vervolging van strafbare feiten) omdat het belastingdossier de vaststelling van de belasting tot doel heeft en normaal gezien geen documenten bevat die verband houden met de opsporing of de vervolging van strafbare feiten); Ook moet inzage worden verleend van informatie afkomstig van derden en die betrekking heeft op de belastingtoestand van de belastingplichtige (RvS 20 maart 2006, nr. 156.628, S.L.A. TRADING COMPANY, overweging 3.1.4.3., zie ook RvS 29 januari 2010, nr. 200.264, NV ZOUTE STABLES, overweging 10.3)

¹¹⁵⁵ Zie bijvoorbeeld RvS 12 januari 2005, nr. 139.152, VANDECASTEELE; het uitblijven van een antwoord wordt zelfs niet beschouwd als onbehoorlijk bestuur: RvS. 19 maart 2007, nr. 169.068, BILTEREYS (zie hierover: S.LUST, *Rechtsbescherming tegen de (administratieve) overheid. Een inleiding.*, Brugge, Die Keure, 2014, 43)

aangewend voor het vestigen van de aanslag, kunnen in het kader van dit georganiseerd administratief beroep niet worden betwist, vermits het bezwaar moet gericht zijn “tegen het bedrag van de gevestigde aanslag”¹¹⁵⁶.

Dit georganiseerd administratief beroep staat enkel open voor de belastingschuldige¹¹⁵⁷. Een derde bij wie informatie is ingezameld om een aanslag in hoofde van een belastingplichtige mogelijk te maken, zal dus in de regel geen recht hebben om een dergelijk georganiseerd administratief beroep in te stellen. Een uitzondering is de situatie waarin de derde bij wie informatie is ingezameld om een aanslag mogelijk te maken in hoofde van de belastingplichtige, tevens ook de belastingschuldige is.

Doorgaans zal de belastingplichtige ter gelegenheid van het indienen van het bezwaar wel op de hoogte zijn van alle onderzoeksdaden die ten aanzien van hem werden gesteld, vermits hij – gealarmeerd door de aanslag - inzage kan nemen van het administratief dossier dat aan de basis heeft gelegen van de aanslag, dit op grond van de Wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur.

Ook in het kader van het georganiseerde administratief beroep schrijft de wet geen termijn voor binnen dewelke de administratie een beslissing moet nemen. Indien evenwel de administratie geen beslissing neemt binnen een termijn van zes maanden na de datum van ontvangst van het bezwaarschrift, kan de belastingplichtige het geschil aan de administratie onttrekken door het rechtstreeks voor te leggen aan de rechtbank (artikel 1385 undecies, 2de lid Ger.W.)¹¹⁵⁸. De administratie heeft er wel belang bij om tijdig een beslissing te nemen. Wanneer de belastingplichtige na het verstrijken van de voormelde termijn het initiatief neemt om het geschil aanhangig te maken bij de rechtbank en de rechtbank de betwiste aanslag vervolgens vernietigt, heeft de administratie niet langer de mogelijkheid om een subsidiaire aanslag te vestigen¹¹⁵⁹. Bovendien wordt traditioneel aangenomen dat de fiscale administratie de beginselen van behoorlijk bestuur moet in acht nemen, waaronder de vereiste van de redelijke termijn¹¹⁶⁰, bij het nemen van de directeursbeslissing. Het overschrijden van deze redelijke termijn kan door de rechtbank worden gesanctioneerd door het vernietigen van de aanslag¹¹⁶¹, meer in het bijzonder wanneer het overschrijden van de redelijke termijn het recht voor de belastingplichtige om zich te verdedigen heeft bemoeilijkt¹¹⁶², of wanneer de overschrijding van de redelijke

¹¹⁵⁶ Tekstfragment uit artikel 366 W.I.B.1992

¹¹⁵⁷ Wat in hoofdzaak de belastingplichtige is in wiens hoofde de belasting wordt gevestigd, naast eventuele andere personen die gehouden zijn de belasting te betalen, waaronderin bepaalde gevallen de echtgenoot (artikel 366 W.I.B. 1992)

¹¹⁵⁸ Deze termijn wordt met 3 maanden verlengd indien de aanslag van ambtswege werd gevestigd (artikel 1385 undecies, 3^{de} lid Ger.W.).

¹¹⁵⁹ Artikel 356, 1^{ste} lid W.I.B. 1992 vereist dat er een vordering in rechte is ingesteld tegen een beslissing van de directeur. De minister van Financiën erkent dit ook: Parl. Vr. nr. 4474 van 24 april 2001, CHABOT, www.fisconet.fgov.be).

¹¹⁶⁰ Parl. St. Kamer 1998-99, nr. 1341/23, 16; Ci.RH.863/530.827, 18 september 2000, randnummer 70 en 71

¹¹⁶¹ Het overschrijden van de redelijke termijn bij het nemen van de beslissing heeft in een uitzonderlijk geval ook geleid tot het verjaard verklaren van de invordering van de aanslagen (rb. Gent 24 juni 2008, TFR 2009, 222, met noot B. COOPMAN en S. VANCOLEN)

¹¹⁶² Zie bijvoorbeeld Antwerpen 23 september 2008, TFR 2009, 201 ev., met noot S. BRABANTS (waarin de schending van de redelijke termijnvereiste door de gewestelijke directeur werd beschouwd als een fout in de zin van artikel 1382 BW die in oorzakelijk verband stond met de schade die erin casu in bestond dat de rechten van verdediging van de belastingplichtige waren geschonden doordat hij zich na het verstrijken van de redelijke termijn nog moeilijk konden verdedigen). Zie gelijkaardig: Rb. Brugge 14 oktober 2013, F.J.F. 2014, afl. 8, 905; rb. Brugge 21 oktober 2013, Fisc. Koer. 2013, afl. 19-20, 682; rb. Antwerpen 23 maart 2010, Fisc. Koer. 2010,

termijn de rechtspositie van de belastingplichtige op een andere wijze heeft aangetast¹¹⁶³. De rechtspraak reageert op uiteenlopende wijze op de vraag of het feit dat de belastingplichtige door de inwerkingtreding van de wetten van 15 en 23 maart 1999 het geschil aan de administratie kan onttrekken bij het verstrijken van de termijn van 6 maanden¹¹⁶⁴ een invloed heeft op de mogelijkheid om de schending van de redelijke termijn in te roepen¹¹⁶⁵.

Door het instellen van een georganiseerd administratief beroep tegen de aanslag zal de bestreden inmenging in het privéleven per definitie niet kunnen worden gestopt of geschorst. De bestreden inmenging in het privéleven zal zich met name al hebben voorgedaan en de vruchten ervan, met name de informatie die aldus werd bekomen, werden al aangewend.

B. Het recht op een jurisdictioneel beroep

395. Tegen de inzameling van informatie met het oog op het vestigen van de inkomstenbelastingen ten aanzien van een welbepaalde belastingplichtige staat ook geen georganiseerd jurisdictioneel beroep open.

396. De vraag of er op basis van het gemeen gerechtelijke recht een jurisdictioneel beroep mogelijk is tegen een inzameling van informatie door de fiscale administratie, nog voordat de aanslag is gevestigd, dit zowel voor de belastingplichtige als voor de derde bij wie informatie is ingezameld en die de schending van diens recht op privéleven wenst in te roepen, is in de huidige stand van de rechtspraak voorwerp van controverse. Deze vraag of er een ontvankelijk verzoek kan worden ingediend voor de rechtbank van eerste aanleg nog voordat een aanslag is gevestigd wordt in de rechtsleer doorgaans aangeduid als de vraag naar de mogelijkheid om een *pretaxatiegeschil* te voeren. De rechtspraak over deze pretaxatiegeschillen handelt in hoofdzaak over de uitbreiding van de onderzoekstermijn, en

612, noot L. KELL). Niet in alle gevallen wordt evenwel besloten dat de rechten van de verdediging zijn geschonden door het uitblijven van de directeursbeslissing (zie Antwerpen 8 januari 2013, *Fisc. Act.* 2013, nr. 18, 16-18 en Antwerpen 26 februari 2013, *Fisc. Koer.* 2013/13, met noot L. KELL).

¹¹⁶³ Zie rb. Brussel 16 april 2012, *F.J.F.* 2013/138 (waar het niet respecteren van de redelijke termijn door de administratie bij het nemen van een beslissing leidt tot nietigheid van de aanslag omwille van de specifieke omstandigheid dat door het verstrijken van de termijn de rechtspositie van de belastingplichtige dermate is aangetast. Met name was het bekomen van vermindering van belasting in de VS door het verstrijken van de lange termijn nu niet meer mogelijk.)

¹¹⁶⁴ 9 maanden ingeval van aanslag van ambtswege

¹¹⁶⁵ Zie Gent 24 juni 2008, *TFR* 2009, 222, met noot B. COOPMAN en S. VANCOLEN (in deze zaak werd deze mogelijkheid niet in rekening gebracht omdat geloofwaardig werd gemaakt dat de fiscale administratie in het voordeel van de belastingplichtige zou beslissen). Daarentegen werd met deze mogelijkheid wel rekening gehouden bij de beoordeling van de redelijke termijn vereiste in: Antwerpen 8 januari 2013, *Fisc. Act.* 2013, nr. 18, 16-18 en Antwerpen 26 februari 2013, *Fisc. Koer.* 2013/13, met noot L. KELL

in mindere mate over het stellen van onderzoeksdaaden¹¹⁶⁶. In de rechtspraak wordt discussie gevoerd rond twee elementen. Vooreerst rijst de vraag of er moet voldaan worden aan de toelaatbaarheidsvereiste van artikel 1385 undecies Ger.W.¹¹⁶⁷, dat met name voorschrijft dat een belastingplichtige slechts een vordering in rechte kan indienen voor de rechtbank van eerste aanleg in de mate dat voorafgaand aan de vordering in rechte een door of krachtens de wet georganiseerd administratief beroep werd doorlopen. Daarnaast rijst de vraag of men bij een pretaxatiegeschil kan voldoen aan het in de artikelen 17 en 18 van het Ger.W. vereiste belang¹¹⁶⁸.

Over de bevoegdheid van de rechtbank om te oordelen over fiscale onderzoeksmaatregelen bestaat geen discussie¹¹⁶⁹. Artikel 569, 32° Ger.W. maakt de rechtbank van eerste aanleg

¹¹⁶⁶ Zie onder meer, doch niet exhaustief: Rb. Brussel 10 oktober 2001, *JDF* 2002, 343 (pro)(inzake vraag om inlichtingen); Rb. Bergen 18 oktober 2001, *Fiscoloog* 2001, nr. 819, 1-2 (pro)(inzake verlenging van onderzoekstermijnen); Rb. Bergen 2 mei 2002, *FJF* 2003, afl. 7, 710; (pro)(inzake verlenging onderzoekstermijn); Rb. Brussel 7 juni 2002, *FJF* 2003, afl. 3, 232 (pro)(inzake vraag om inlichtingen obv. artikel 322 en 323 W.I.B. 1992 aan een notaris), bevestigd door Brussel 2 juni 2005; *FJF* nr. 2006/155; Rb. Leuven 14 juni 2002, TFRnet (<http://tfrnet.larcier.be> (13 mei 2003)); *Fiscoloog* 2002, nr. 851, 8 (pro)(inzake uitbreiding van onderzoekstermijn); Rb. Leuven 13 december 2002, *FJF* 2003/261 (contra)(inzake uitbreiding van onderzoekstermijn); Rb. Brugge 24 juni 2003, *FJF* nr. 2004/95 (contra)(inzake uitbreiding van onderzoekstermijn); Rb. Bergen 23 oktober 2003, *FJF* No. 2004/235 (pro)(inzake uitbreiding van onderzoekstermijn); Rb. Bergen 13 mei 2004, *FJF* No. 2005/17 (pro)(inzake uitbreiding van onderzoekstermijn); Rb. Namen, 26 oktober 2005, *RGCF* 2005, afl. 6, 406 (contra)(aangaande een vraag om inlichtingen aan de belastingplichtige obv. artikel 316 WIB 1992 en een aankondiging van een controle ter plaatse op basis van artikel 315 WIB 1992); Rb. Antwerpen 10 mei 2006, aangehaald in JVD, "pretaxatiegeschil wel ontvankelijk", *Fiscoloog* 2006, nr. 1048, 12 (pro)(in verband met een vraag om inlichtingen aan een bank); Gent 15 mei 2007, *FJF* 2008, 2 (contra)(inzake de uitbreiding van de onderzoekstermijn en de daaropvolgende vraag om inlichtingen); Rb. Hasselt 11 juni 2008, aangehaald in de rubriek "rechtspraak directe belastingen" in *Fisc. Act.* 2008, nr. 35, 13-16 (contra)(inzake de verlenging van de onderzoekstermijn); Gent 13 januari 2009, *TFR* 2009, 795 met noot E. VAN DE VELDE (contra)(inzake uitbreiding van onderzoekstermijn); Rb. Bergen 19 oktober 2009, (pro)(inzake beslissing tot verlenging van de onderzoekstermijn), aangehaald in CB, "Rechtbank toch bevoegd voor pretaxatiegeschillen?", *Fiscoloog* 2009, nr. 1182, 6; Rb. Leuven 12 november 2010, *TFR* 2011, 510, met noot A. MISSAL (pro)(inzake een beslissing tot verlenging van de onderzoekstermijn); Rb. Brussel 21 maart 2011, *RABG* 2011/10, 688, met noot J. VANDENBRANDE (idem); Rb. Leuven 4 november 2011, *FJF* 2012, 173 (pro)(inzake een beslissing tot verlenging van de onderzoekstermijn); Brussel 24 mei 2012, *FJF* 2014, 4 (pro)(verlenging van de onderzoekstermijn); Rb. Gent 11 juni 2013, *TFR* 2014, 90-91, (pro) (inzake een fiscale visitatie); Gent 17 december 2013, *TFR* 2014, 487, met noot M. VERMEESCH (pro)(inzake o.m. een machtiging om een bankonderzoek uit te voeren en over een vraag om inlichtingen aan een financiële instelling); Rb. Antwerpen 19 juni 2015, *Fisc. Koer.* 2015/17, 821 – 823 (inzake een fiscale visitatie waarbij stukken werden meegenomen en waarbij voorlopige maatregelen werden gevraagd op grond van artikel 19, 2° Ger.W.)

¹¹⁶⁷ Artikel 1385 undecies Ger.W.: "Tegen de belastingadministratie wordt de vordering inzake de geschillen bedoeld in artikel 569, eerste lid, 32°, slechts toegelaten indien de eiser voorafgaandelijk het door of krachtens de wet georganiseerde administratief beroep heeft ingesteld.(...)"

¹¹⁶⁸ Artikel 17 Ger.W.: "De rechtsvordering kan niet worden toegelaten, indien de eiser geen hoedanigheid en geen belang heeft om ze in te dienen". Artikel 18 Ger.W.: "Het belang moet een reeds verkregen en dadelijk belang zijn. De rechtsvordering kan worden toegelaten, indien zij, zelfs tot verkrijging van een verklaring van recht, is ingesteld om schending van een ernstig bedreigd recht te voorkomen." In de rechtsleer wordt het belang omschreven als "elk materieel of moreel voordeel dat de persoon die de vordering instelt (of verweer voert), op het ogenblik van de rechtsingang mag verwachten en waardoor zijn huidige rechtstoestand gewijzigd of verbeterd kan worden" (E. VAN DE VELDE, noot onder Gent 13 januari 2009, *TFR* 2009, 795 met verwijzing naar R. DE CORTE, "Hoe autonoom is het procesrecht? Studie van enkele raakvlakken tussen het materieel recht en het gerechtelijk recht", *TPR* 1980, 22, nr. 45 en naar J. LAENENS, "De rechterin kortgeding: laatste bolwerk inzake collectieve geschillen" in M. RIGEAUX (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, 3, Antwerpen, Kluwer, 1990, 307, nr. 941)

¹¹⁶⁹ RvS 22 december 1999, nr. 84.318, DE JAECK: in dit arrest stelde de Raad van State dat een geschil betreffende het stellen van een onderzoeksdaad (met name het horen van een natuurlijke persoon in het kader van het inzamelen van informatie met betrekking tot bepaalde vennootschappen) na de inwerkingtreding van de wetten van 15 en 23 maart 1999 niet langer tot zijn bevoegdheid behoort, maar wel tot de bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg; zie ook Rb. Brussel 10 oktober 2001, *JDF* 2002; Rb. Brussel 7 juni 2002, *FJF* 2003, afl. 3, 232 (inzake vraag om inlichtingen obv. artikel 322 en 323 W.I.B. 1992 aan een notaris), bevestigd door Brussel 2 juni 2005; *FJF* nr. 2006/155; Rb. Antwerpen 10 mei 2006, aangehaald in

bevoegd om kennis te nemen van geschillen inzake de toepassing van de belastingwet. Op grond van deze bepaling kan om het even welke individuele toepassing van een belastingnorm aan de rechtbank van eerste aanleg worden voorgelegd. Ingeval van spoedeisendheid kan ook de voorzitter van de rechtbank zetelend in kort geding worden gevat. Hij kan binnen de grenzen van zijn bijzondere bevoegdheid (hoogdringendheid) eveneens oordelen over geschillen betreffende de toepassing van de belastingwet¹¹⁷⁰.

Hoewel de meerderheid van de hoven en rechtbanken in de huidige stand van de rechtspraak van oordeel is dat een pretaxatiegeschil in principe mogelijk is, zijn er ook andersluidende gerechtelijke beslissingen.

Wat het eerste element van discussie betreft, aanvaardt de meerderheid van de hoven en rechtbanken dat er geen voorafgaand administratief beroep moet worden doorlopen wanneer dit niet door of krachtens de wet is georganiseerd¹¹⁷¹. Een minderheid van de hoven en rechtbanken meent dat er wel degelijk eerst een bezwaarprocedure moet worden doorlopen en de argumenten in verband met beslissingen voorafgaand aan het vestigen van de aanslag, waaronder de onderzoeksdaden, pas ter gelegenheid van het bezwaar tegen de aanslag kunnen worden ingeroepen¹¹⁷². Dit standpunt kan uiteraard niet worden volgehouden in die gevallen waarin er geen aanslag volgt bijvoorbeeld omdat de onderzoeksdaad is gesteld ten aanzien van een derde, wiens recht op privéleven kan zijn geschonden door deze onderzoeksdaad¹¹⁷³.

Wat het tweede element van discussie betreft oordeelt de meerderheid van de hoven en rechtbanken dat de verzoeker wel degelijk een belang heeft bij het aanvechten van een beslissing van de administratie die de vestiging van de aanslag voorafgaat. Dit is zo voor de zaken waarin diende te worden geoordeeld over de beslissing tot verlenging van de onderzoekstermijn¹¹⁷⁴, maar ook voor de zaken waarin diende te worden geoordeeld over

JVD, "pretaxatiegeschil wel ontvankelijk", *Fiscoloog* 2006, nr. 1048, 12; Rb. Gent 11 juni 2013, *TFR* 2014, 90-91, (pro) (inzake een fiscale visitatie); Gent 17 december 2013, *TFR* 2014, 487, met noot M. VERMEESCH (pro)(inzake o.m. een machtiging om een bankonderzoek uit te voeren en over een vraag om inlichtingen aan een financiële instelling)

¹¹⁷⁰ Circulaire van 18 december 2000, Ci.RH 863/530.827, randnummer 102

¹¹⁷¹ Rb. Bergen 2 mei 2002, *FJF* 2003, afl. 7, 710; Rb. Brussel 7 juni 2002, *FJF* 2003, afl. 3, 232, bevestigd door Brussel 2 juni 2005; *FJF* nr. 2006/155; Rb. Antwerpen 10 mei 2006, aangehaald in JVD, "pretaxatiegeschil wel ontvankelijk", *Fiscoloog* 2006, nr. 1048; Gent 15 mei 2007, *FJF* 2008, 2 (dat de vordering om te oordelen over de verlenging van de onderzoekstermijn en de vraag om inlichtingen nochtans wel afwijst wegens gebrek aan belang). Later zou het Hof van Beroep te Gent op dit standpunt terugkomen (Gent 13 januari 2009, *TFR* 2009, 795 met noot E. VAN DE VELDE, in deze zaak werd de vordering onontvankelijk verklaard omdat de bezwaarprocedure niet werd doorlopen). Nog later zal het Hof van Beroep te Gent dit standpunt opnieuw laten varen (Gent 17 december 2013, *TFR* 2014, 487, met noot M. VERMEESCH); rb. Bergen 19 oktober 2009 (inzake beslissing tot verlenging van de onderzoekstermijn), aangehaald in CB, "Rechtbank toch bevoegd voor pretaxatiegeschillen?", *Fiscoloog* 2009, nr. 1182, 6; rb. Leuven 12 november 2010, *TFR* 2011, 510; Rb. Brussel 21 maart 2011, *RABG* 2011/10, 688; rb. Leuven 4 november 2011, *FJF* 2012, 173; Brussel 24 mei 2012, *FJF* 2014, 4; Rb. Gent 11 juni 2013, *TFR* 2014, 90-91; De administratie nam dit standpunt zelf in in de Circulaire van 18 december 2000, Ci.RH 863/530.827, randnummer 116

¹¹⁷² Rb. Leuven 13 december 2002, *FJF* 2003/261 (die evenwel later op dit standpunt zou terugkomen: rb. Leuven 12 november 2010, *TFR* 2011, 510); Rb. Brugge 24 juni 2003, *FJF* nr. 2004/95; Rb. Namen, 26 oktober 2005, *RGCF* 2005, afl. 6, 406; Gent 13 januari 2009, *TFR* 2009, 795 met noot E. VAN DE VELDE, dat dit standpunt later zou laten varen (Gent 17 december 2013, *TFR* 2014, 487, met noot M. VERMEESCH)

¹¹⁷³ In dit geval moet deze derde uiteraard wel aantonen dat hij beschikt over het vereiste belang om de onderzoeksdaad aan de beoordeling van de rechter voor te leggen.

¹¹⁷⁴ Zie o.m. Rb. Bergen 2 mei 2002, *FJF* 2003, afl. 7, 710; rb. Bergen 19 oktober 2009, aangehaald in CB, "Rechtbank toch bevoegd voor pretaxatiegeschillen?", *Fiscoloog* 2009, nr. 1182, 6; Rb. Brussel 21 maart 2011, *RABG* 2011/10, 688; rb. Leuven 4 november 2011, *FJF* 2012, 173; Brussel 24 mei 2012, *FJF* 2014, 4; Een minderheid oordeelt dat de belastingplichtige er geen belang bij heeft om de beslissing tot verlenging van de

een individuele onderzoekshandeling. Zo oordeelde de rechtbank van eerste aanleg van Brussel in een vonnis van 7 juni 2002¹¹⁷⁵ dat een vennootschap belang had bij het horen zeggen voor recht dat de inlichtingen die waren verkregen bij een notaris op een onwettige wijze waren verkregen, zodat zij niet konden worden gebruikt bij het vestigen van een aanslag lastens deze vennootschap. In een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Gent van 11 juni 2013¹¹⁷⁶ werd geoordeeld dat de rechtspersoon die het voorwerp was geweest van een fiscale visitatie, er belang bij had deze visitatie aan de beoordeling van de rechtbank voor te leggen, gelet op de zeer specifieke omstandigheden van de zaak (namelijk dat heel wat documenten werden gekopieerd uit de persoonlijke dossiers van de cliënten van de rechtspersoon die aan de visitatie werd onderworpen en de fiscale bruikbaarheid van deze informatie een impact kan hebben op de vertrouwensrelatie van de rechtspersoon met haar cliënten)¹¹⁷⁷. Uit deze zaak blijkt dat het belang dus niet noodzakelijk van fiscale aard moet zijn. Het belang kan ook van commerciële aard zijn (verlies vertrouwen cliënteel). Een minderheid oordeelt dat, zolang er geen aanslag is, de belastingplichtige geen belang heeft bij het indienen van een vordering in rechte tegen een onderzoekshandeling¹¹⁷⁸.

397. Naast deze uiteenlopende rechtspraak van de gewone hoven en rechtbanken, heeft het Grondwettelijk Hof zich in een arrest van 14 maart 2013 wel uitgesproken in het voordeel van de mogelijkheid om een beslissing tot het inwinnen van informatie aan het oordeel van de rechtbank voor te leggen nog voordat een aanslag is gevestigd. In dit arrest, dat handelt over de mogelijkheid voor de fiscale administratie om in bepaalde omstandigheden een vraag om inlichtingen te stellen aan een financiële instelling, wordt aangenomen dat het “gemeen recht” toelaat om de beslissing van de fiscale administratie aan de rechter voor te leggen¹¹⁷⁹. Het bestaan van deze mogelijkheid wordt als een element meegenomen in de beoordeling van de vraag of de wettelijke bepalingen die het stellen van vragen aan financiële instellingen mogelijk maken, proportioneel zijn in het licht van artikel 8 EVRM. Het voorleggen aan de rechter van de beslissing van de fiscale administratie om een vraag om inlichtingen te stellen aan een financiële instelling, wordt mogelijk gemaakt doordat de wet uitdrukkelijk voorschrijft dat de belastingplichtige in kennis moet worden gesteld van de feitelijke elementen die deze vraag om inlichtingen verantwoorden, dit gelijktijdig aan het moment waarop de fiscale administratie zich effectief tot de bank wendt¹¹⁸⁰.

onderzoekstermijn aan te vechten, omdat nog niet zeker is dat deze beslissing rechtsgevolgen zal teweegbrengen en met name zal leiden tot een aanslag (Gent 15 mei 2007, *FJF* 2008, 2, dat dit standpunt later zou laten varen (Gent 17 december 2013, *TFR* 2014, 487); Rb. Hasselt 11 juni 2008, aangehaald in de rubriek “rechtspraak directe belastingen” in *Fisc. Act.* 2008, nr. 35, 13-16)

¹¹⁷⁵ Rb. Brussel 7 juni 2002, *FJF* 2003, afl. 3, 232 bevestigd door Brussel 2 juni 2005; *FJF* nr. 2006/155

¹¹⁷⁶ Rb. Gent 11 juni 2013, *TFR* 2014, 90-91

¹¹⁷⁷ Zie ook E. VAN DE VELDE in haar noot onder Gent 13 januari 2009, *TFR* 2009, 795, waarin zij stelt dat elke onderzoeksdaad van de fiscale administratie een rechtshandeling is die rechtsgevolgen teweegbrengt, waardoor de betrokkene over het vereiste belang beschikt over deze rechtshandeling aan de rechtbank voor te leggen.

¹¹⁷⁸ Rb. Namen, 26 oktober 2005, *RGCF* 2005, afl. 6, 406, die daarbij overweegt dat, zolang de aanslag niet is gevestigd, de administratie de mogelijkheid heeft om eventuele vergissingen (inzake deze onderzoekshandelingen) recht te zetten.

¹¹⁷⁹ GwH 14 maart 2013, 39/2013, overweging B.10.4; zie ook bespreking J. BOSSUYT en F. DEBELVA van dit arrest in: J. BOSSUYT en F. DEBELVA, “Uitzondering fiscaal bankgeheim verenigbaar met privéleven”, *TFR* 2013, 498; zie ook JVD, “Het De Gucht-arrest: wat houdt de rechterlijke toetsing precies in?”, *Fiscoloog* 2013, nr. 1333, 1

¹¹⁸⁰ Artikel 333/1 § 1 eerste lid W.I.B. 1992: “In de gevallen bedoeld in de artikelen 322, § 2, en 327, § 3, tweede lid, stelt de administratie de belastingplichtige in kennis van de aanwijzing of de aanwijzingen van belastingontduiking of van de gegevens op grond waarvan zij meent dat het gevoerde onderzoek tot een

Naast deze erkenning door het Grondwettelijk Hof van het bestaan van een jurisdictioneel beroep in de pretaxatiefase voor deze specifieke onderzoeksdaad, is er nog een tweede specifieke onderzoeksdaad die aan de beoordeling van de rechtbank kan worden voorgelegd nog voordat er een aanslag wordt gevestigd. Op grond van artikel 319 tweede lid W.I.B. 1992 is een huisvisitatie immers slechts mogelijk mits deze vooraf wordt gemachtigd door de politierechter¹¹⁸¹.

398. Los van deze twee specifieke gevallen waarin de mogelijkheid om een jurisdictioneel beroep in de pretaxatiefase in te stellen lijkt vast te staan, is er op basis van de huidige stand van de rechtspraak, en in afwezigheid van rechtspraak van het Hof van Cassatie terzake, vooralsnog geen rechtszekerheid omtrent de mogelijkheid om de inzameling van informatie aan de beoordeling van de rechtbank voor te leggen.

399. Bovendien – en aangenomen dat het gemeen recht wel een jurisdictioneel beroep mogelijk maakt in de pretaxatiefase – veroorzaakt het niet-georganiseerd zijn van een dergelijk jurisdictioneel beroep een aantal praktische problemen, net als dit het geval is voor het niet-georganiseerd zijn van een administratief beroep tegen beslissingen tot inzameling van informatie.

Zo is doorgaans geen kennisgeving voorgeschreven voor onderzoekshandelingen bij derden of bij andere overheden, zodat de belastingplichtige in vele gevallen niet op de hoogte zal zijn van de gebeurlijke inmenging in het privéleven. Bovendien heeft de vordering in rechte tegen het verzamelen van informatie door de fiscale administratie, bij gebrek aan wettelijke regeling, in principe ook geen schorsende werking. De fiscale administratie is dus niet gehouden om in afwachting van het oordeel van de rechter, voorlopig af te zien van de voorgenomen onderzoeksdaad of deze te staken. De administratie is ook niet gehouden om de informatie die uit de betwiste onderzoeksdaad is voortgevloeid, in afwachting van het oordeel van de rechter niet te gebruiken¹¹⁸². In vele gevallen zal de fiscale administratie

eventuele toepassing van artikel 341 leidt en die een vraag om inlichtingen bij een financiële instelling rechtvaardigen. Deze kennisgeving gebeurt bij aangetekende brief gelijktijdig met het verzenden van de voormelde vraag om inlichtingen". Deze kennisgeving is niet vereist wanneer de vraag om inlichtingen aan de financiële instelling wordt verzonden omwille van een uitdrukkelijk vraag van een buitenlandse staat (artikel 333/1 § 1, derde en vierde lid W.I.B. 1991)

¹¹⁸¹ De vraag rijst welke rechtsmiddelen tegen deze machtigingsbeslissing kunnen worden aangewend. De rechtbank van eerste aanleg te Leuven heeft in een vonnis van 12 november 2010 gesteld dat de rechter van eerste aanleg bevoegd is om de machtiging van de politierechter te beoordelen op grond van artikel 569, 32° Ger.W., ook voordat de aanslag is gevestigd die desgevallend is gebaseerd op de gegevens uit de betwiste fiscale visitatie (Rb. Leuven 12 november 2010, aangehaald in JVD, "Hoe u verzetten tegen machtiging fiscale huiszoeking", *Fiskoloog* 2011, 1256, 3. De rechtbank moest uitspraak doen in het kader van een beroep tegen het vonnis van de politierechter bij wie een derdenverzet aangehangig was gemaakt. De rechtbank oordeelde evenwel dat een dergelijk derdenverzet niet mogelijk was. De rechtbank verwees hiervoor naar artikel 1122 van het Ger.W. dat derdenverzet toelaat tegen een beslissing gewezen door een *burgerlijk* gerecht, of door een strafgerecht in zover dit over *burgerlijke* belangen uitspraak heeft gedaan. Een politierechter die machtiging verleent voor een fiscale visitatie zou niet optreden als *burgerlijke* rechter en zijn beslissing zou geen uitspraak zijn over *burgerlijke* belangen, zoals bedoeld in artikel 1122 van het Ger.W. M.MAUS meende eerder dat dat de persoon ten aanzien van wie de machtigingsbeschikking werd gewezen wel over dit recht op derdenverzet beschikt op grond van artikel 1033 van het Ger.W (zie M. MAUS, *de fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 214)

¹¹⁸² In Nederland bestaat sinds 1 juli 2011 voor de fiscale administratie de mogelijkheid om – indien de *belastingplichtige* bepaalde informatieplichtingen ten aanzien van de fiscale administratie niet nakomt – een zogenaamde informatiebeschikking uit te reiken (artikel 52 a Algemene Wet Rijksbelastingen (hierna verder "AWR"). De AWR schrijft uitdrukkelijk voor dat deze beschikking voor bezwaar vatbaar is (artikel 52 a lid 1 AWR) en schorsend werkt ten aanzien van de termijnen voor de vaststelling van een aanslag (artikel 52 a lid 2

overigens verplicht zijn om de bekomen gegevens alvast aan te wenden voor het vestigen van de aanslag wanneer met name de aanslagtermijnen dreigen te verstrijken en de rechter die is gevat om te oordelen over de onderzoeksdaad, nog geen uitspraak heeft gedaan.

In tegenstelling tot het niet-georganiseerd administratief beroep, zal bij het niet-georganiseerd juridictioneel beroep er wel een verplichting zijn voor de rechter om uitspraak te doen¹¹⁸³, al is er geen zekerheid over de termijn binnen dewelke de rechter een uitspraak zal doen.

400. Onbetwist is het feit dat de inzameling van informatie die aanleiding heeft gegeven tot de aanslag in de inkomstenbelastingen, aan de beoordeling van de rechter kan worden voorgelegd ter gelegenheid van de beoordeling van de aanslag (artikel 569, 32° Ger.W.). Een ontvankelijkheidsvoorwaarde bij dit georganiseerd juridictioneel beroep is wel dat een georganiseerd administratief beroep moet zijn ingesteld (artikel 1385 undecies Ger.W.).

Net zoals dit het geval is voor het georganiseerd administratief beroep, heeft het georganiseerd juridictioneel beroep het voordeel dat ook onderzoeksdaden die tijdens de onderzoeksfase niet ter kennis zijn gebracht aan de belastingplichtige, ook aan de beoordeling van de rechtbank kunnen worden onderworpen nu zij sinds de vestiging van de aanslag kenbaar zijn ten aanzien van de belastingplichtige via de inzage in het administratief dossier.

Het nadeel van dit georganiseerd juridictioneel beroep is, net als dit het geval is voor het georganiseerd administratief beroep, dat de schending van het privéleven zich per definitie al zal hebben voltrokken en de uit deze schending voortgekomen informatie al zal zijn aangewend voor het vestigen van een aanslag.

401. Wat betreft het recht op een juridictioneel beroep in het kader van een schending van het recht op privéleven kan ten slotte nog nuttig worden verwezen naar artikel 47 van het Handvest. Dit grondrecht houdt in dat eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden (waaronder dus het recht op privéleven), steeds het recht heeft op een doeltreffende voorziening in rechte. Dit werd recent nog bevestigd in een fiscale zaak door het Hof van Justitie. In de zaak WEBMINDLICENCES¹¹⁸⁴ waarin bewijsmateriaal, dat werd vergaard in het kader van een nog niet afgesloten strafonderzoek, werd gebruikt door de fiscale administratie. Het Hof van Justitie bevestigd dat de in dit artikel 47 van het Handvest gewaarborgde rechterlijke

AWR). Met name worden deze termijnen geschorst voor de periode tussen de bekendmaking van de informatiebeschikking en het moment waarop deze informatiebeschikking onherroepelijk komt vast te staan of wordt vernietigd. Doorgaans wordt in de Nederlandse literatuur aangegeven dat deze regeling niet noodzakelijk tot meer rechtsbescherming leidt omdat de fiscale administratie niet verplicht is de informatiebeschikking te nemen. De fiscale administratie kan immers ook op grond van artikel 52a lid 4 AWR zich ook tot de burgerlijke rechter wenden om een veroordeling te bekomen van de informatieverplichtingen op straffe van een dwangsom. Hoewel de wetgever deze toegang tot de civiele rechter wenste voor te behouden voor "bijzondere gevallen" schrijft de wet geen enkele beperking voor (bevestigd door HR 25 oktober 2013, nr. 12/03379)(zie A.J.LUIMES, "Recente ontwikkelingen omtrent de informatiebeschikking", *Weekblad voor Fiscaal Recht*, 2016/24; G.H. ULLRICH & A.M.E. NUYENS, "Het tweejarig bestaan van de informatiebeschikking; een feestje waard?", *NTFR-A* 2013, nr. 10, 13-18

¹¹⁸³ Artikel 5 Ger.W.: "*Er bestaat rechtsweigering wanneer de rechter weigert recht te spreken onder enig voorwendsel, zelfs van het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid van de wet.*"

¹¹⁸⁴ HvJ 17 december 2015 C-419/14 WEBMINDLICENCES Kft

toetsing inhoudt dat er steeds een rechterlijke instantie moet zijn die kan controleren of bij de *verkrijging* en het *gebruik* van de bewijzen (onder meer) het recht op privéleven (van artikel 7 van het Handvest) niet is geschonden¹¹⁸⁵. In het aan het Hof van Justitie voorliggende geval houdt dit in dat deze controle moet kunnen gebeuren door de rechterlijke instantie waarbij beroep is ingesteld tegen de beslissing van de belastingdienst om – in casu - btw na te vorderen. Deze (fiscale) rechterlijke instantie moet dus gemachtigd zijn om te controleren of de bewijzen uit een parallelle nog niet afgesloten strafprocedure waarop deze fiscale beslissing steunt, in deze strafprocedure zijn verkregen in overeenstemming met (onder meer) het recht op privéleven. Het Hof van Justitie verduidelijkt wel dat de fiscale rechter er zich op zijn minst moet van kunnen vergewissen dat er geen schending is van het recht op privéleven op basis van een toetsing die al door een strafgerecht is verricht in een procedure op tegenspraak¹¹⁸⁶.

Uiteraard moet het bij de toepassing van artikel 47 van het Handvest wel steeds gaan over de beoordeling van een beslissing (bijvoorbeeld een onderzoeksmaatregel) die een uitvoering van het Unierecht vormt, zodat dit grondrecht in het kader van dit onderzoek doorgaans slechts zal kunnen worden ingeroepen in het kader van de beoordeling van een beslissing in uitvoering van de Europese rechtsinstrumenten betreffende de uitwisseling van fiscale inlichtingen.

Het EVRM kent wel een analoog grondrecht, met name artikel 13 van het EVRM dat aan eenieder wiens rechten en vrijheden, welke in het EVRM zijn vermeld, zijn geschonden, het recht verleent op daadwerkelijke rechtshulp voor een nationale instantie, zelfs indien deze schending zou zijn begaan door personen in de uitoefening van hun ambtelijke functie. Dit grondrecht kan worden ingeroepen ten aanzien van elk overheidsoptreden. In de toelichting bij het Handvest wordt evenwel uitdrukkelijk bepaald dat artikel 47 eerste lid van het Handvest weliswaar *gebaseerd* is op artikel 13 EVRM, maar ruimer is¹¹⁸⁷. Artikel 13 EVRM bepaalt inderdaad enkel dat er een “daadwerkelijk rechtsmiddel voor een nationale instantie” moet zijn, wat dus niet noodzakelijk een rechtscollège is¹¹⁸⁸. Het recht op toegang tot een rechter in het kader van de beoordeling van een schending van artikel 8 EVRM, wordt door het EHRM gezien als een onderdeel van artikel 6 EVRM¹¹⁸⁹.

II. De beoordelingsbevoegdheid

A. De beoordelingsbevoegdheid van de administratie

402. In beginsel kan in het kader van een administratief beroep elk nuttig argument worden aangevoerd, dit zowel met betrekking tot de opportuniteit van de beslissing als de

¹¹⁸⁵ HvJ 17 december 2015 C-419/14 WEBMINDLICENCES KfT, randnummer 87

¹¹⁸⁶ HvJ 17 december 2015 C-419/14 WEBMINDLICENCES KfT, randnummer 88

¹¹⁸⁷ Publicatieblad 14 december 2007, C-303/29

¹¹⁸⁸ Zie hierover: S. DE RAEDT, “Het Hof van Justitie en de Belgische Antigoonleer. Drie redenen om minder enthousiast te zijn”, *TFR* 2016, 471-472

¹¹⁸⁹ EHRM 21 februari 2008, RAVON/Frankrijk § 27: “Lorsque, comme en l’espèce, l’article 6 § 1 s’applique, il constitue une *lex specialis* par rapport à l’article 13 : ses exigences, qui impliquent toute la panoplie des garanties propres aux procédures judiciaires, sont plus strictes que celles de l’article 13, qui se trouvent absorbées par elles (voir, par exemple, les arrêts *Brualla Gómez de la Torre c. Espagne*, du 19 décembre 1997, *Recueil* 1997-VIII, § 41, et *Kudła c. Pologne* [GC], du 26 octobre 2000, n° 30210/96, *CEDH* 2000-XI, § 146)”.

wettigheid ervan¹¹⁹⁰. Vermits in wezen van dezelfde overheid, of een hiërarchisch overste wordt gevraagd om het eigen overheidshandelen te heroverwegen, wordt doorgaans betwijfeld of de nodige objectiviteit aan de dag kan worden gelegd om zich uit te spreken over de wettigheid en opportuniteit van het eigen overheidshandelen¹¹⁹¹. De rechtsbescherming geboden in het kader van het administratief beroep is om die reden zwak te noemen. Maar de rechtsbescherming in het kader van dit administratief beroep is bovendien is sommige gevallen ook ontoereikend om *elke vorm* van schending van het recht op privéleven te controleren.

Uit de onderafdeling 1 van afdeling 2 over de draagwijdte van het recht op privéleven is gebleken dat er diverse vormen zijn van schendingen van het recht op privéleven, ook ingeval er sprake is van concreet overheidshandelen. Een eerste vorm – aangenomen dat het getoetste overheidshandelen als een *inmenging* in het recht op privéleven kan worden beschouwd – is het overheidshandelen waarvoor geen (kwalitatieve) wettelijke basis voorhanden is¹¹⁹². Een tweede vorm van schending van het recht op privéleven door overheidshandelen is het overheidshandelen dat geen legitiem doel dient. Ten slotte is de derde vorm van schending van het recht op privéleven door een overheidshandelen, het overheidshandelen dat niet noodzakelijk is om het legitieme doel te bereiken. Vermits al is gebleken in onderafdeling 1 van afdeling 2 (over de draagwijdte van het recht op privéleven) dat de inzameling van informatie voor het vestigen van de inkomstenbelastingen in ieder geval als een legitiem doel moet worden beschouwd, wordt de tweede vorm van schending van het recht op privéleven als grondrecht hier verder buiten beschouwing gelaten.

Bij de eerste vorm van schending van het recht op privéleven (schending van het recht op privéleven doordat er geen wettelijke basis is voor de inmenging in het privéleven) dient er een onderscheid te worden gemaakt tussen drie subvormen van schending van deze legaliteitsvereiste.

Vooreerst is er de schending van de legaliteitsvereiste in haar meest extreme vorm, namelijk wanneer voor het overheidshandelen totaal geen enkele wettelijke grondslag aanwezig is. In een rechtsstaat waarbij elk handelen van de uitvoerende macht steeds een basis moet kennen in een beslissing van de wetgevende macht¹¹⁹³, zal dit wellicht weinig voorkomen.

De schending van het recht op privéleven zal er evenwel vaker in bestaan dat er weliswaar door de overheid is gehandeld op basis van een wettelijke grondslag, maar dat deze

¹¹⁹⁰ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2009, randnummer 870.

¹¹⁹¹ S.LUST, *Rechtsbescherming tegen de (administratieve) overheid. Een inleiding.*, Brugge, Die Keure, 2014, 44

¹¹⁹² Deze vraag was bijvoorbeeld aan de orde in: Rb. Brussel 13 april 2000, *FJF* 2001, 327 (fiscale zaak). In deze zaak werd het klantenverloop van de belastingplichtige gadeslagen. De belastingplichtige voerde aan dat voor deze observaties geen wettelijke basis bestond. De rechter oordeelde evenwel dat de wettelijke bepalingen inzake de fiscale visitatie een voldoende basis vormde voor de observatie. De vraag was eveneens aan de orde in: K.I. Brussel 11 juni 2003, *JT* 2004, afl. 6138, 478 (strafzaak). In deze zaak werd een leugendetector gebruikt. De rechtbank ging hier wel in op het argument dat deze inmenging in het recht op privéleven niet wettelijk geregeld is.

¹¹⁹³ Voor België is dit gebaseerd op artikel 105 van de Grondwet: *De Koning heeft geen andere macht dan die welke de Grondwet en de bijzondere wetten, krachtens de Grondwet zelf uitgevaardigd, hem uitdrukkelijk toekennen.*"

wettelijke grondslag onvoldoende kwalitatief is in de zin van artikel 8 EVRM¹¹⁹⁴ om de concrete inmenging in het privéleven toe te laten. Dit is meteen de tweede subvorm van schending van de legaliteitsvereiste. Dit zou bijvoorbeeld het geval zijn indien elke onderzoeksdaad van de fiscale administratie gebaseerd zou zijn op een algemene wettelijke bepaling die aan de fiscale administratie de bevoegdheid verleent om “alle nuttige informatie in te zamelen” met het oog op het vestigen van de belasting. Een dergelijke wettelijke basis zal in het licht van de kwaliteitsvereisten van het EHRM als onvoldoende voorzienbaar worden beschouwd. In dat geval dringt een rechtstreekse toetsing, niet van het overheidshandelen, maar wel van de wettelijke grondslag aan artikel 8 EVRM zich op¹¹⁹⁵. Hiervoor is de administratie niet bevoegd. In bepaalde gevallen zal wel kunnen worden gesteld dat de wet die onvoldoende voorzienbaar is, ook voor interpretatie vatbaar is. In dat geval kan wel worden verwacht dat de administratie, die in wezen ook de Grondwet en de verdragsrechtelijke bepalingen met rechtstreekse werking dient te respecteren, de onvoorzienbare en voor interpretatie vatbare wet, interpreteert conform de Grondwet en de verdragsrechtelijke bepalingen¹¹⁹⁶. Bij een dergelijke vraag aan de administratie om, in het kader van een administratief beroep, de wet grondwetsconform en/of verdragsconform te interpreteren rijst wel het praktische probleem dat de ambtenaar die uitspraak moet doen over het administratief beroep, zich steeds moet laten leiden door het standpunt van zijn hiërarchische overste aangaande de wijze waarop de wet moet worden geïnterpreteerd¹¹⁹⁷, zoals dit vertolkt is in onder meer circulaires, zodat de rechtsbescherming in dat kader weerom als zwak moet worden beschouwd. Daarnaast moet ook worden gesteld dat niet elke wet, die onvoorzienbaar is in het licht van de rechtspraak van het EHRM, ook voor interpretatie vatbaar is. Soms is een wet immers voldoende duidelijk, maar biedt zij onvoldoende houvast aan degene tot wie zij is gericht om voldoende te weten waar hij aan toe is, wat de essentie is van de voorzienbaarheidsvereiste.

Een derde subvorm van schending van de legaliteitsvereiste betreft de gevallen waarbij de overheid de kwalitatieve wettelijke basis op een bepaalde manier¹¹⁹⁸ schendt. De administratie, die in het kader van een administratief beroep, de vraag krijgt het verzamelen van informatie door de fiscale overheid te beoordelen, zal deze schending van de wet wel kunnen beoordelen.

¹¹⁹⁴ Dezelfde criteria worden gesteld in artikel 7 van het Handvest en artikel 22 van de Grondwet – zie afdeling over de draagwijze van het recht op privéleven en de afdeling over de toelichting over de onderzochte rechtsbron.

¹¹⁹⁵ Of artikel 7 Handvest of artikel 22 GW

¹¹⁹⁶ De verplichting om de wet uit te leggen conform het Handvest wordt afgeleid uit artikel 4 lid 3 VEU. De lidstaten hebben immers de plicht, op grond van het beginsel van de loyale samenwerking en gemeenschapstrouw om het nationale recht zo veel mogelijk uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van het EU-recht met inbegrip van het Handvest van de grondrechten. Deze verplichting geldt niet alleen voor de wetgever en de rechter, maar ook voor de uitvoerende macht (T. BARKHUYSEN, en A.W. BOS, “De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht”, *Jbplus* 2011, 10

¹¹⁹⁷ V. DAUGINET en K. SPAGNOLI, *De nieuwe fiscale procedure. Commentaar bij de wetten van 15 en 23 maart 1999*, Kalmthout, Biblo, 1999, 51

¹¹⁹⁸ Niet elke schending van een wettelijke bepaling zal ook een schending van het recht op privéleven vormen. Zie hierover meer verder in de tekst. Evenwel kan in het kader van deze afdeling over de beoordelingsbevoegdheid wel worden gesteld dat het bij deze vorm van schending van het recht op privéleven nodig is dat het overheidshandelen kan worden getoetst op haar conformiteit met de wet. De administratie is hiertoe in het kader van het administratief beroep bevoegd.

403. Wat de derde vorm van schending van het recht op privéleven betreft (het overheidshandelen is niet noodzakelijk voor het bereiken van het beoogde legitieme doel), zal een rechtstreekse toetsing aan de Grondwet of aan de grondrechtelijke verdragsbepaling niet steeds vereist zal zijn. Dit is met name het geval wanneer de nationale bepaling die de inmenging in het privéleven organiseert de noodzakelijkheid van de inmenging in het privéleven met het beoogde doel vereist. Aan de administratie kan dan, in het kader van het administratief beroep, worden gevraagd het overheidshandelen te toetsen aan de noodzakelijkheidsvoorwaarde van de nationale wet. Maar, ook indien de nationale wetgeving geen noodzakelijkheidsvereiste voorschrijft, zal een toetsing aan de Grondwet of een grondrechtelijke verdragsbepaling zich - wat deze derde vorm van schending van het recht op privéleven betreft - niet steeds opdringen. In de mate dat de nationale wetgeving aan de overheid een zekere discretionaire bevoegdheid verleent om aan bepaalde informatiewinning te doen die als een inmenging in het privéleven kan worden beschouwd, zal het overheidshandelen dat zich binnen dit wettelijk kader afspeelt steeds kunnen worden getoetst aan de beginselen van behoorlijk bestuur¹¹⁹⁹. Het evenredigheidsbeginsel of proportionaliteitsbeginsel wordt doorgaans als een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur beschouwd¹²⁰⁰. Bijgevolg moet de overheid wanneer zij binnen haar discretionaire bevoegdheid handelt om informatie in te winnen, dit evenredigheidsbeginsel respecteren. De administratie kan, in het kader van het administratief beroep, het gewraakte overheidshandelen ook toetsen aan het evenredigheidsbeginsel¹²⁰¹. Indien het overheidshandelen niet als evenredig wordt beschouwd met het legitieme doel, vanuit het oogpunt van de beginselen van behoorlijk bestuur, dan zal het overheidshandelen ook niet voldoen aan de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 EVRM, dat deze evenredigheidscontrole impliceert (zie hierover de onderafdeling 1 van afdeling 2 over de draagwijdte van het recht op privéleven). Indien de overheid evenwel handelt binnen een gebonden bevoegdheid, zodat de toetsing van het beginsel van behoorlijk bestuur niet aan de orde is, en de wettelijke grondslag van haar handelen geen noodzakelijkheidsvereiste in zich draagt, dan zal het overheidshandelen, voor deze derde vorm van schending van het recht op privéleven, rechtstreeks moeten worden getoetst aan de Grondwet of aan een grondrechtelijke verdragsbepaling, waarvoor de administratie niet bevoegd is. In dat kader verleent het administratief beroep opnieuw een ontoereikende rechtsbescherming.

¹¹⁹⁹ J. DE ROO, "Begrenzing van het controlerecht door algemene beginselen van behoorlijk bestuur en rechten van de mens", in S. VAN CROMBRUGGE (ed). *Gentse Geschriften. De fiscale controle*, Kalmthout, Biblo, 1993, 107

¹²⁰⁰ R. TIJS, *Algemeen bestuursrecht in hoofdlijnen*, Intersentia 2012, 225; D. DEVOS en T. DREIER, "Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de regionale fiscaliteit", in M. DE JONCKHEERE, *Jaarboek lokale en regionale belastingen 2006-2007. De algemene fiscale rechtsbeginselen in de lokale en regionale fiscaliteit*, Brugge, Die Keure, 2007, 5 en 39; V. DAUGINET en Y. LOIX, "Over de schijnbaar moeilijk verzoening tussen de legaliteit en de rechtsbescherming tegen onbehoorlijk bestuur in de fiscaliteit", *AFT* 2003, 235; L.P. SUETENS, "Algemene beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie der normen. Inleidende verkenning", in I. OPDEBEEK (ed.), *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Antwerpen, Kluwer, 1993, 4-5 (die het evenredigheidsbeginsel ziet als toepassing van het redelijkheidsbeginsel); In fiscale zaken krijgt het evenredigheidsbeginsel vooral invulling in het kader van de discretionaire bevoegdheid van de fiscale administratie op belastingverhogingen en boetes op te leggen (zie Cass. 24 januari 2002, *FJF* 2002/92, 264; zie hierover: D. DEVOS en T. DREIER, "Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de regionale fiscaliteit", in M. DE JONCKHEERE, *Jaarboek lokale en regionale belastingen 2006-2007. De algemene fiscale rechtsbeginselen in de lokale en regionale fiscaliteit*, Brugge, Die Keure, 2007, 40 ev.)

¹²⁰¹ V. DAUGINET en Y. LOIX, "Over de schijnbaar moeilijk verzoening tussen de legaliteit en de rechtsbescherming tegen onbehoorlijk bestuur in de fiscaliteit", *AFT* 2003, 235

B. De beoordelingsbevoegdheid van de rechter

404. De rechtsbescherming die uitgaat van het jurisdictioneel beroep kan, in tegenstelling tot wat het geval is voor het administratief beroep, niet zwak worden genoemd. Bij een jurisdictioneel beroep kan aan een *onafhankelijk* en *onpartijdig* rechter worden gevraagd om een oordeel te vellen over het overheidsoptreden.

405. De rechter kan hierbij het overheidsoptreden toetsen aan zowel de wet, de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het evenredigheidsbeginsel, alsook rechtstreeks aan de Grondwet en de (grondrechtelijke) verdragsbepalingen¹²⁰². In die zin is de rechtsbescherming dus toereikend.

406. Zoals hierboven aangehaald zal in sommige gevallen eerst *de wet* moeten worden getoetst aan de Grondwet dan wel de verdragsbepalingen, alvorens het overheidshandelen kan worden beoordeeld. Dit is het geval wanneer het overheidshandelen in overeenstemming is met een nationale wettelijke bepaling die evenwel als onvoldoende voorzienbaar wordt beschouwd. Gelet op de rechtstreekse werking en voorrang van artikel 8 EVRM en artikel 7 Handvest¹²⁰³ kan de rechter in principe de overeenstemming van een nationale bepaling met deze verdragsbepalingen nagaan. De rechter zal verplicht zijn om de nationale bepaling die in strijd is met deze verdragsbepaling buiten toepassing laten¹²⁰⁴. De gewone hoven en rechtbanken zijn daarentegen niet bevoegd om een wettelijke bepaling te toetsen aan de Grondwet. Deze bevoegdheid is voorbehouden aan het Grondwettelijk Hof. Omwille van het risico op tegenstrijdige uitspraken van enerzijds het Grondwettelijk Hof en anderzijds de gewone hoven en rechtbanken (ultiem: het Hof van Cassatie) betreffende de invulling van een grondrecht dat zowel door de Grondwet als door een internationale verdragsbepaling met rechtstreekse werking wordt gewaarborgd, werd er in 2009 voor geopteerd een verplichte voorrangregeling in te voeren ten voordele van het Grondwettelijk Hof¹²⁰⁵. Ingeval de schending van een grondrecht wordt aangevoerd dat zowel door boek II van de Grondwet als door een verdragsbepaling met rechtstreekse werking wordt gegarandeerd (zoals dit het geval is voor het recht op privéleven), dan zullen de gewone hoven en rechtbanken dus verplicht zijn¹²⁰⁶ een prejudiciële vraag te stellen aan

¹²⁰² S. LAMBRECHT, "Grondrechtenbescherming door de hoogste rechtscolleges en hun onderlinge verhouding" in S. DE RAEDT en A. VAN DE VIJVER, *Grondrechten in fiscalibus*, Brussel, Larcier, 2016, 20 ev.

¹²⁰³ Cass. 27 mei 1971 (FRANCO-SUISSE LE SKI) *Arr. Cass.* 1971, 959

¹²⁰⁴ Een rechterlijke praktijk die het buiten toepassing laten van een wet die in strijd is met het Handvest koppelt aan de voorwaarde dat de strijdigheid duidelijk uit de bewoording van het Handvest of de daarop betrekking hebbende rechtspraak moet blijken, is in strijd met het Unierecht zelf en kan dus niet: HvJ 26 februari 2013 AKERBERG FRANSSON (C-617/10)

¹²⁰⁵ Artikel 26 § 4 Bijz.W.GwH.: "Wanneer voor een rechtscollege de schending wordt opgeworpen door een wet, een decreet of een in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel van een grondrecht dat op geheel of gedeeltelijk analoge wijze is gewaarborgd in een bepaling uit titel II van de Grondwet en in een bepaling van Europees of internationaal recht, dient het rechtscollege eerst aan het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag te stellen over de verenigbaarheid met de bepaling uit titel II van de Grondwet. Indien voor het rechtscollege slechts de schending van de bepaling van Europees of internationaal recht wordt opgeworpen, dient het rechtscollege, zelfs ambtshalve, na te gaan of titel II van de Grondwet een geheel of gedeeltelijk analoge bepaling bevat. Deze verplichtingen doen geen afbreuk aan de mogelijkheid van het rechtscollege om, tegelijkertijd of op een later tijdstip, ook een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Unie te stellen.(...)" zie hierover: B. PEETERS en A. VAN DE VIJVER, "Samenloop van grondrechten in fiscalibus", *TFR* 2010, 991 ev. De grondrechten gewaarborgd door het EVRM werden uitdrukkelijk beoogd door de bijzondere wetgever (*Parl.St.* Senaat 2007-08, 4-12/1, p. 5; *Parl.St.* Senaat 2007-08, 4-12/4, p. 12), alsook de grondrechten gewaarborgd door het Handvest (*Parl.St.* Senaat 2007-08, 4-12/4, p. 12 en 26).

¹²⁰⁶ Artikel 26 § 4 van de Bijz.W.GwH bepaalt dat het rechtscollege niet verplicht is de prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof wanneer het oordeelt dat hetzij de bepaling uit titel II van de Grondwet

het Grondwettelijk Hof (artikel 26 § 1, 3° Bijz.W.GwH)¹²⁰⁷. De rechtscolleges waarvoor de schending van het recht op privéleven wordt ingeroepen mogen dus een wettelijke bepaling in principe niet meer rechtstreeks toetsen aan het EVRM¹²⁰⁸ of aan het Handvest. Hierbij wordt ervan uitgegaan dat het Grondwettelijke Hof de grondrechten gewaarborgd door de Grondwet “verdragsconform” interpreteert¹²⁰⁹. Het Grondwettelijk Hof verwijst bij de invulling van artikel 22 van de Grondwet inderdaad regelmatig naar de rechtspraak van het EHRM betreffende artikel 8 EVRM en oordeelt in dat kader dat de waarborgen vervat in de verdragsbepalingen een zogenaamd “onlosmakelijk geheel” vormen met de waarborgen die in de grondwetsbepaling zijn opgenomen¹²¹⁰. Daar waar de grondwetsbepaling een ruimere rechtsbescherming verleent (wat voor artikel 22 GW het geval is waar deze bepaling een formele wet vereist in tegenstelling tot artikel 8 EVRM waar een materiële wet volstaat¹²¹¹), wordt deze ruimere rechtsbescherming ook toegepast, wat ook in overeenstemming is met artikel 53 EVRM.

In het kader van deze in 2009 ingevoerde voorrangregeling voor de prejudiciële vraagstelling aan het Grondwettelijk Hof rees wel de vraag naar de overeenstemming van deze regeling met de rechtspraak van het Hof van Justitie waarin wordt gesteld dat elke nationale rechter *aanstonds* al het nodige moet doen voor de terzijdestelling van de nationale wettelijke bepalingen die eventueel in de weg staan aan de volle uitwerking van het EU-recht, zonder dat deze rechter hierbij eventueel de uitkomst van een constitutionele procedure hoeft af te wachten¹²¹². In het arrest MELKI en ABDELI van 2010 heeft het Hof van Justitie zich hierover uitgesproken. Het Hof oordeelde dat *“artikel 267 VWEU¹²¹³ zich verzet tegen een wettelijke regeling van een lidstaat die een incidentele procedure voor toetsing van de grondwettigheid van de nationale wetten invoert, voor zover de voorrang van deze procedure ertoe leidt dat noch vóór de toezending van een grondwettigheidsvraag aan de nationale rechter die met de toetsing van de grondwettigheid van de wetten is belast noch, in voorkomend geval, na de beslissing van deze rechter over die vraag, geen van de andere nationale rechters zijn bevoegdheid kan uitoefenen om zich met prejudiciële vragen tot het Hof te wenden dan wel zijn verplichting daartoe kan nakomen. Daarentegen verzet artikel 267 VWEU zich niet tegen een dergelijke nationale wettelijke regeling, voor zover de andere nationale rechters vrij blijven, (1) op elk ogenblik van de procedure dat zij passend oordelen – ook na de incidentele procedure voor grondwettigheidstoetsing –, het Hof alle prejudiciële vragen voor te leggen die zij noodzakelijk achten, (2) alle maatregelen te treffen die noodzakelijk zijn om de voorlopige rechterlijke bescherming van de door de rechtsorde van de Unie verleende rechten te verzekeren, en (3) na een dergelijke incidentele procedure*

klaarblijkelijk niet is geschonden, hetzij wanneer het oordeelt dat uit een arrest van een internationaal rechtscollege blijkt dat de bepaling uit het Europees of internationaal recht klaarblijkelijk geschonden is, hetzij wanneer het rechtscollege oordeelt dat uit een arrest van het Grondwettelijk Hof blijkt dat de bepaling uit titel II van de Grondwet klaarblijkelijk geschonden is.

¹²⁰⁷ S. LAMBRECHT, “Grondrechtenbescherming door de hoogste rechtscolleges en hun onderlinge verhouding” in S. DE RAEDT en A. VAN DE VIJVER, *Grondrechten in fiscalibus*, Brussel, Larcier, 2016, 35 ev.

¹²⁰⁸ B. PEETERS en A. VAN DE VIJVER, “Samenloop van grondrechten in fiscalibus”, *TFR* 2010, 991 ev

¹²⁰⁹ *Parl.St.* Senaat 2007, nr. 4-12/1, 2-3

¹²¹⁰ Zie bijvoorbeeld Arbitragehof 22 juli 2004, nr. 136/2004, overweging B.5.3 (inzake het wettigheidsbeginsel in strafzaken)

¹²¹¹ Zie hierover de onderafdeling over de draagwijdte van het recht op privéleven

¹²¹² HvJ 9 maart 1978, C-106/77, SIMMENTHAL; zie hierover J. VELAERS, “Het arrest-Melki-Abdeli van het Hof van Justitie van de Europese Unie: een voorwaardelijk ‘fiat’ voor de voorrang van de toetsing van de Grondwet op de toetsing aan het internationaal Europees recht”, *RW* 2010-11, 770

¹²¹³ Inzake de prejudiciële vraagstelling bij het Hof van Justitie

de betrokken nationale wettelijke bepaling buiten toepassing te laten indien zij die in strijd met het recht van de Unie achten". In het in 2009 ingevoerde artikel 26, § 4 Bijz. W. GwH werd ook gesteld dat de verplichting om een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof "geen afbreuk doet aan de mogelijkheid van het rechtscollege om, tegelijkertijd of op een later tijdstip, ook een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie te stellen".

Wanneer de rechter dus wordt gevraagd om een wet te toetsen aan het recht op privéleven, is hij in principe verplicht hierover een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof, dat artikel 22 GW zal interpreteren conform artikel 8 EVRM en, zo van toepassing, conform artikel 7 Handvest. In de mate dat de overheidshandeling kan worden getoetst aan artikel 7 Handvest¹²¹⁴, staat het de rechter vrij om na de grondwettelijkheidsbeoordeling van het Grondwettelijk Hof of tegelijkertijd daarmee, ook een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie. Het is onduidelijk wat het gevolg is van het eventuele verschil in interpretatie dat door beide rechtscolleges aan het recht op privéleven wordt gegeven¹²¹⁵.

Het antwoord op de prejudiciële vraag die aan het Grondwettelijk Hof is gesteld, is bindend voor het rechtscollege dat de vraag heeft gesteld (art. 28 Bijz. W. GwH) maar ook voor de rechtscolleges die in andere zaken over een identiek onderwerp uitspraak moeten doen¹²¹⁶. Indien de wettelijke bepaling in strijd wordt geacht met artikel 22 GW, in samenhang gelezen met artikel 8 EVRM, dan wel in voorkomend geval artikel 7 Handvest, dient de verwijzende rechter deze wettelijke bepaling buiten toepassing te laten. Vaak evenwel zal het Grondwettelijk Hof de zogenaamde techniek van de dubbele lezing toepassen, die erin bestaat dat het Grondwettelijk Hof in het beschikkend gedeelte van de uitspraak niet alleen de interpretatiewijze van de wet weergeeft die in strijd is met de Grondwet, maar ook de interpretatiewijze die conform is aan de Grondwet¹²¹⁷. De verwijzende rechter zal in dat geval verplicht zijn om de grondwetsconforme interpretatie toe te passen¹²¹⁸.

Ingeval de wet *onduidelijk* is, en dus voor interpretatie vatbaar, is de rechter bovendien verplicht een grondwetsconforme interpretatie te geven aan de wet¹²¹⁹. Omwille van de directe werking en voorrang van artikel 8 EVRM en artikel 7 van het Handvest, zal de rechter bovendien ook gehouden zijn om de wet conform deze verdragsbepalingen uit te leggen¹²²⁰.

¹²¹⁴ Wat in het kader van het voorwerp van dit onderzoek slechts in beperkte mate het geval zal zijn – zie hierover hoofdstuk toelichting

¹²¹⁵ Opgemerkt kan worden dat in de schoot van de Raad van Europa een protocol 16 is tot stand gekomen dat de mogelijkheid wil invoeren voor het EHRM om niet-bindende adviezen te geven aan de hoogste rechtscolleges van de lidstaten. Het betreft een optioneel protocol dat in werking treedt wanneer 10 lidstaten het protocol hebben geratificeerd (Explanatory Report Protocol 16 ECHR, § 1). Op dit ogenblik is het optioneel protocol nog niet in werking getreden. België heeft het protocol nog niet ondertekend.

¹²¹⁶ De (fiscale) overheid is niet gebonden door dit prejudiciële arrest. De administratie kan en moet dus de ongegrondwettelijk verklaarde wet, zolang deze niet is vernietigd, verder toepassen. Het verder toepassen van deze wet, vormt geen fout in de zin van artikel 1382 BW (Cass. 21 december 2007, *Arr. Cass.* 2007, afl. 12, 2591)

¹²¹⁷ Over de techniek van de dubbele lezing: S. VERSTRAELEN, "Art. 26 Bijz. W. 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof" in X., *Publiek Procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, II. Grondwettelijk Hof*, Mechelen, Kluwer, losbl., afl. 35, 35.

¹²¹⁸ Cass. 20 april 1950, WALEFFE, *Pas.* 1950, I, 560.

¹²¹⁹ Cass. 20 april 1950, WALEFFE, *Pas.* 1950, I, 530. De grondwetsconforme interpretatie is evenwel geen algemeen rechtsbeginsel op grond waarvan het Hof van Cassatie kan gevat worden (Cass. 28 september 2001, F.99.0010.N, www.cass.be)

¹²²⁰ De verplichting om de wet uit te leggen conform het Handvest wordt afgeleid uit artikel 4 lid 3 VEU. Deze verplichting geldt niet alleen voor de administratie maar ook voor de rechterlijke macht van de lidstaten (zie

De rechter is dus verplicht aan de onduidelijke wet die een inmenging in het privéleven regelt, een interpretatie te geven die het meest aansluit bij de inhoud van artikel 22 GW, artikel 8 EVRM en artikel 7 Handvest.

407. In de gepubliceerde rechtspraak betreffende pretaxatiegeschillen zijn geen uitspraken terug te vinden waarbij de rechter oordeelde over de conformiteit van de aangevochten fiscale onderzoeksdaad met het recht op privéleven als grondrecht. De rechter diende tot nog toe hoofdzakelijk te oordelen over de conformiteit van de onderzoeksdaad met de wet (hetzij de wettelijke bepalingen die de grondslag vormen van de onderzoeksbevoegdheden van de fiscale administratie¹²²¹, hetzij andere wettelijke bepalingen, zoals artikel 458 Sw. (beroepsgeheim)¹²²²). Ook in het kader van het georganiseerd juridictioneel beroep zullen hoven en rechtbanken zich vooral uitspreken over de conformiteit van de onderzoeksdaad met de Belgische wettelijke bepalingen. Dit kan wellicht voornamelijk worden verklaard door het feit tot voor enige tijd de schending van de wet onherroepelijk leidde tot uitsluiting van het bewijs dat door middel van deze wetsschending werd bekomen (zie hierover punt III de rechtsgevolgen van de vastgestelde schending van het recht op privéleven).

III. De gevolgen van de vastgestelde schending van het recht op privéleven

A. Inleiding: de nietigheid van de onderzoeksdaad en de vraag naar het lot van de bekomen informatie

408. Er zijn meerdere mogelijke gevolgen die kunnen worden verbonden aan de vaststelling dat een overheidshandeling is gesteld in strijd met een grondwettelijke of verdragsrechtelijke bepaling betreffende de bescherming van het recht op privéleven. Zo rijst onder meer de vraag naar de aansprakelijkheid van de overheid op grond van artikel 1382 BW. Het meest voor de hand liggende gevolg van de vaststelling dat een overheidshandeling is gesteld in strijd met de Grondwet, dan wel een grondrechtelijke verdragsbepaling is evenwel de *nietigheid* van deze overheidshandeling en in casu de nietigheid van de onderzoeksdaad. Dit lijkt voor alle hiervoor besproken vormen van schending van het recht op privéleven het geval te zijn. Immers, wanneer een overheidshandeling wordt gesteld in overeenstemming met de wet, maar waarvan werd vastgesteld dat de wet in strijd is met de Grondwet, dan wel de grondrechtelijke verdragsbepalingen (eerste vorm van schending van het recht op privéleven (schending van de legaliteitsvereiste), tweede subvorm (onvoorzienbare wet)), dan dient deze wet buiten toepassing te worden gelaten met als gevolg dat de overheidshandeling een wettelijke grondslag mist, en om die reden nietig is. Ook indien de overheidshandeling strijdig is met de wet dient de overheidshandeling in principe als nietig te worden beschouwd. A fortiori kan hetzelfde worden gezegd van een overheidshandeling waarbij wetsschendingen werden begaan die als een schending van het recht op privéleven moeten worden beschouwd (eerste vorm van schending van het privéleven (schending van de legaliteitsvereiste), derde

hierover (T. BARKHUYSEN, en A.W. BOS, "De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht", *Jbplus* 2011, 10).

¹²²¹ Rb. Brussel 10 oktober 2001, *JDF* 2002, 343 (in casu artikel 322 W.I.B. 1992 en artikelen 325 en 326 W.I.B. 1992); Rb. Gent 11 juni 2013, *TFR* 2014, 90-91 (in casu artikel 315 W.I.B. 1992); Gent 17 december 2013, *TFR* 2014, 487, met noot M. VERMEESCH (met name artikel 322 § 2 W.I.B. 1992)

¹²²² Rb. Brussel 7 juni 2002, *FJF* 2003, afl. 3, 232

subvorm (schending van de wet)). Hetzelfde kan worden gezegd van een overheidshandeling die niet noodzakelijk is om het gestelde legitieme doel te bereiken. Dit kan ofwel blijken uit de schending van de nationale wettelijke bepaling die deze noodzakelijkheidsvereiste stelt (wetschending leidt tot nietigheid), ofwel uit de schending van het evenredigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur¹²²³. Wat dat laatste punt betreft moet worden opgemerkt dat de schending van de beginselen van behoorlijk bestuur soms ook gesanctioneerd wordt via de aansprakelijkheid van de overheid op grond van artikel 1382 BW¹²²⁴. Het feit dat een overheidshandeling niet noodzakelijk is om het gestelde legitieme doel te bereiken, kan evenwel ook blijken uit de rechtstreekse toetsing aan de Grondwet of de grondrechtelijke verdragsbepalingen. Aan deze vaststelling dient hetzelfde rechtsgevolg te worden verleend als het rechtsgevolg dat wordt verleend aan de schending van de noodzakelijkheidsvereiste gesteld in de nationale wet, namelijk de nietigheid van de overheidshandeling.

409. De overheidshandeling die in het kader van dit onderzoek wordt bestudeerd is steeds een *onderzoeksdaad* gericht op het bekomen van informatie. Bijgevolg is de meest voor de hand liggende en belangrijkste vraag in het kader van de rechtsbescherming de vraag naar het *lot van de informatie* die is bekomen door het stellen van een dergelijke nietige onderzoeksdaad.

Lange tijd werd aangenomen dat een *onregelmatigheid* bij het stellen van deze onderzoeksdaad (waaronder het overtreden van de wet of het overtreden van een algemeen rechtsbeginsel), niet alleen leidt tot nietigheid van de onderzoeksdaad, maar tevens tot nietigheid van alle informatie die deze nietige onderzoeksdaad had voortgebracht, of met andere woorden tot uitsluiting van de aldus bekomen informatie van de bewijsvoering.

Ook in fiscale zaken leefde deze overtuiging¹²²⁵. In de bestaande rechtspraak waarbij werd vastgesteld dat een onderzoeksdaad onregelmatig is¹²²⁶, werd lange tijd besloten tot vernietiging van deze onderzoeksdaad en werden ook alle rechtsgevolgen van deze onregelmatige overheidshandeling als onwettig beschouwd. De facto werd het bewijs dat

¹²²³ Deze beslissing is gebaseerd op de gedachte dat de beginselen van behoorlijk bestuur als algemeen rechtsbeginsel kracht van wet hebben (behoudens wanneer de wetgever er zelf uitdrukkelijk van zou afwijken); zie bijvoorbeeld: Antwerpen 18 december 2007, *FJF* 2009, nr. 6, 608

¹²²⁴ Die beslissingen zijn dan gebaseerd op de gedachte dat de rechtsgrond van de beginselen van behoorlijk bestuur in wezen de zorgvuldigheidsplicht is die voorkomt in artikel 1382 BW, en dat zich ook aan de staat opdringt: zie bv. S. VAN CROMBRUGGE, *De grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Antwerpen, Biblo, 2012, 65-66; voor een toepassing: Cass. 27 oktober 2006, *T.Gem.* 2007, afl. 1, 63, noot. E. VAN DE VELDE (in de specifieke omstandigheid dat de ene overheid de redelijke termijn vereiste als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur schond ten aanzien van de andere overheid in haar verplichting fiscale inkomsten door te storten)

¹²²⁵ Zie hierover onder meer: A. TIBERGHEN, *Inleiding tot het fiscaal recht*, Antwerpen, Kluwer, 1986, 259-260 en 345-346; M. MAUS, "Het (on)rechtmatig optreden van de belastingadministratie bij de fiscale controle", *RW* 2003-2004, 1597-1613; P. DHAEYER, "Mais où est donc passée la nullité? Les preuves irrégulières en droit pénal et leurs usage en matière d'impôts. Etats de la question en Belgique et regard sur le droit néerlandais" *RGCF* 2007, 163

¹²²⁶ Het gaat hierbij in de overgrote meerderheid van de gevallen over een onregelmatigheid die erin bestaat dat de onderzoekshandeling in strijd is met de wet. In een eerder zeldzame geval gaat het over onderzoekshandelingen die zijn gesteld binnen het kader van de wet maar in strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur.

aldus werd bekomen, uitgesloten¹²²⁷. Soms oordeelde de rechtbank daarbij dat de onwettig verkregen informatie moest worden teruggegeven¹²²⁸ of legde zij een uitdrukkelijk verbod op om de elementen bekomen uit de onwettige onderzoeksdaad aan te wenden voor onderzoeks- of taxatiedoeleinden¹²²⁹.

Ook in het strafrecht leefde zeer lange tijd de opvatting dat onrechtmatig verkregen bewijs tot volledige bewijsuitsluiting leidde¹²³⁰. Onrechtmatig verkregen bewijs is in strafzaken bewijs dat is verkregen door middel van hetzij een schending van de (geschreven) wet (zowel het materieel recht als het formeel (straf)procesrecht), hetzij een schending van de (ongeschreven) algemene rechtsbeginselen en de substantiële regelen van de rechtspleging in strafzaken¹²³¹. Ook bewijs verkregen doordat de opsporingsambtenaren weliswaar hebben gehandeld binnen het kader van de wet, maar waarbij zij zich toch niet “behoorlijk” hebben gedragen, is dus onrechtmatig verkregen bewijs¹²³². Ook wanneer de onregelmatigheid werd begaan door een privépersoon (en dus niet door de opsporingsambtenaar) werd besloten tot bewijsuitsluiting¹²³³. Ook alle vruchten die het resultaat zijn van het onrechtmatig verkregen bewijs dienden uit de bewijsvoering te worden gesloten¹²³⁴.

¹²²⁷ Zie bijvoorbeeld Rb. Brussel 10 oktober 2001, *JDF* 2002, 343: De onwettigheid bestond erin dat een aantal bestuurders van vennootschappen werden ondervraagd met het oog op het belasten van een derde vennootschap, zonder dat daarbij de procedure werd gevolgd die is voorgeschreven door artikel 325 en 326 W.I.B. 1992 inzake het getuigenverhoor. De rechtbank beperkt zich ertoe de onwettigheid van de aldus bekomen informatie uit te spreken.

¹²²⁸ Rb. Gent 11 juni 2013, *TFR* 2014, 90-91. In deze zaak werd een visitatie uitgevoerd op basis van artikel 315 W.I.B. 1992 (kan enkel worden aangewend voor een onderzoek ten name van de belastingplichtige) terwijl de rechtbank had vastgesteld dat het onderzoek eigenlijk was bedoeld met het oog op het verzamelen van informatie lastens derden (de cliënten van de gevisiteerde belastingplichtige)(machtsafwijking). De rechtbank oordeelt dat de aldus bekomen informatie moet worden teruggegeven. Er wordt in dit vonnis niet ingegaan op de vordering tot het opleggen van een dwangsom omdat de administratie enkel over een kopie beschikt en de betrokkene dus nog zou beschikken over de originele documenten.

¹²²⁹ Gent 17 december 2013, *TFR* 2014, 487, met noot M. VERMEESCH

¹²³⁰ Cass. 12 maart 1923, *Pas.* 1923, I, 233-234 en Cass. 10 december 1923, *Pas.* 1924, I, 66 (Beide zaken betroffen de overtreding van regels inzake de bescherming van de woonst). De bewijsuitsluitingsregel bestond in het Belgisch recht daarmee lang voordat hiervan sprake was in de ons omringende landen (zie hierover: S. BERNEMAN, “Van relativering naar rationalisering van de bewijsuitsluitingsregel”, *T.Strafr.* 2005, 489). In Nederland kwam het vraagstuk over de gevolgen van het verkrijgen van bewijs in strijd met de wet pas voor het eerst aan bod in het zogenaamde Tweede Bloedproefarrest (HR 26 juni 1962, *NJ* 1962/470), waarin de HR oordeelde dat de Nederlandse wetgeving (op dat ogenblik) niet de bevoegdheid gaf aan de officier van justitie om over te gaan tot het afnemen van een bloedstaal. Het afnemen van een dergelijk bloedstaal zonder toestemming van de verdachte werd dan ook beschouwd als onrechtmatig verkregen bewijs dat van bewijsvoering moest worden uitgesloten.

¹²³¹ Cass. 13 mei 1986, *Arr. Cass.* 1985-1986, nr. 558. Tot de algemene rechtsbeginselen dient onder meer het recht van verdediging te worden begrepen als algemeen rechtsbeginsel dat de strafprocedure beheerst. In casu waren bewijskrachtige gegevens bekomen door de misleidende belofte dat geen vervolging zal worden ingesteld. Zie ook Cass. 13 januari 1999, waarin ook een schending van het zwijgrecht werd beschouwd als een substantiële (ongeschreven) regel van het procesrecht (zie hierover: Ph. TRAEEST, “Onrechtmatig verkregen bewijs: cassatie zet de bakens uit”, *T.Strafr.* 2004, 134)

¹²³² Ph. TRAEEST, “Onrechtmatig verkregen bewijs: cassatie zet de bakens uit”, *T.Strafr.* 2004, 134. In Nederland uitdrukkelijk in HR 12 december 1978, *NJ* 1979, 142 (“braak-bij-binnentredenarrest”, waarbij het proportionaliteitsbeginsel mee wordt genomen in de beoordeling van een huiszoeking waarbij de ruit van een tuindeur werd ingedrukt om zich toegang te forceren tot het pand)(zie ook G.J.M. CORSTENS, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer, Kluwer, 2008, 710-711, met verwijzing naar dit arrest)

¹²³³ Cass. 29 oktober 1962, *Pas.* 1963, I, 272-274, aangehaald door Ph. TRAEEST, “Onrechtmatig verkregen bewijs: cassatie zet de bakens uit”, *T.Strafr.* 2004, 134

¹²³⁴ De zogenaamde fruit of de poisoned tree-doctrine: Cass. 24 mei 1948, *Pas.* 1948, I, 334; Cass. 13 oktober 1952, *Pas.* 1953, I, 52; Cass. 29 oktober 1962, *Pas.* 1963, I, 272; Cass. 24 april 1996, *Pas.* 1996, I, 361; zie recent nog: Cass. 6 mei 2015, www.cass.be

B. Einde van de bewijsuitsluitingsregel in strafzaken: de Antigoon-doctrine

410. In strafzaken zou de strikte bewijsuitsluitingsregel evenwel stilaan afbrokkelen vanaf de jaren '90 van de vorige eeuw, voornamelijk daar waar een onderscheid werd gemaakt inzake degene die de onregelmatigheid had begaan. Zo werd in 1990 door het Hof van Cassatie aangenomen dat wanneer de onregelmatigheid niet werd begaan door de met het onderzoek belaste overheid, noch door de "aangever" en de onregelmatigheid niet werd begaan met het oog op de overhandiging van het aldus bekomen bewijs aan de overheid, het bewijsmateriaal niet moet worden geweerd¹²³⁵. Daarnaast werd door het Hof van Cassatie een onderscheid gemaakt tussen het bewijs van een misdrijf en de bekendmaking ervan. Wanneer de aangever van een misdrijf (in casu de Franse overheid) het misdrijf als gevolg van een onwettigheid heeft vernomen (in casu met schending van artikel 8 EVRM want mits een telefoontap waarvoor geen wettelijke basis bestond) maar vervolgens door de Belgische overheden bewijs werd verzameld van dit aangegeven misdrijf op een rechtmatige manier, dan moet het aldus rechtmatig bekomen bewijs niet worden uitgesloten¹²³⁶.

411. De bewijsuitsluitingsregel kwam evenwel volledig ten val in strafzaken¹²³⁷ met de rechtspraak van het Hof van Cassatie van 14 oktober 2003, die in de rechtsleer algemeen

¹²³⁵ Cass. 17 januari 1990, www.cass.be (waarbij een zwarte boekhouding werd gestolen door iemand die het slachtoffer van de diefstal hiermee wilde chanteren, maar de boekhouding uiteindelijk aan een derde gaf die ze overhandigde aan de politie) en Cass. 17 april 1991, www.cass.be (waarbij documenten werden gestolen en later ontdekt door de politie ter gelegenheid van een huiszoeking bij de ex-echtgenote van het slachtoffer van de diefstal), zie ook later nog Cass. 14 februari 2001, RW 2002-2003, 1624 (waarbij documenten die onder het beroepsgeheim vielen door de orde van geneesheren werden overgemaakt aan het kabinet van de minister van sociale zaken die ze op zijn beurt overmaakt aan de gerechtelijke overheden) zie hierover o.m. : Ph. TRAEEST, "Onrechtmatig verkregen bewijs: cassatie zet de bakens uit", *T.Strafr.* 2004, 134 ev.

¹²³⁶ Cass. 30 mei 1995, www.cass.be; zelfde redenering: Cass. 23 april 2002, www.cass.be; zie recent nog: Cass. 28 februar 2017, onuitg, maar besproken in T. JANSEN, "Gestolen bankgegevens hypothecceren verder onderzoek niet", *Fisc. Act.* 2017, nr. 12, 1-7

¹²³⁷ Algemeen wordt aangenomen dat deze wijziging in de rechtspraak tot stand kwam onder invloed van een gewijzigde publieke opinie en een internationale tendens nu de ons omringende landen ook geen strikte bewijsuitsluitingsregel hanteren (zie hierover: conclusie van advocaat-generaal DE SWAEF bij het arrest van het Hof van Cassatie van 14 oktober 2003, www.cass.be; Ph. TRAEEST, "Onrechtmatig verkregen bewijs: cassatie zet de bakens uit", *T.Strafr.* 2004, 139; M.-A. BEERNAERT, "la fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites", *JLMB* 2005, 1094-1109; S. BERNEMAN, "Is het ontmaskeren van een dief een schending van de privacy waard? Beschouwingen bij het winkelkassa arrest van 2 maart 2005" noot onder Cass. 2 maart 2005, *RABG* 2005, 1181-1183; P. DHAEYER, "Mais où est donc passée la nullité? Les preuves irrégulières en droit pénal et leurs usage en matière d'impôts. Etats de la question en Belgique et regard sur le droit néerlandais" *RGCF* 2007, 156; T. JANSEN, "Eerste toepassing Antigoontoets door fiscale rechtbanken. Moet ook fiscale rechter uitsluiting onregelmatig verkregen bewijs voortaan motiveren?" *Fisc. Act.* 2011, nr. 01, pag. 5-10). Zo bestaat in Nederland in strafzaken de mogelijkheid voor de rechter om zelf te oordelen over de sanctie van het onrechtmatig verkregen bewijs. Dit werd reeds in 1996 voorgeschreven door de invoering van artikel 359a Sv (dat deels de codificatie vormt van op dat moment bestaande rechtspraak): "1. De rechtbank kan, indien blijkt dat bij het voorbereidend onderzoek vormen zijn verzuimd die niet meer kunnen worden hersteld en de rechtsgevolgen hiervan niet uit de wet blijken, bepalen dat: (a) de hoogte van de straf in verhouding tot de ernst van het verzuim, zal worden verlaagd, indien het door het verzuim veroorzaakte nadeel langs deze weg kan worden gecompenseerd; (b) de resultaten van het onderzoek die door het verzuim zijn verkregen, niet mogen bijdragen aan het bewijs van het telastegelegde feit; (c) het openbaar ministerie niet ontvankelijk is, indien door het verzuim geen sprake kan zijn van een behandeling van de zaak die aan de beginselen van een behoorlijke procesorde voldoet. 2. Bij de toepassing van het eerste lid, houdt de rechtbank rekening met het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt. 3. Het vonnis bevat de beslissingen vermeld in het eerste lid. Deze zijn met redenen omkleed." In zijn rechtspraak zal de Nederlandse Hoge Raad criteria meegeven voor de feitenrechter om de keuze tussen de door de wet voorziene sancties te bepalen, dan wel te beslissen om de onregelmatigheid niet te sanctioneren (dat ook niet sanctioneren kan blijkt uit: HR 22 september 1998, nr. 107.870, *NJ* 1999/104 met noot De Hullu). Ten gevolge hiervan zou de onontvankelijkheid van het openbaar ministerie slechts in zeer uitzonderlijke gevallen worden uitgesproken en zou de rechter ook betrekkelijk terughoudend zijn met het uitsluiten van bewijsmateriaal. Vormverzuimen

wordt aangeduid als de Antigoonrechtspraak, naar de gelijknamige politieactie die in deze uitspraak diende te worden beoordeeld op haar regelmatigheid¹²³⁸. Het Hof van Cassatie oordeelde dat bewijs dat onrechtmatig werd verkregen in wezen slechts in drie gevallen *moet* worden geweerd, met name (1) wanneer de niet-naleving van bepaalde vormwaarden is voorgeschreven op straffe van nietigheid, (2) wanneer de begane onregelmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast, dan wel (3) wanneer het *gebruik* van het bewijs in strijd is met het recht op eerlijk proces¹²³⁹. Indien deze gevallen niet aan de orde zijn, is de rechter niet verplicht om het onrechtmatig verkregen bewijs uit te sluiten en kan hij autonoom oordelen over het al dan niet uitsluiten van het onrechtmatig verkregen bewijs. Het Hof van Cassatie past deze criteria ook toe wanneer het bewijs werd aangewend door een overheidsdienst die de onrechtmatigheid niet zelf had begaan, maar wel door een derde-aangever¹²⁴⁰. Inmiddels werden deze drie in het Antigoonarrest vooropgestelde criteria bij de beoordeling van het onrechtmatig verkregen bewijs wettelijk verankerd in artikel 32 VTSv¹²⁴¹.

412. Deze Antigoonrechtspraak heeft ook in fiscale zaken haar intrede gedaan met het arrest van het Hof van Cassatie van 22 mei 2015¹²⁴². Hierdoor is het relevant hierna na te gaan in welke mate bewijsmateriaal dat met schending van het recht op privéleven werd verkregen in *strafzaken* van de bewijsvoering wordt uitgesloten op basis van deze Antigoonleer.

worden in Nederland dus vrij regelmatig afgedaan met strafvermindering of met de enkele constatering van de onrechtmatigheid (zie hierover G.J.M. CORSTENS, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer, Kluwer, 2008, 738). Het Belgische Hof van Cassatie zou zich op deze Nederlandse regeling hebben laten inspireren voor het (strafrechtelijke) Antigoonrechtspraak (zie hierover P. DHAeyer, "Mais où est donc passée la nullité? Les preuves irrégulières en droit pénal et leurs usage en matière d'impôts. Etats de la question en Belgique et regard sur le droit néerlandais" *RGCF* 2007, 159)

¹²³⁸ Cass. 14 oktober 2003, www.cass.be, RW 2003-2004, 814-817. In casu werd ten gevolge van een fouillering in strijd met de wet een sleutel gevonden waarmee vervolgens een wagen werd geopend waarin een verboden wapen werd gevonden. Voor en uitvoerige bespreking: S. BERNEMAN, "Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal: een inleiding tot het Antigoon-arrest va 14 oktober 2003", *T. Strafr.* 2004, 2-39

¹²³⁹ In het arrest van het Hof van Cassatie van 23 maart 2004 wordt hier aan toegevoegd dat inlichtingen of verklaringen verkregen met schending van artikel 3 EVRM ("Niemand mag worden onderworpen aan foltering of onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen") of van de artikelen 3 en 16 van het Verdrag van 10 december 1984 tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of onterende behandeling of bestraffing, altijd uit de bewijsvoering worden geweerd (Cass. 23 maart 2004, *RABG* 2004, 1066). Deze vereiste is afkomstig uit de rechtspraak van het EHRM inzake het beoordelen van de eerlijkheid van het proces bij het aanvaarden van onrechtmatig verkregen bewijs. Uit deze rechtspraak blijkt dat het aanvaarden van bewijs dat is verkregen in strijd met artikel 3 EVRM *altijd* als oneerlijke procesvoering moet worden beschouwd, gelet op het belang van dit grondrecht waarop – in tegenstelling tot bv. artikel 8 EVRM – onder geen enkele voorwaarde een uitzondering mogelijk is. De feit dat inlichtingen of verklaringen verkregen in strijd met artikel 3 EVRM altijd tot bewijsuitsluiting moeten leiden is dus geen bijkomende criterium, maar een toepassing van het criterium van de eerlijke procesvoering

¹²⁴⁰ Cass. 2 maart 2005 waarbij een werkgever zijn werknemer met camera's bewaakt met het oog op het vaststellen van vermoede misdrijven in de winkeluitleiding.

¹²⁴¹ Ingevoerd bij artikel 3 van de wet van 24 oktober 2013, *BS* 12 november 2013; Voor bewijsmateriaal dat afkomstig is uit het buitenland, was de Antigoon-rechtspraak al eerder wettelijk verankerd (art. 13 wet van 9 december 2004 betreffende de wederzijdse internationale rechtshulp in strafzaken en tot wijziging van artikel 90ter van het Wetboek van strafvordering).

¹²⁴² Zie inmiddels ook: Cass. 4 november 2016, www.cass.be

C.Toepassing van de Antigoonleer in strafzaken op onderzoeksdaden in strijd met het recht op privéleven

1.Het eerste criterium: de uitdrukkelijk voorgeschreven nietigheidssanctie

413. Wat het eerste criterium betreft dat tot bewijsuitsluiting moet leiden (de niet-naleving van bepaalde vormwaarden is voorgeschreven op straffe van nietigheid), heeft het Hof van Cassatie duidelijk gemaakt dat vormvoorschriften die het recht op privéleven *betreffen*, niet moeten worden beschouwd als “substantiële vormvoorschriften die altijd op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven”¹²⁴³. De nietigheidssanctie moet dus uitdrukkelijk in de wet staan en het feit dat het voorschrift betrekking heeft op een inmenging in het recht op privéleven, is hierbij van geen belang.

414. Het Hof van Cassatie leek deze rechtspraak dat de nietigheidssanctie uitdrukkelijk in de wet moet staan op een bepaald moment te verfijnen door aan te nemen dat de overtreding van regels die raken aan de organisatie van de hoven en rechtbanken op vlak van de verdeling van hun bevoegdheden, steeds moet leiden tot uitsluiting van het bewijs, ook al is de nietigheid niet uitdrukkelijk voorgeschreven¹²⁴⁴. Dit criterium – dat aanvankelijk door de rechtsleer als een soort vierde criterium werd gezien – werd evenwel niet overgenomen in artikel 32 VTSv., zodat de hoven en rechtbanken dit criterium verder niet meer kunnen aanwenden¹²⁴⁵, waardoor er hier ook verder geen rekening mee wordt gehouden.

415. In het strafvorderingsrecht blijken er slechts weinig wettelijke bepalingen te zijn die op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven. In de sfeer van de onderzoekshandelingen die een duidelijke inmenging vormen in het privéleven, ontbreekt een nietigheidssanctie voor de overtreding van soms fundamentele voorschriften¹²⁴⁶. In de wettelijke regeling inzake de telefoontap werd de nietigheidssanctie die was ingeschreven in artikel 90quater § 1, tweede lid Sv. in 2016 zelfs geschrapt¹²⁴⁷, ook voor fundamentele voorschriften zoals het motiveren van de beschikking van de onderzoeksrechter die de telefoontap beveelt, precies met de bedoeling de rechter de mogelijkheid te geven om de onregelmatigheid zelf te beoordelen aan de hand van de twee overblijvende criteria van de Antigoonleer¹²⁴⁸.

¹²⁴³ Cass. 16 november 2004, *RABG* 2005, 285. In de cassatievoorziening werd opgeworpen dat de schending van een vormvoorschrift die betrekking heeft op de waarborging van een grondrecht, waaronder het recht op privéleven, altijd moet worden beschouwd als een substantiële vormvereiste die met de nietigheid moet worden gesanctioneerd. Dit argument werd evenwel afgewezen (zie hierover ook conclusie advocaat-generaal Duinslaeger bij Cass. 16 november 2004, www.cass.be). In casu ging het over een huiszoeking waarvoor weliswaar mondeling toestemming werd verleend, maar deze toestemming werd, althans voor één van de twee bewoners, niet schriftelijk bevestigd.

¹²⁴⁴ Cass. 24 april 2013, www.cass.be (in casu werd de machtiging voor een visitatie in sociale zaken verleend door de politierechter, terwijl de onderzoeksrechter bevoegd was).

¹²⁴⁵ S. GUENTER en F. SCHUERMANS, “Enkele recente Antigoon-evoluties en de toepassing ervan op een onregelmatige observatie en/of infiltratie”, *T. Strafr.* 2013/5, 333

¹²⁴⁶ Ph. TRAEEST, “Actualia bewijs in strafzaken” in X. *Bewijsrecht*, Brussel, Larcier, 2014, 142

¹²⁴⁷ Artikel 66 van de wet van 5 februari 2016 tot wijziging van het strafrecht en de strafvordering en houdende diverse bepalingen inzake justitie, *BS* 19 februari 2016

¹²⁴⁸ *Parl. St.* Kamer, Doc 54, 1418/001, 61-62.

2. Het tweede en derde criterium en de invloed van de rechtspraak van het EHRM

416. Het tweede en derde criterium (met name: de onregelmatigheid heeft de betrouwbaarheid van het bewijs aangetast en het gebruik van het onrechtmatig verkregen bewijs tast het recht op eerlijk proces aan) zijn geïnspireerd op de rechtspraak van het EHRM.

Het EHRM heeft meermaals geoordeeld dat het EVRM geen voorschriften oplegt betreffende de toelaatbaarheid van het bewijs, zodat een nationale regeling die onrechtmatig verkregen bewijs niet in alle gevallen uitsluit, tot de bevoegdheid wordt gerekend van de lidstaten, waarmee het EHRM zich niet inlaat¹²⁴⁹. Het EHRM kijkt wel na of – wanneer onrechtmatig verkregen bewijs werd toegelaten - de procesvoering *in haar geheel genomen* eerlijk is verlopen in de zin van artikel 6 EVRM (derde criterium van de Antigoonleer)¹²⁵⁰.

417. Bij de beoordeling van de eerlijkheid van het proces ingeval onrechtmatig verkregen bewijs werd toegelaten tot de bewijsvoering, zal het EHRM onder meer nazien of het *recht van verdediging* werd gerespecteerd. In dat kader zal het EHRM nazien of er een mogelijkheid bestond om de authenticiteit van het (onrechtmatig verkregen) bewijs op tegenspraak aan te vechten¹²⁵¹. Ook de vraag of het onrechtmatig verkregen bewijs het enige bewijs was waarop de veroordeling is gesteund, speelt een rol bij de beoordeling van het “eerlijk karakter” van het proces¹²⁵². Dit betekent nochtans niet dat de vaststelling dat het onrechtmatig verkregen bewijs toch het enige bewijs is waarop de veroordeling is gesteund, meteen tot gevolg heeft dat het proces oneerlijk is, in de mate dat het bekomen bewijs zeer sterk is, en er geen risico bestaat op onbetrouwbaarheid ervan¹²⁵³. Ook los van het al dan niet ondersteund zijn van het onrechtmatig verkregen bewijs met andere bewijzen, zal het EHRM rekening houden met het risico op onbetrouwbaarheid veroorzaakt

¹²⁴⁹ Zie EHRM 12 juli 1988, SCHENK/Zwitserland (§46): “While Article 6 (art. 6) of the Convention guarantees the right to a fair trial, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is therefore primarily a matter for regulation under national law. The Court therefore cannot exclude as a matter of principle and in the abstract that unlawfully obtained evidence of the present kind may be admissible. It has only to ascertain whether Mr. Schenk’s trial as a whole was fair.”, EHRM 9 juni 1998, TEXEIRA DE CASTRO/Portugal (§34); EHRM 12 mei 2000, KHAN/VK (§34); EHRM 25 september 2001, P.G. en J.H./VK (§76); EHRM 5 november 2002, ALLAN/VK (§42). Na het Belgische Antigoon-arrest nog: EHRM 11 juli 2006, JALLOH/Duitsland (§94-95); EHRM 1 maart 2007, HEGLAS/Tsjechië (§84) EHRM 10 maart 2009, BYKOV/Rusland (§88); EHRM 28 juli 2009, LEE DAVIES/België (§41)(In deze zaak werd de toepassing van de Belgische Antigoonrechtspraak beoordeeld, zie hierover: F. SCHUERMANS, “Straatsburg geeft zegen aan Antigoonrechtspraak”, *Juristenkrant* 2009, afl. 196, 1); EHRM 1 juni 2010, GÄFGEN/Duitsland (§162); EHRM 15 januari 2015, DRAGOJEVIC/Kroatië (§127); zie recent nog: EHRM 31 januari 2017, KALNENIENE/België (over de Belgische Antigoonleer)

¹²⁵⁰ Zie EHRM 12 juli 1988, SCHENK/Zwitserland (§46), EHRM 12 mei 2000, KHAN/VK (§34); EHRM 25 september 2001, P.H. en J.H./VK (§76); EHRM 5 november 2002, ALLAN/VK (§42); EHRM 11 juli 2006, JALLOH/Duitsland (§94-95); EHRM 1 maart 2007, HEGLAS/Tsjechië (§85); EHRM 10 maart 2009, BYKOV/Rusland (§89); EHRM 28 juli 2009, LEE DAVIES/België; (§41) EHRM 1 juni 2010, GÄFGEN/Duitsland (§162)

¹²⁵¹ Zie EHRM 12 juli 1988, SCHENK/Zwitserland (§47), EHRM 12 mei 2000, KHAN/VK (§38); EHRM 25 september 2001, P.H. en J.H./VK (§79); EHRM 5 november 2002, ALLAN/VK (§43); EHRM 11 juli 2006, JALLOH/Duitsland (§96); EHRM 1 maart 2007, HEGLAS/Tsjechië (§86 en 89); EHRM 10 maart 2009, BYKOV/Rusland (§90); EHRM 28 juli 2009, LEE DAVIES/België (§42); EHRM 1 juni 2010, GÄFGEN/Duitsland (§164); EHRM 15 januari 2015, DRAGOJEVIC/Kroatië (§129)

¹²⁵² EHRM 12 juli 1988, SCHENK/Zwitserland (§48); EHRM 25 september 2001, P.H. en J.H./VK (§79); EHRM 10 maart 2009, BYKOV/Rusland (§96-98); EHRM 15 januari 2015, DRAGOJEVIC/Kroatië (§129)

¹²⁵³ EHRM 12 mei 2000, KHAN/VK (§37); EHRM 11 juli 2006, JALLOH/Duitsland (§96); EHRM 1 maart 2007, HEGLAS/Tsjechië (§86); EHRM 10 maart 2009, BYKOV/Rusland (§90); EHRM 15 januari 2015, DRAGOJEVIC/Kroatië (§129)

door de omstandigheden waarin het bewijs werd verkregen¹²⁵⁴ (tweede criterium van de Antigoonleer). In de zaak BYKOV verduidelijkt het EHRM met name dat wanneer de betrouwbaarheid van het bekomen bewijs wordt betwist, de aanwezigheid van een eerlijk proces waarin de toelaatbaarheid van het onrechtmatig verkregen bewijs wordt onderzocht, van nog groter belang is¹²⁵⁵. Dit laatste betekent meteen dat wanneer de betrokkene de betrouwbaarheid van het bewijs heeft kunnen aanvechten voor een rechter en deze in een gemotiveerd vonnis het argument van de onbetrouwbaarheid van het bewijs heeft afgewezen, de rechten van verdediging gerespecteerd zijn en het toelaten van dit onrechtmatig verkregen bewijs niet “oneerlijk” is in de zin van artikel 6 EVRM¹²⁵⁶.

418. Een tweede aspect van het recht op eerlijk proces dat door het EHRM wordt onderzocht bij het aanvaarden van onrechtmatig verkregen bewijs, is het al dan niet gerespecteerd zijn van het *zwijgrecht*¹²⁵⁷. In de mate dat het bewijsmateriaal verklaringen betreft, wordt nagegaan of deze verklaringen vrijwillig zijn afgelegd, dan wel werden uitgelokt¹²⁵⁸.

419. Ten slotte houdt het EHRM bij de beoordeling van de eerlijkheid van het proces bij het aanvaarden van onrechtmatig verkregen bewijs, ook rekening met de door de onrechtmatigheid blootgelegde overtreding en het belang van de maatschappij om deze overtreding op te sporen en te bestraffen in verhouding tot het belang van de betrokkene dat het bewijs op een wettige wijze wordt vergaard. Het EHRM relateert deze belangenafweging bij de beoordeling van de eerlijkheid van het proces wel meteen weer door te stellen dat het recht op eerlijk proces in principe geldt voor elk type van overtreding en door te stellen dat het belang van de maatschappij om misdrijven op te sporen en te bestraffen nooit zo zwaar kan doorwegen dat de essentie van het recht op eerlijk proces wordt ondergraven¹²⁵⁹. Het type overtreding en het belang van de maatschappij om overtredingen op te sporen en te vervolgen speelt dus volgens het EHRM maar marginaal

¹²⁵⁴ EHRM 5 november 2002, ALLAN/VK (§43); EHRM 11 juli 2006, JALLOH/Duitsland (§96); EHRM 10 maart 2009, BYKOV/Rusland (§90); EHRM 28 juli 2009, LEE DAVIES/België; (§42) EHRM 1 juni 2010, GÄFGEN/Duitsland (§164)

¹²⁵⁵ EHRM 10 maart 2009, BYKOV/Rusland (§95): “As regards the first point, the Court reiterates that where the reliability of evidence is in dispute the existence of fair procedures to examine the admissibility of the evidence takes on an even greater importance (...)”

¹²⁵⁶ EHRM 10 maart 2009, BYKOV/Rusland (§95)

¹²⁵⁷ EHRM 25 september 2001, P.H. en J.H./VK (§80). In deze zaak werd het stemgeluid van een verdachte opgenomen middels af luisterapparatuur waarvoor geen kwalitatieve wetgeving bestond. Het stemgeluid werd gebruikt voor de identificatie van de verdachte. Vermits er geen verklaringen werden opgenomen waarbij de verdachte zichzelf incrimineerde, was er geen sprake van de schending van het zwijgrecht, waardoor de opname van het stemgeluid werd gelijkgesteld met bewijsmateriaal zoals bloed, haar en andere fysieke en objectieve elementen die worden gebruikt in forensische analyse en waarop het recht zichzelf niet te incrimineren niet van toepassing is (EHRM 17 december 199, SAUNDERS/VK (§69)); EHRM 5 november 2002, ALLAN/VK (§44 en 51-52). In deze zaak werd het opnemen van een conversatie tussen een informant van de politie en de verdachte in diens cel, van aard een inbreuk te vormen op het zwijgrecht van de verdachte; EHRM 10 maart 2009, BYKOV/Rusland (§92)

¹²⁵⁸ EHRM 12 mei 2000, KHAN/VK (§36); EHRM 5 november 2002, ALLAN/VK (§43); EHRM 10 maart 2009, BYKOV/Rusland (§102)

¹²⁵⁹ EHRM 11 juli 2006, JALLOH/Duitsland (§97): “(...) The general requirements of fairness contained in Article 6 apply to all criminal proceedings, irrespective of the type of offence in issue. Nevertheless, when determining whether the proceedings as a whole have been fair the weight of the public interest in the investigation and punishment of the particular offence in issue may be taken into consideration and be weighed against the individual interest that the evidence against him be gathered lawfully. However, public interest concerns cannot justify measures which extinguish the very essence of an applicant’s defence rights, including the privilege against self-incrimination guaranteed by Article 6 of the Convention”; EHRM 1 maart 2007, HEGLAS/Tsjechië (§87); EHRM 10 maart 2009, BYKOV/Rusland (§93)

mee in de beoordeling van het eerlijk karakter van het proces ingeval onrechtmatig verkregen bewijs wordt aanvaard. Kortom, het EHRM zal bij de beoordeling van de vraag of er nog sprake is van een eerlijk proces bij het aanvaarden van onrechtmatig verkregen bewijs, in hoofdzaak nagaan of een aantal belangrijke waarborgen van dit recht op eerlijk proces (waaronder het recht van verdediging en het zwijgrecht) gedurende het proces, in zijn geheel genomen, werden gerespecteerd¹²⁶⁰.

420. Het EHRM voert deze controle over het gerespecteerd zijn van de belangrijkste waarborgen voor een eerlijk proces ook uit ingeval het bewijs werd bekomen door een schending van het recht op privéleven¹²⁶¹. Het EHRM besluit met andere woorden niet automatisch tot schending van het recht op eerlijk proces wanneer bewijs werd aanvaard dat in strijd met het recht op privéleven werd bekomen. Dit standpunt werd bekritiseerd door verschillende rechters in dissenting opinions¹²⁶². Bij de beoordeling van de eerlijkheid van het proces houdt het EHRM weliswaar wel rekening met de aard van de onregelmatigheid bij het verkrijgen van het bewijs en, indien de onregelmatigheid betrekking heeft op een door het EVRM gegarandeerd grondrecht, met de aard van de schending van dit grondrecht¹²⁶³. In die zin maakt het EHRM een onderscheid tussen het schenden van het recht op privéleven als gevolg van het overtreden van de wet enerzijds en het schenden van het recht op privéleven omdat er geen kwalitatieve wetgeving voorhanden was om de inmenging in het privéleven te regelen¹²⁶⁴. In dat laatste geval lijkt het EHRM zich coulanter te willen opstellen bij de beoordeling van het recht op eerlijk

¹²⁶⁰ Het recht op eerlijk proces is een generieke benaming voor een geheel van inhoudelijke en formele garanties waarvan in de rechtsopvatting wordt aangenomen dat zij het eerlijke karakter van het proces garanderen (C. VANDERKERKEN, *Fiscale strafvervolgning en rechtsbescherming: wapengelijkheid, zwijgrecht en bewijslastverdeling*, Brussel, Larquier, 2006, 256). Het recht van verdediging en het zwijgrecht zijn twee belangrijke waarborgen die het eerlijk proces moeten waarborgen.

¹²⁶¹ EHRM 12 juli 1988, SCHENK/Zwitserland: de veroordeling was gebaseerd op (onder meer) een telefoontap in strijd met de Zwitserse wetgeving. Er moet wel worden opgemerkt dat het EHRM in deze zaak niet moest oordelen of de schending van de Zwitserse wetgeving, een schending van artikel 8 EVRM uitmaakte vermits de betrokkene de interne rechtsmiddelen niet had uitgeput op dat vlak zodat het aanvoeren van de schending van het recht op privéleven ontoelaatbaar was. Zie EHRM 12 mei 2000, KHAN/VK. In deze zaak werd de schending van artikel 8 EVRM wel door het EHRM vastgesteld (geen kwalitatieve wetgeving voorhanden voor het plaatsen van afliesterapparatuur); EHRM 25 september 2001, P.H. en J.H./VK (idem KHAN: geen kwalitatieve wetgeving voorhanden voor het plaatsen van afliesterapparatuur); EHRM 5 november 2002, ALLAN/VK (opname gesprekken in cel); EHRM 1 maart 2007, HEGLAS/Tsjechië (§88); EHRM 10 maart 2009, BYKOV/Rusland (opname gesprekken); EHRM 15 januari 2015, DRAGOJEVIC/Kroatië (telefoontap)

¹²⁶² Zie dissenting opinions van judges Pettiti, Spielmann, De Meyer en Carrillo Salcedo bij EHRM 12 juli 1988 SCHENK/Zwitserland, zie ook dissenting opinion op dat vlak van judge Loucaides bij EHRM 12 mei 2000 KHAN/VK; zie ook dissenting opinion op dat vlak van judge Tulkens bij EHRM 25 september 2001, P.H. en J.H./VK; zie ook in de rechtsleer: P. DE HERT en B.J. KOOPS, « Privacy is nog steeds een grondrecht », A.A. 2001, 972 ev.; T. DECAIGNY, « Bever, beroepsgeheim en bewijs », *T.Strafr.* 2008, 101-102; M. SAMADI, noot onder EHRM 15 januari 2015, *European Human Rights Cases 2015*, 355-359

¹²⁶³ EHRM 12 mei 2000, KHAN/VK (§34): “This involves an examination of the “unlawfulness” in question and, where violation of another Convention right is concerned, the nature of the violation found”; EHRM 25 september 2001, P.H. en J.H./VK (§76); EHRM 5 november 2002, ALLAN/VK (§42); EHRM 11 juli 2006, JALLOH/Duitsland (§95); EHRM 1 maart 2007, HEGLAS/Tsjechië (§85); EHRM 10 maart 2009, BYKOV/Rusland (§89); EHRM 1 juni 2010, GÄFGEN/Duitsland (§163 - 165). In de zaken JALLOH en GÄFGEN was het bewijs verkregen met schending van artikel 3 EVRM (niemand mag worden onderworpen aan foltering of onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen). Het feit dat dit grondrecht was geschonden was van groot belang bij de beoordeling van de vraag of de procesvoering eerlijk was in de zin van artikel 6 EVRM. Met name werd er onder dwang een braakmiddel toegedient om het ingeslikte zakje drugs als bewijsmiddel te bekomen. De schending van artikel 3 EVRM bij bewijsverzekrijging wordt in die zin als veel ernstiger beschouwd dan bewijsverzekrijging met schending van artikel 8 EVRM, onder meer omdat een uitzondering op de bescherming van het grondrecht van artikel 3 EVRM niet mogelijk is, terwijl een inmenging in het recht op privéleven onder bepaalde voorwaarden wel mogelijk is.

¹²⁶⁴ EHRM 12 mei 2000, KHAN/VK (§36); EHRM 25 september 2001, P.H. en J.H./VK (§78); EHRM 5 november 2002, ALLAN/VK (§46)

proces, wat geenszins betekent dat een schending van het recht op privéleven als gevolg van het overtreden van de wet bij de bewijsgaring door het EHRM steeds als een schending van het recht op eerlijk proces wordt beschouwd¹²⁶⁵. Het al dan niet gerespecteerd zijn van de essentie van waarborgen van een eerlijk proces, zoals het recht van verdediging en het zwijgrecht, primeren dus ook bij de beoordeling van een proces waarbij bewijs werd aanvaard dat met schending van het recht op privéleven werd verkregen.

3. De invulling van het tweede en derde criterium van de Antigoonleer in strafzaken ten aanzien van een schending van het recht op privéleven

421. Nu bekend is wat de herkomst is van het tweede en derde criterium van de Belgische Antigoonleer in strafzaken en werd nagegaan welke invulling eraan werd gegeven door het EHRM in het kader van het aanvaarden van onrechtmatig verkregen bewijs, rijst de vraag welke invulling aan deze criteria wordt gegeven door de Belgische rechtsorde. Meer concreet wordt hierna nagegaan in welke mate de toepassing van deze criteria in België sneller leidt tot bewijssluiting bij schending van het recht op privéleven, dan bij een andere onregelmatigheid.

422. Het tweede criterium (de begane onregelmatigheid heeft de betrouwbaarheid van het bewijs aangetast) lijkt vooreerst een criterium dat weinig zelfstandige waarde heeft¹²⁶⁶ en eerder moet worden gezien als een element in de beoordeling van het derde criterium, met name het recht op eerlijk proces (zoals dit ook gebeurt in de rechtspraak van het EHRM). Het is bovendien een criterium dat in het kader van de vraag naar de bescherming van het recht op privéleven weinig bijbrengt, nu zowel schendingen van het recht op privéleven als andere onregelmatigheden die van aard zijn de betrouwbaarheid van het bekomen bewijs aan te tasten, hieronder zonder enig onderscheid vallen. Er valt bovendien niet meteen in te zien hoe een schending van het recht op privéleven sneller de betrouwbaarheid van het bewijs zou kunnen aantasten dan een andere onregelmatigheid.

423. Wat het derde criterium betreft (het gebruik van het onrechtmatig verkregen bewijs is in strijd met het recht op eerlijk proces) sluit de rechtspraak van het Hof van Cassatie aan bij de rechtspraak van het EHRM waar ook het Hof van Cassatie aangeeft dat de strijdigheid met het recht op eerlijk proces moet worden beoordeeld rekening houdend met de elementen van de zaak *in haar geheel* genomen¹²⁶⁷, alsook waar het Hof van Cassatie als principe aangeeft dat uit artikel 6 noch uit artikel 8 EVRM volgt dat bewijs dat met miskenning van een grondrecht werd verkregen altijd ontoelaatbaar is¹²⁶⁸. Ook het

¹²⁶⁵ Zie bv. EHRM 12 juli 1988, SCHENK/Zwitserland

¹²⁶⁶ In de rechtsleer wordt dit criterium ook als een moeilijk te duiden criterium ervaren. Het criterium leunt ook dicht aan bij de bewijswaardering (bewijs dat niet betrouwbaar is, kan sowieso niet in aanmerking worden genomen), maar moet er toch van worden onderscheiden omdat het moet gaan over onregelmatigheden bij de verkrijging van het bewijs die van aard zijn dat de betrouwbaarheid van het bewijs is aangetast. In dat kader moet overigens worden opgemerkt dat wanneer de wet de voorwaarden of strikte formaliteiten voorschrijft die als substantieel worden beschouwd om de intrinsieke kwaliteit van het bewijs te waarborgen, er sprake is van een zogenaamd "wettelijk basis" en het niet-naleven van dergelijke voorwaarden automatisch leidt tot bewijssluiting, om de eenvoudige reden dat het recht in dat geval geen bewijswaarde toekent aan het in strijd met deze voorwaarden bekomen materiaal. Het toepassen van het tweede Antigoon-criterium is dan zelfs niet nodig om tot bewijssluiting te komen. Zie hierover: P. TRAEST, "Actualia bewijs in strafzaken" in X. *Bewijsrecht*, Brussel, Larcier, 2014, 146-147.

¹²⁶⁷ Cass. 23 maart 2004, *RABG* 2004, 1066.

¹²⁶⁸ Cass. 16 november 2004 (twee arresten van dezelfde datum), www.cass.be, *RABG* 2005, 504-511. De ene zaak betreft het afwezigheid van een schriftelijke toestemming voor een huiszoeking; de andere zaak betreft

Grondwettelijk Hof bevestigde dat het feit dat een bewijs dat met miskenning van het recht op privéleven werd verkregen, niet automatisch nietig is, geen schending uitmaakt van artikel 8 EVRM¹²⁶⁹. Net als het EHRM achten het Belgisch Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof het dus mogelijk dat bewijs wordt aanvaard dat met schending van het recht op privéleven is bekomen, zolang de meest essentiële onderdelen van het recht op een eerlijk proces, met name het recht van verdediging en het zwijgrecht, niet zijn geschonden. Deze opvatting wordt ook in de Belgische rechtsorde bekritiseerd¹²⁷⁰, onder meer omdat deze benadering ertoe zou leiden dat opsporingsambtenaren zelfs met het respect voor het recht op privéleven geen rekening hoeven te houden, vermits het schenden van dit recht niet noodzakelijk leidt tot bewijsuitsluiting¹²⁷¹.

424. Het Hof van Cassatie reikt in zijn rechtspraak wel een aantal *elementen* aan, waar de feitenrechter rekening mee kan houden bij de beoordeling van de eerlijkheid van het proces. Hiertoe behoren elementen die als dusdanig niet meteen in relatie lijken te staan met de eerlijkheid van het proces in het algemeen en het recht van verdediging of het zwijgrecht in het bijzonder. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het feit dat de onrechtmatigheid enkel een materieel element van het misdrijf aan het licht brengt¹²⁷², de al dan niet aanwezigheid van opzet bij het begaan van de onregelmatigheid¹²⁷³ alsook de verhouding tussen de ernst van het misdrijf dat wordt blootgelegd en de begane onregelmatigheid¹²⁷⁴.

een zoeking in een hangar in strijd met de wet van 5 augustus 1992 vermits de hangar niet verlaten was en bovendien niet publiek toegankelijk; zie ook Cass. 2 maart 2005, *RABG* 2005, 1161 (winkelkassa-arrest) waarbij de werkgever de diefstal door zijn werknemers trachtte te bewijzen door een camera te richten op de kassa. Zie recent nog: Cass. 5 januari 2016, P.15.1103.N, www.cass.be; Ook in Nederland oordeelde de HR op dezelfde wijze: HR 19 februari 2013, nr. 11/03711, ECLI:NL:HR:2013:BY5321 (waarbij opsporingsambtenaren waren binnengetreden in de woning van twee verdachten op basis van een machtiging door een hoofdinspecteur van politie die op dat moment geen hulpofficier van justitie (meer) was omdat hij was gezakt voor het verlengingsexamen. De HR stelt in algemene zin dat: “een schending van het in art. 8 EVRM gegarandeerde recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer niet zonder meer een inbreuk oplevert op de in art. 6 EVRM vervatte waarborg van een eerlijk proces” en dat “aan een niet gerechtvaardigde inbreuk op het door het eerste lid van art. 8 EVRM gewaarborgde recht in de strafprocedure tegen de verdachte geen rechtsgevolgen behoeven te worden verbonden, mits zijn recht op een eerlijk proces zoals bedoeld in art. 6, eerste lid, EVRM wordt gewaarborgd” (zie ook HR 5 oktober 2010, LJV BL5629, NJ 2011/169, rov. 4.4.1; HR 7 juli 2009, LJV BH8889, NJ 2009/399).

¹²⁶⁹ GwH 22 december 2010, 158/2010, overweging B.6.4

¹²⁷⁰ Zie hierover onder meer: de conclusie van advocaat-generaal D. VANDERMEERSCH bij Cass. 2 maart 2005 (winkelkassa-arrest) waarin wordt gesteld dat de schending van het recht op privéleven ook al is het recht op eerlijk proces niet geschonden, altijd zou moeten leiden tot bewijsuitsluiting vermits grondrechten in waarde hoger moeten worden geschat dan de efficiëntie van het strafrecht (*JT* 2005, 211-215).

¹²⁷¹ In de Nederlandse rechtspraak wordt met dit gevaar rekening gehouden. In een arrest van de HR van 19 februari 2013 (HR 19 februari 2013, nr. 11/03711, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, overweging 2.4.5) werd overwogen dat “in gevallen waarin het recht van de verdachte op een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM niet (rechtstreeks) aan de orde is, maar sprake is van een ander belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel dat in aanzienlijke mate is geschonden, toepassing van bewijsuitsluiting noodzakelijk worden geacht als middel om toekomstige vergelijkbare vormverzuimen die onrechtmatige bewijsgaring tot gevolg hebben te voorkomen en een krachtige stimulans te laten bestaan tot handelen in overeenstemming met de voorgeschreven norm”.

¹²⁷² Cass. 23 maart 2004, *RABG* 2004, 1066; Cass. 12 oktober 2005, *T. Strafr.* 2006, 25 met noot F. VERBRUGGEN, ‘Vindt het Spook van Antigoon rust? Franstalig “schoonmoederarrest” als slotluik van de nieuwe cassatierechtspraak over de uitsluiting van onrechtmatig bewijs’; Cass. 31 oktober 2006, *T. Strafr.*, 2007, 55; Cass. 4 december 2007, *T. Strafr.* 2008, 274; Cass. 10 maart 2008, *Soc. Kron* 2008.9, 53

¹²⁷³ Cass. 23 maart 2004, *RABG* 2004, 1066; Cass. 12 oktober 2005, *T. Strafr.* 2006, 25, met noot F. VERBRUGGEN, ‘Vindt het Spook van Antigoon rust? Franstalig “schoonmoederarrest” als slotluik van de nieuwe cassatierechtspraak over de uitsluiting van onrechtmatig bewijs’; Cass. 31 oktober 2006, *T. Strafr.*, 2007, 55; Cass. 4 december 2007, *T. Strafr.* 2008, 274; Cass. 10 maart 2008, *Soc. Kron* 2008.9, 53

¹²⁷⁴ Cass. 23 maart 2004, *RABG* 2004, 1066; Cass. 12 oktober 2005, *T. Strafr.* 2006, 25, met noot F. VERBRUGGEN, ‘Vindt het Spook van Antigoon rust? Franstalig “schoonmoederarrest” als slotluik van de nieuwe cassatierechtspraak over de uitsluiting van onrechtmatig bewijs’; Cass. 31 oktober 2006, *T. Strafr.*, 2007, 55; Cass. 4 december 2007, *T. Strafr.* 2008, 274; Cass. 10 maart 2008, *Soc. Kron* 2008.9, 53

Deze elementen vertolken weliswaar de gewijzigde maatschappelijke opvatting dat het niet langer toelaatbaar is dat kleine vormgebreken in de bewijsgaring van ernstige misdrijven leiden tot bijvoorbeeld vrijspraak, maar lijken niet meteen verband te houden met het recht van verdediging of het zwijgrecht. Hoewel bepaalde van deze elementen ook in de rechtspraak van het EHRM lijken voor te komen (waaronder de verhouding tussen het misdrijf dat wordt blootgelegd en de ernst van de onregelmatigheid), relativeert het EHRM deze elementen meteen ernstig en laat het al dan niet gerespecteerd zijn van de belangrijkste waarborgen van een eerlijk proces primeren. Het Belgisch Hof van Cassatie daarentegen geeft aan dat de feitenrechter zijn beslissing (om te oordelen dat het recht op eerlijk proces is geschonden en dus dat er bewijsuitsluiting moet zijn) voldoende verantwoordt door zich op deze elementen – die dus in wezen weinig verband houden met het recht op eerlijk proces - te baseren¹²⁷⁵. In die zin gaat het Belgisch Hof van Cassatie dus in wezen *verder* in de invulling van het recht op eerlijk proces dan het EHRM, althans wat het beoordelen betreft van het eerlijk proces bij het aanvaarden van onrechtmatig verkregen bewijs. Anders gezegd: daar waar het EHRM in wezen enkel nagaat of de essentie van de waarborgen van het recht op eerlijk proces zoals de rechten van verdediging en het zwijgrecht zijn gerespecteerd, laat het Hof van Cassatie toe de eerlijkheid van het proces *in een meer ruime zin* te beoordelen en ook rekening te houden met elementen die strikt genomen niet meteen in rechtstreeks verband staan met het recht van verdediging en het zwijgrecht.

Deze mogelijkheid die het Hof van Cassatie geeft aan de feitenrechter om het criterium van het eerlijk proces ruimer te beoordelen dan het EHRM dit doet, laat de feitenrechter toe om ingeval van schending van het recht op privéleven *sneller* te oordelen tot bewijsuitsluiting dan wanneer dit het geval is voor een andere onregelmatigheid in de bewijsgaring. In dat kader is vooral het feit dat de feitenrechter kan rekening houden met “de gevolgen van de onregelmatigheid voor het recht dat of de vrijheid die met de overtreden norm worden beschermd”¹²⁷⁶, van belang. Wanneer de aangevoerde onregelmatigheid de schending betreft van een voorschrift dat de bescherming van het recht op privéleven beoogt¹²⁷⁷ en deze schending ook *tot gevolg* heeft dat het grondrecht dat erdoor beschermd wordt, effectief wordt geschonden, kan er sneller worden besloten tot schending van het recht op eerlijk proces en dus tot bewijsuitsluiting. Evenwel is de feitenrechter niet verplicht met dit element rekening te houden¹²⁷⁸ en worden de door het Hof van Cassatie aangereikte elementen als exemplatief beschouwd¹²⁷⁹. De feitenrechter kan bij de schending van het recht op privéleven zijn beslissing om niet over te gaan tot bewijsuitsluiting dus perfect motiveren door geen rekening te houden met dit element, maar een ander - al dan niet door

¹²⁷⁵ Cass. 5 juni 2012, www.cass.be, waarin wordt gesteld dat de feitenrechter niet met elk door het Hof van Cassatie aangereikt element rekening moet houden

¹²⁷⁶ Cass. 2 maart 2005, *RABG* 2005, 1161. In het dossier dat aan de grondslag lag van dit arrest werd een werkneemster (kassierster) er niet van op de hoogte gebracht dat zij werd gadegeslagen door een videocamera. Het Hof van Beroep had hierover geoordeeld dat erin casu geen sprake was van een schending van het recht op privéleven o.m. omdat de camera enkel de kassa registreerde. De feitenrechter motiveerde zijn beslissing om het bewijs niet uit te sluiten door aan te voeren dat de onregelmatigheid (het niet verwittigen van de kassierster conform de artikle 9 § 1 van cao nr. 68 terzake) geen gevolg had op het grondrecht dat met de overtreden norm werd beschermd.

¹²⁷⁷ Wat op zich genomen niet volstaat om tot bewijsuitsluiting te komen – zie hierboven cass. 16 november 2004

¹²⁷⁸ Cass. 5 juni 2012, www.cass.be, waarin wordt gesteld dat de feitenrechter niet met elk door het Hof van Cassatie aangereikt element rekening moet houden

¹²⁷⁹ zie bv. cass. 23 maart 2004, www.cass.be waar het Hof van Cassatie de woorden “onder meer” gebruikt.

het Hof van Cassatie aangereikt - element in overweging te nemen (bijvoorbeeld het feit dat de onrechtmatigheid (in casu de schending van het recht op privéleven) enkel een materieel element van het misdrijf aan het licht brengt)¹²⁸⁰. Ook andere elementen die door de feitenrechter in rekening kunnen worden gebracht bij de beoordeling van het criterium van het eerlijk proces, laten toe om het bewijs vergaard met schending van het recht op privéleven te aanvaarden. Zo kan de feitenrechter ook rekening houden met het “doelbewust of met grove veronachtzaming handelen in strijd met het recht op eerlijk proces”¹²⁸¹. Het feit dat de schending van het recht op privéleven dus niet doelbewust is gebeurd (bijvoorbeeld omdat de schending is gebaseerd op een wet die als onvoorzienbaar moet worden beschouwd in het licht van artikel 8 EVRM), zou door de feitenrechter in aanmerking kunnen worden genomen om de beslissing te nemen het bewijs dat uit deze schending is voortgevloeid, te aanvaarden. Ook het feit dat de feitenrechter rekening kan houden met de verhouding tussen de ernst van het misdrijf en de begane onregelmatigheid¹²⁸², kan een beslissing motiveren om bewijs dat met schending van het recht op privéleven is verkregen, toch te aanvaarden. De feitenrechter kan immers met name aannemen dat de schending van het recht op privéleven niet leidt tot bewijsuitsluiting wegens oneerlijk proces omdat de schending van het recht op privéleven heeft geleid tot de vaststelling van een zeer ernstig misdrijf¹²⁸³.

425. Samengevat geldt in het strafrecht dus in wezen het principe dat bewijs dat met schending van het recht op privéleven is bekomen, in de bewijsvoering *kan* worden aanvaard, net zoals dit het geval is voor bewijs dat door middel van andere onregelmatigheden werd verkregen. Slechts één door het Hof van Cassatie aangereikt element om de eerlijkheid van het proces en dus het al dan niet aanvaarden van het bewijs te beoordelen, laat toe dat een feitenrechter eventueel sneller *kan* oordelen tot bewijsuitsluiting bij schending van het recht op privéleven dan bij een andere onregelmatigheid¹²⁸⁴.

¹²⁸⁰ Cass. 23 maart 2004, *RABG* 2004, 1066; Cass. 12 oktober 2005, *T. Strafr.* 2006, 25, met noot F. VERBRUGGEN, ‘Vindt het Spook van Antigoon rust? Franstalig “schoonmoederarrest” als slotluik van de nieuwe cassatierechtspraak over de uitsluiting van onrechtmatig bewijs’; Cass. 31 oktober 2006, *T. Strafr.*, 2007, 55; Cass. 4 december 2007, *T. Strafr.* 2008, 274; Cass. 10 maart 2008, *Soc. Kron* 2008.9, 53

¹²⁸¹ Cass. 14 oktober 2003, www.cass.be; zie ook Cass. 31 oktober 2006, *T. Strafr.*, 2007, 55. In het arrest van 28 mei 2013 (cass. 28 mei 2013, www.cass.be) is sprake van “het al dan niet opzettelijk begaan van de onrechtmatigheid of het begaan van een niet te verontschuldigen onachtzaamheid”.

¹²⁸² Cass. 23 maart 2004, *RABG* 2004, 1061-1071; zie ook Cass. 2 maart 2005, *RABG* 2005, 1161, zie ook Cass. 5 juni 201. In de zaak die aan de grondslag lag van deze uitspraak werd de beschadiging aan voertuigen vastgesteld door het opstellen van camera’s door particulieren zonder dat zij daartoe waren gemachtigd. Dit vormt weliswaar een inbreuk op de Wet Verwerking Persoonsgegevens, die het recht op privéleven beoogt te waarborgen, doch de feitenrechter overweegt dat de effectieve inbreuk op het privéleven minimaal is ten opzichte van de vastgestelde misdrijven, vermits de camera gericht was op de voertuigen.

¹²⁸³ Zie bv. cass. 5 juni 2012, www.cass.be. In deze zaak waarin de schending van het recht op privacy (camerabewaking van voertuigen om de overtreder te betrappen op het aanbrengen van beschadigingen) als minimaal werd beschouwd in verhouding tot de vastgestelde overtredingen. Anderzijds: Cass. 8 november 2005, www.cass.be. In deze zogenaamde “zwarte voet”-zaak, waarin de snelheidsovertreding werd vastgesteld vanuit een voertuig waarin camera’s werden opgesteld en waarin onbevoegde derden aanwezig waren van een televisieproductiehuis, oordeelden zowel de politierechter als de correctionele rechtbank dat het recht op privéleven van de overtreder werd miskend. De feitenrechter overwoog dat deze schending van het recht op privéleven disproportioneel was met de ernst van het misdrijf, waardoor werd besloten het aldus bekomen bewijsmateriaal uit te sluiten.

¹²⁸⁴ Volgens de Nederlandse HR moet tot bewijsuitsluiting worden besloten wanneer er sprake is van een vormverzuim dat resulteert in een “zeeringrijpende inbreuk op een grondrecht”. De Nederlandse HR heeft met andere woorden een veel duidelijker instructie aan de feitenrechters, dan dit het geval is in België waar de feitenrechters zich bij een schending van een grondrecht ook door andere elementen kunnen laten leiden om tot het besluit te komen dat het bewijs niet is uitgesloten. Dit betekent niet dat om het even welke schending van een grondrecht in Nederland steeds leidt tot bewijsuitsluiting. De Nederlandse HR sluit zich immers ook

D.Einde van de bewijsuitsluitingsregel in fiscale zaken

426. Na het hiervoor vermelde arrest van het Hof van Cassatie van 14 oktober 2003 ontstond in de rechtspraak een controverse over de vraag of deze rechtspraak ook gold bij bewijsverkriging in fiscale zaken¹²⁸⁵.

Aan deze controverse kwam een einde met het arrest van het Hof van Cassatie van 22 mei 2015¹²⁸⁶. In deze uitspraak oordeelde het Hof van Cassatie dat “het gebruik door de

aan bij de stelling van het EHRM dat “een schending van het in art. 8 EVRM gegarandeerde recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer niet zonder meer een inbreuk oplevert op de in art. 6 EVRM vervatte waarborg van een eerlijk proces (vgl. HR 7 juli 2009, LJN BH8889, NJ 2009/399)” en dat “aan een niet gerechtvaardigde inbreuk op het door het eerste lid van art. 8 EVRM gewaarborgde recht in de strafprocedure tegen de verdachte geen rechtsgevolgen behoeven te worden verbonden, mits zijn recht op een eerlijk proces zoals bedoeld in art. 6, eerste lid, EVRM wordt gewaarborgd (vgl. HR 5 oktober 2010, LJN BL5629, NJ 2011/169, rov. 4.4.1)”(overweging 2.4.2 van HR 19 februari 2013, nr. 11/03711, ECLI:NL:HR:2013:BY5321). Tegelijkertijd oordeelt de Nederlandse HR ook, wat betreft de invulling van artikel 359 Sv., dat wanneer het recht op eerlijk proces niet aan de orde is, er nog een andere situatie is waarin tot bewijsuitsluiting moet worden geconcludeerd, en dat is met name het geval waarin “er sprake is van een ander belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel dat in aanzienlijke mate is geschonden en toepassing van bewijsuitsluiting noodzakelijk moet worden geacht als middel om toekomstige vergelijkbare vormverzuimen die onrechtmatige bewijsgaring tot gevolg hebben te voorkomen en een krachtige stimulans te laten bestaan tot handelen in overeenstemming met de voorgeschreven norm”. De HR geeft hierbij als uitdrukkelijk voorbeeld de situatie waarbij “er sprake is van een vormverzuim dat resulteert in een zeringrijpende inbreuk op een grondrecht van de verdachte” (overweging 2.4.5 van HR 19 februari 2013, nr. 11/03711, ECLI:NL:HR:2013:BY5321). Dit was bijvoorbeeld aan de orde in HR 29 mei 2007, LJN AZ8795, NJ 2008/14 (inzake een lijfsvisitatie als bedoeld in art. 17 Douanewet waarbij zonder toereikende wettelijke grondslag een schouwing werd uitgevoerd van de natuurlijke openingen en holten van het lichaam). Zie ook HR 12 januari 1999, LJN ZD1402, NJ 1999/290 (inzake het gebruik van de inhoud van telefoongesprekken tussen de medeverdachte en een door hem geraadpleegde advocaat). Zie ook HR 2 oktober 2007, LJN BA5632, NJ 2008/374 (inzake het gebruik van de inhoud van een telefoongesprek tussen de verdachte en de door hem geraadpleegde dokter).

¹²⁸⁵ De vraag naar de toepassing van de Antigoonleer kwam tot uiting in de zogenaamde KB-Lux zaak, waarbij de aanslagen waren gebaseerd op een strafonderzoek dat was gestart naar aanleiding van de diefstal van gegevens van Kredietbank Luxemburg door een ex-werknemer. De gestolen informatie werd door het parket niet aangenomen, doch er werd een geënceneerde huiszoeking uitgevoerd om het bewijsmateriaal te ontdekken. De strafrechter bevestigde het deloyale karakter van de bewijsvoering en de onwettigheid van het bewijsmateriaal (zie hierover Corr. Brussel 8 december 2009, JT 2010, afl. 6377, 6; bevestigd door Brussel 10 december 2010, TFRnet 2011/N86 en bevestigd door Cass. 31 mei 2011, TFRnet 2011/N85). Na de uitspraak van de strafrechter over de onregelmatigheden van het parket bij de bewijsgaring, oordeelde een deel van de fiscale rechters dat het bewijs in fiscale zaken kon worden aanvaard. Daarbij werd soms expliciet verwezen naar de Antigoonrechtspraak (Rb. Brussel 6 september 2010, TFR 2011, 972; Bergen 10 december 2008, RGCF 2009, 54 noot P. Dhaeyer, Antwerpen 21 maart 2006, TFR 2011, afl. 412, 972; Rb. Gent 24 november 2010, TFR 2011, afl. 412, 973). Ook in zaken buiten de KB-lux-zaak werd de Antigoonleer hier en daar toegepast in fiscale zaken (zie bv. Antwerpen, 9 oktober 2012, Fisc. Koer. 2012/587; Brussel 17 januari 2012, Fisc. Koer. 2012/259) In het merendeel van de rechtspraak (ook buiten de KB-lux-zaak) werd de toepassing van de Antigoon-criteria in fiscale zaken uitdrukkelijk afgewezen: o.m. Brussel 24 mei 2012, Fisc. Act. 2012, 27/4; Antwerpen 4 december 2012, Fisc. Koer. 2013/08, rb. Hasselt 17 oktober 2012, Fisc. Koer. 2012/615. Ook in de rechtsleer heerste verdeeldheid: door M. MAUS werd verdedigd dat de rechtsgrond voor de bewijsuitsluitingsregel in het strafrecht artikel 6 EVRM is. Vermits dit artikel ook doorwerkt naar burgerlijke zaken, werkt de Antigoonleer ook door naar bewijsvoering in burgerlijke zaken. Vermits artikel 6 EVRM niet van toepassing is in fiscale zaken zou de bewijsuitsluitingsregel daar niet doorwerken. De rechtsgrond voor de bewijsuitsluitingsregel in het fiscaal recht zouden daarentegen de beginselen van behoorlijk bestuur zijn (M. MAUS, *De fiscale controle*, Die Keure, 2005, 92; zie ook M. MAUS; “het (on)rechtmatig optreden van de belastingadministratie bij de fiscale controle”, RW 2003-2004, 1597-1613); Door T. JANSSEN wordt dan weer verdedigd dat niets eraan in de weg staat dat de Antigooncriteria ook worden toegepast in fiscale zaken (T. JANSSEN, “Moet ook fiscale rechter uitsluiting onregelmatig verkregen bewijs voortaan motiveren?” *Fisc. Act.* 2011, nr. 1, 5-10). Zie hierover eveneens: H. DUBOIS, “De bevrijding van de KB Lux-klanten, en Antigoon”, *TFR* 2011, 941-950; H. VANDEBERGH, “De tempering van de strikte toepassing van de fiscale wet door de Antigoon-doctrine met betrekking tot onrechtmatige bewijsgaring en andere beginselen”, *TFR* 2011, 894-911; T. AFSCHRIJFT, “Le principe de la légalité de la preuve en droit fiscal”, *RGCF* 2013.3, 163-181; J. ROSELETH en J. PEETERS, “Onrechtmatig verkregen bewijs in fiscalibus”, in *Fiscaal Praktijkboek 2010-2011. Directe belastingen*, 221-257; E. VAN BRUSTEM, “Libres propos sur la loyauté et la nécessité de la preuve”, *RGCF* 2014.3-4, 189-211)

¹²⁸⁶ www. Cass. 22 mei 2015, www.cass.be

*administratie van onrechtmatig verkregen bewijs*¹²⁸⁷ moet worden getoetst aan de beginselen van behoorlijk bestuur en het recht op eerlijk proces”. Het Hof vervolgt dat “het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs in fiscale zaken slechts kan worden geweerd (behoudens wanneer de wetgever terzake in bijzondere sancties voorziet), indien de bewijsmiddelen verkregen zijn op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat dit gebruik in alle omstandigheden als ontoelaatbaar moet worden geacht, of indien dit gebruik het recht op een eerlijk proces in gevaar brengt.” Ook in fiscale zaken dient de feitenrechter dus met drie criteria rekening te houden bij zijn beslissing om onrechtmatig verkregen bewijs uit te sluiten of niet. Indien aan deze criteria voldaan is – waarover de feitenrechter onaantastbaar zelf oordeelt - is de feitenrechter verplicht het aldus bekomen bewijs uit te sluiten. Deze drie criteria zijn: (1) de wetgever heeft bijzondere sancties voorzien, (2) de bewijsmiddelen zijn verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht dat dit gebruik onder alle omstandigheden als ontoelaatbaar moet worden geacht, en (3) het gebruik van het onrechtmatig verkregen bewijs brengt het recht op eerlijk proces in gevaar.

427. Ook in fiscale zaken rijst aldus de vraag in welke mate informatie die met schending van het recht op privéleven werd verkregen, van de bewijsvoering moet worden uitgesloten, rekening houdend met deze door het Hof van Cassatie aangevoerde criteria. Vermits het eerste en het derde criterium duidelijk identiek zijn aan het eerste en derde criterium van de Antigoonleer in strafzaken¹²⁸⁸, is een vergelijking met de invulling van de Antigoonleer in strafzaken zinvol. Wat dit laatste criterium betreft, reikt het Hof van Cassatie bovendien in het arrest van 22 mei 2015 een aantal elementen aan aan de (fiscale) feitenrechter om de beoordeling over de eerlijkheid van het proces te kunnen maken, die overeenkomen met de elementen die ook in de Antigoonrechtspraak in strafzaken naar voor worden geschoven, nl. (1) het zuiver formeel karakter van de onregelmatigheid; (2) de weerslag van de onregelmatigheid op het recht of de vrijheid die door de overschreden norm wordt beschermd; (3) het al dan niet opzettelijk karakter van de door de overheid begane onregelmatigheid; en (4) de omstandigheid dat de ernst van de inbreuk veruit de begane onregelmatigheid overstijgt.

¹²⁸⁷ Hoewel nergens in de rechtspraak als dusdanig uitdrukkelijk gesteld, krijgt het begrip onrechtmatig verkregen bewijs in fiscale zaken dezelfde invulling als in strafzaken (zie hierboven: Cass. 13 mei 1986). Er is dus sprake van onrechtmatig verkregen bewijs in fiscale zaken bij overtreding van de wet alsook bij overtreding van algemene rechtsbeginselen, waaronder de beginselen van behoorlijk bestuur. M. MAUS komt tot deze conclusie na studie van de fiscale rechtspraak over onrechtmatig verkregen bewijs: M. MAUS; “het (on)rechtmatig optreden van de belastingadministratie bij de fiscale controle”, RW 2003-2004, 1600

¹²⁸⁸ Het feit dat in het arrest van het Hof van Cassatie van 22 mei 2015 sprake is van het recht op eerlijk proces dat “in het gedrang wordt gebracht”, terwijl in het arrest van het Hof van Cassatie van 14 oktober 2003 er sprake is van het “recht op eerlijk proces dat wordt geschonden”, is niet van aard te veronderstellen dat erin fiscale zaken een ander criterium wordt gehanteerd. Ook in strafzaken hanteert het Hof van Cassatie wel eens de bewoordingen dat “het recht op eerlijk proces niet in gevaar mag zijn gebracht”, terwijl wel algemeen wordt aangenomen dat het Hof van Cassatie hiermee zijn houding niet heeft gewijzigd en het bewijs enkel dan moet worden uitgesloten wanneer het recht op eerlijk proces is geschonden: zie hierover: Ph. TRAEEST, “Actualia bewijs in strafzaken” in X. *Bewijsrecht*, Brussel, Larcier, 2014, 155-156

E. Invulling van de Antigooncriteria in fiscale zaken op bewijsverkrijging in strijd met het recht op privéleven

1. Eerste criterium: de uitdrukkelijke nietigheidssanctie

428. Rekening houdend met de rechtspraak van het Hof van Cassatie aangaande de invulling van het eerste criterium in strafzaken kunnen we ervan uitgaan dat ook in fiscale zaken, waar een identiek criterium naar voor wordt geschoven, de bijzondere sanctie uitdrukkelijk door de wet zal moeten zijn voorgeschreven. De wet schrijft evenwel geen sancties voor in geval van overtredingen van wettelijke bepalingen betreffende onderzoeksbevoegdheden¹²⁸⁹, ook niet voor de onderzoeksdaden die in ieder geval als een inmenging in het privéleven moeten worden beschouwd, zoals de visitatie in de woning van de belastingplichtige zoals bepaald in artikel 319 W.I.B. 1992.

2. Derde criterium: het recht op eerlijk proces

429. Wat betreft het derde criterium (nl. het recht op eerlijk proces komt in gevaar) moet vooreerst worden opgemerkt dat het recht op eerlijk proces zoals gegarandeerd in artikel 6 EVRM in principe niet van toepassing is op geschillen met betrekking tot de vaststelling van de verschuldigde belasting¹²⁹⁰. Artikel 6 EVRM is daarentegen wel van toepassing op geschillen met betrekking tot de vaststelling van fiscale sancties die als strafrechtelijke sancties kunnen worden beschouwd in de zin van artikel 6 EVRM¹²⁹¹. Dit is het geval voor de fiscale sancties die in het Belgische interne recht als fiscale strafsancties worden beschouwd, maar dit is eveneens het geval voor de administratieve fiscale sancties¹²⁹². Ook bepaalde heffingen werden door de Belgische rechtspraak beschouwd als strafsancties in de zin van artikel 6 EVRM¹²⁹³. Bij betwistingen aangaande het opleggen van dergelijke sancties, gelden *alle* waarborgen van artikel 6 EVRM, waaronder het recht van verdediging, het recht op de

¹²⁸⁹ De nietigheidssanctie van artikel 333 W.I.B. 1992 (het gaat hier om de nietigheid van de aanslag) indien onderzoeksverrichtingen zijn gebeurd in de aanvullende termijn van vier jaar bedoeld in artikel 354 tweede lid WIB 1992 zonder de voorafgaande kennisgeving van de aanwijzingen van belastingontduiking, heeft betrekking op een overtreding inzake de onderzoekstermijn en als dusdanig niet op een overtreding van de wettelijke bepalingen die de onderzoeksmaatregel zelf regelen.

¹²⁹⁰ Zie: EHRM 12 juli 2001, FERRAZZINI/Italië. Het Hof van Cassatie nam dit standpunt al eerder in en verleent in de Belgische rechtsorde dus geen ruimere rechtsbescherming: zie bv. Cass. 8 april 1976, *Arr.Cass.*, 1976, 913-914; Cass. 5 september 1979, *Arr.Cass.* 1979-1980, 8-9. Het Grondwettelijk Hof treedt deze zienswijze bij: GwH 2 juni 2010, 66/2010, overweging B.2.3, Arbitragehof 20 april 2005, 76/2005, overweging B.11.4

¹²⁹¹ Zie de hiernavolgende niet-fiscale arresten waarin de criteria werden naar voor geschoven om te bepalen of een sanctie als een strafsanctie dient te worden beschouwd in de zin van artikel 6 EVRM: EHRM 6 juni 1976, ENGEL/Nederland; EHRM 21 februari 1984, ÖZTÜRK/Turkije; EHRM 25 augustus 1987, LUTZ/Duitsland. Met name dient te worden nagegaan wat de interne kwalificatie is van de sanctie, wat de aard is van de overtreden norm en wat de aard en de zwaarte is van de sanctie.

¹²⁹² Doorbraak in de Belgische rechtspraak werd veroorzaakt door: Arbitragehof 24 februari 1999, 99/22, waarin de BTW-boete van artikel 70 Wbtw werd beschouwd als een strafsanctie in de zin van artikel 6 EVRM. Dit standpunt werd niet als dusdanig gevolgd door het Hof van Cassatie, waarop België werd veroordeeld door het EHRM (EHRM 4 maart 2004, SILVESTERS HORECA SERVICE/België) wegens het miskennen van de bepalingen van artikel 6 EVRM bij het opleggen van een administratieve sanctie conform artikel 70 WBTW. In het kader van de inkomstenbelastingen wordt door de rechtspraak doorgaans erkend dat zowel de belastingverhogingen van artikel 444 WIB92 als de vaste administratieve boeten van artikel 445 WIB92 als straffen in de zin van artikel 6 EVRM moeten worden beschouwd (zie bv. Gent 3 december 2013, *RGCF* 2014, 146; Rb. Luik 23 maart 2006, *FJF* 2007, 581; Antwerpen 23 april 2002, *FJF* 2002, afl. 7, 619; Antwerpen 3 juni 2008, *FJ*, 2009, 202)

¹²⁹³ Erkenning van de aanslag geheime commissielonen op grond van artikel 219 W.I.B. 1992 (zoals deze bestond voor de inwerkingtreding van de programmawet van 14 december 2014 die de aanslag geheime commissielonen grondig hervormde) als een strafsanctie in de zin van artikel 6 EVRM: GwH 6 juni 2014, 88/2014, zie ook Cass. 10 maart 2016, www.cass.be; de belasting op ontbreken van parkeerplaatsen wordt beschouwd als strafsanctie: Rb. Namen, 15 december 2010, *RGCF* 2011, afl. 2, 180

behandeling van de zaak binnen een redelijke termijn, de wapengelijkheid, het zwijgrecht en dergelijke meer. Anderzijds wordt in de fiscale rechtspraak reeds lange tijd toepassing gemaakt van een *deelaspect* van artikel 6 EVRM, met name het recht van verdediging¹²⁹⁴. Dit laatste gebeurt dan vanuit de gedachte dat dit recht van verdediging als een algemeen rechtsbeginsel moet worden beschouwd¹²⁹⁵.

430. De vraag rijst dan ook of het derde criterium (het recht op eerlijk proces is in gevaar door het aanvaarden van het onrechtmatig verkregen bewijs) enkel kan worden toegepast op betwistingen betreffende de bewijsgaring in het kader van het opleggen van (fiscale) sancties in de zin van artikel 6 EVRM, dan wel kan worden toegepast op de bewijsgaring met het oog op het vaststellen van de totale fiscale schuld, waartoe zowel de belastingen als de sancties in de zin van artikel 6 EVRM behoren. Rekening houdend met de invulling die aan het criterium van het eerlijk proces wordt gegeven door de rechtspraak van het EHRM bij de beoordeling van zaken waarin onrechtmatig verkregen bewijs werd aanvaard, is deze vraag evenwel een zeer theoretische vraag. Immers, bij de beoordeling van de eerlijkheid van het proces bij het aanvaarden van onrechtmatig verkregen bewijs speelt in hoofdzaak het recht van verdediging, als onderdeel van het recht op eerlijk proces, een rol. Enkel in de mate dat men zijn recht van verdediging niet heeft kunnen uitoefenen ten aanzien van bewijs dat nochtans op onrechtmatige wijze werd vergaard, wordt aanvaard dat dit bewijs ook moet worden uitgesloten. Welnu, hierboven werd al gesteld dat het recht van verdediging een algemeen rechtsbeginsel is dat ook in fiscale zaken van toepassing is, en dit uiteraard zowel betreffende betwistingen over de fiscale boete als betwistingen over de belasting zelf. Een ander deelaspect waarmee wordt rekening gehouden in de rechtspraak van het EHRM bij de beoordeling van de eerlijkheid van het proces wanneer onrechtmatig verkregen bewijs wordt aanvaard, is het al dan niet gerespecteerd zijn van het *zwijgrecht*. Dit recht kan in fiscalibus slechts in een beperkt aantal gevallen worden ingeroepen (zie hierover afdeling 3 van hoofdstuk 3 over de informatie bekomen op basis van de uitoefening van de onderzoeksbevoegdheden bij de belastingplichtige).

¹²⁹⁴ Merk op dat niet alleen het recht van verdediging als onderdeel van het recht op eerlijk proces wordt toegepast in fiscale zaken, maar dat ook bv. het recht op behandeling van het bezwaarschrift binnen een redelijke termijn in de meer recente fiscale rechtspraak wordt toegepast. De behandeling van de zaak binnen een redelijke termijn wordt dan wel als een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur beschouwd (zie bv. Antwerpen 23 september 2008, *TFR* 2009, 201 ev., met noot S. BRABANTS). Zie gelijkaardig: rb. Brugge 21 oktober 2013, *Fisc. Koer.* 2013, afl. 19-20, 682. Het is evenwel onjuist te stellen dat het recht op eerlijk proces, in al haar deelaspecten, een algemeen rechtsbeginsel uitmaakt (zie J. BONNE en W. VETTERS? "Wordt de soep zo heet gegeten als ze wordt opgediend", *TFR* 2015, 691 (noot onder Cass. 22 mei 2015)). Zo onder meer geldt het zwijgrecht als onderdeel van het recht op eerlijk proces niet in fiscale zaken, waar een principiële meewerkplicht geldt.

¹²⁹⁵ Zie bv. Cass. 7 april 1970, *Pas.* 1970, I, 672-674 (De bestendige deputatie moet de rechten van verdediging als algemeen rechtsbeginsel respecteren in het kader van het behandelen van een betwisting van een lokale belasting en kan haar beslissing dus niet steunen op documenten die niet aan de belastingplichtige zijn overgemaakt); gelijkaardig: Cass. 26 januari 1977, *Pas.* 1977, I, 570-571; Cass. 19 januari 1989, *Pas.* 1989, I, 541). Ook in het kader van de betwisting van inkomstenbelastingen voor het Hof van Beroep (oude fiscale procedure) moeten de rechten van verdediging worden gerespecteerd als algemeen rechtsbeginsel (Cass. 10 maart 1977, *Pas.* 1970, I, 608-610 (al oordeelde het Hof van Cassatie dat de rechten van verdediging in casu niet waren geschonden). Voor een toepassing in de nieuwe fiscale procedure: Cass. 31 januari 2000, www.cass.be (Rechten van verdediging als algemeen rechtsbeginsel is geschonden doordat het Hof van Beroep zijn beslissing steunt op een feit dat geen algemeen bekend feit is, niet door de partijen is aangevoerd en niet aan hun tegenspraak is onderworpen. Zie ook J. DUJARDIN, "het recht van verdediging in de rechtspraak van het Hof van Cassatie (1990-2003). Rede uitsproken door procureur-generaal Dujardin bij de plechtige openingszitting van 1 september 2003", *RW* 2004, 763 ev.

431. Hoe dan ook en los van de vraag of dit criterium enkel kan worden toegepast op bewijsverkrijging met het oog op het opleggen van een strafsanctie in de zin van artikel 6 EVRM, laat het Hof van Cassatie in het arrest van 22 mei 2015 toe, net als dit het geval is in de uitspraken aangaande de Antigoonleer in strafzaken, dat de feitenrechter bij de beoordeling van de eerlijkheid van het proces rekening houdt met een aantal elementen die in wezen geen verband houden met de waarborgen van een eerlijk proces. Met name kan de feitenrechter zijn beslissing om onrechtmatig verkregen bewijs al dan niet uit te sluiten wegens oneerlijkheid van het proces, baseren op onder meer, één of meerdere van de volgende elementen: het zuiver formeel karakter van de onregelmatigheid; de weerslag van de onregelmatigheid op het recht of de vrijheid die door de overschreden norm wordt beschermd; het al dan niet opzettelijk karakter van de door de overheid begane onregelmatigheid; en de omstandigheid dat de ernst van de inbreuk veruit de begane onregelmatigheid overstijgt. Ook in fiscale zaken kan de feitenrechter dus een ruimere beoordeling geven aan dit criterium van het eerlijk proces, dan dit het geval is in de rechtspraak van het EHRM.

432. Uit de hierboven staande analyse van het criterium van het recht op eerlijk proces in de strafrechtelijke Antigoonleer is gebleken dat in wezen één element toelaat dat de feitenrechter sneller tot bewijsuitsluiting kan komen bij schending van het recht op privéleven dan wanneer het bewijs is verkregen door een andere onregelmatigheid. Met name kan de feitenrechter de *weerslag* van de onregelmatigheid op het recht of de vrijheid die door de overschreden norm wordt beschermd aanwenden om een bewijsuitsluitingsbeslissing te ondersteunen. De fiscale feitenrechter kan dus zijn beslissing om onrechtmatig verkregen bewijs uit te sluiten ondersteunen door de vaststelling dat de overtreding van een norm die het recht op privéleven beoogt te beschermen ook effectief geleid heeft tot een schending van het recht op privéleven. De fiscale rechter is evenwel niet verplicht dit element in overweging te nemen bij de beoordeling van de eerlijkheid van het proces. De andere door het Hof van Cassatie aangereikte elementen laten de fiscale feitenrechter toe om bewijs dat met schending van het recht op privéleven is verkregen, te aanvaarden, op eenzelfde wijze als dit kan voor bewijs dat met een andere onregelmatigheid aan het licht is gekomen.

3. Tweede criterium: de beginselen van behoorlijk bestuur

a. Algemeen

433. Er is evenwel nog het hierboven vermelde tweede criterium dat door het Hof van Cassatie naar voor wordt geschoven om te bepalen of het onrechtmatig verkregen bewijs moet worden uitgesloten of niet, namelijk de schending van de beginselen van behoorlijk bestuur¹²⁹⁶. Hierna zal worden aangetoond dat het in overweging nemen van dit criterium bij de beoordeling van de sanctie voor het onrechtmatig verkrijgen van bewijs, er *altijd* moet

¹²⁹⁶ T. JANSEN schrijft het gebruikt van het alternatief criterium van de beginselen van behoorlijk bestuur toe aan het feit dat artikel 6 EVRM in principe niet van toepassing is fiscale geschillen: T. JANSEN, "Cassatie omarmt fiscale Antigoontoets bij beoordeling onrechtmatig verkregen bewijs", *Fisc. Act.* 2015, afl. 21, 1-5: "(...) bij nader inzien is de toetsing aan een behoorlijk handelende overheid wellicht ingegeven door de zorg om de belangenafweging, die inherent is aan de Antigoontoets, te kunnen maken in louter fiscaal-administratieve geschillen, waar de waarborgen van artikel 6 EVRM niet van toepassing zijn."

toe leiden dat bewijs wordt uitgesloten eens wordt vastgesteld dat dit is verkregen met schending van het recht op privéleven.

434. Er moet vooreerst worden opgemerkt dat het arrest van het Hof van Cassatie aanleiding geeft tot verwarring over de wijze waarop dit criterium moet worden gehanteerd. Met name stelt het Hof van Cassatie in het arrest van 22 mei 2015 in randnummer 4 dat het **gebruik** van onrechtmatig verkregen bewijs moet worden getoetst aan het beginselen van behoorlijk bestuur (en het recht op eerlijk proces). Het Hof van Cassatie gaat er met andere woorden van uit dat de beslissing om bewijsmateriaal dat is bekomen in strijd met de wet, met een grondrecht of met een algemeen rechtsbeginsel, te *gebruiken*, soms getuigt van behoorlijk bestuur¹²⁹⁷ en soms van onbehoorlijk bestuur. In randnummer 5 evenwel wordt gesteld dat het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs slechts kan worden geweerd indien **de bewijsmiddelen zijn verkregen** op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht dat dit gebruik onder alle omstandigheden als ontoelaatbaar moet worden geacht. Deze zin lijkt er dan weer op te wijzen dat de beginselen van behoorlijk bestuur (ook) dienen als toetssteen voor de bewijsverkrijging zelf en met name te besluiten tot bewijsuitsluiting wanneer de begane onregelmatigheid getuigt van zwaar onbehoorlijk overheidshandelen. In randnummer 5 wordt immers niet langer verwezen naar de “gewone” beginselen van behoorlijk bestuur, maar naar een soort versterkte beginselen van behoorlijk bestuur.

b.Toepassing van het “zozeer indruist-criterium” in Nederland

435. Op zoek naar de ware betekenis die aan het criterium van de “ernstige schendingen van de beginselen van behoorlijk bestuur” moet worden gegeven, moet worden vastgesteld dat dit criterium ook in de Nederlandse rechtspraak betreffende het gebruik van onrechtmatige verkregen bewijs wordt gehanteerd¹²⁹⁸. Het wordt er kortweg het “zozeer indruist”-criterium genoemd.

436. Dit criterium werd voor het eerst naar voor geschoven door het Nederlandse Hoge Raad in een arrest van 1992 dat handelde over het gebruik door de fiscale rechter van bewijs dat door de strafrechter als onrechtmatig verkregen werd beschouwd¹²⁹⁹ (dus secundair gebruik door de fiscale administratie van in strafzaken vergaard bewijs). De zaak die aan de grondslag lag van dit arrest betrof een huiszoeking bij de accountant van de belastingplichtige vennootschap zonder rechterlijke machtiging. Hoewel de Hoge Raad oordeelde dat het in de strafzaak onrechtmatig verkregen bewijs kon worden gebruikt in de fiscale zaak alleen al omwille van het feit dat de onrechtmatigheid in de strafzaak werd begaan ten aanzien van een derde en niet ten aanzien van de belastingplichtige zelf¹³⁰⁰, stelt de Hoge Raad ook in meer algemene zin dat wanneer de onregelmatigheid in de strafzaak

¹²⁹⁷ Zo bijvoorbeeld wordt aangenomen dat het **gebruiken** van informatie die werd bekomen uit het buitenland op basis van een vraag van een overheid die hiertoe niet bevoegd was (schending van het M.B. dat terzake was genomen), **niet** kan worden beschouwd als een overheidshandeling in strijd met wat van een behoorlijk handelende overheid kan worden verwacht (zie feiten die aan de basis liggen van het arrest van het Hof van Cassatie van 22 mei 2015)

¹²⁹⁸ Zie hierover: S. DE RAEDT, “Het “zozeer indruist”-criterium in de fiscale Antigoonleer”, in B. DE GROOTE en J. VERHOEYE, *Goed vaderschap. Liber amicorum Antoine Doolaeghe*, Brussel, Larcier, 2017, in productie

¹²⁹⁹ HR 1 juli 1992, nr. 26.331, na conclusie Verburg, *BNB* 1992/306 met noot DEN BOE; zie recent ook nog HR 20 maart 2015, ECLI:HR:NL:2015:643, *TBS&H* 2015, 214 en met noot C. HOFMAN en J.S. NAN

¹³⁰⁰ Zie overweging 3.2.3 van het arrest HR 1 juli 1992

ten aanzien van de belastingplichtige was gesteld, de fiscale administratie in principe gebruik kan maken van dit bewijsmateriaal, tenzij dat het **gebruik** ervan moet worden beschouwd als in strijd met wat van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht¹³⁰¹. De beginselen van behoorlijk bestuur zijn immers in algemene zin het criterium waaraan het bestuurshandelen moet worden getoetst wanneer het bestuur binnen het wettelijk kader informatie verzamelt¹³⁰² (en dus ook wanneer het binnen het wettelijk kader informatie haalt uit een strafonderzoek). Evenwel voegt de Hoge Raad hieraan toe dat er in ieder geval geen sprake kan zijn van een onbehoorlijk handelende overheid wanneer de fiscale ambtenaar ook zonder de onrechtmatige handelingen van de (penale) opsporingsambtenaren, zonder wettelijke belemmering kennis had kunnen nemen van dit bewijsmateriaal, onder meer door gebruik te maken van de voor de belastingplichtige bestaande wettelijke verplichting om gegevens en inlichtingen te verstrekken. Het **gebruik** van dergelijke stukken is slechts dan niet toegestaan indien zij zijn **verkregen** op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijke overheid mag worden verwacht dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht¹³⁰³. Ook in Nederland wordt de beslissing om onrechtmatig verkregen bewijs te **gebruiken** getoetst aan de “gewone” beginselen van behoorlijk bestuur, en wordt aangenomen dat er sprake is van een schending van de beginselen van behoorlijk bestuur wanneer bewijsmateriaal wordt **gebruikt** dat is **verkregen** op een wijze die indruist tegen de “versterkte” beginselen van behoorlijk bestuur (“zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijke overheid mag worden verwacht dat het gebruik in alle omstandigheden als ontoelaatbaar moet worden geacht”). Uit de rechtspraak van de Hoge Raad die op deze uitspraak volgde, blijkt dat het “zozeer indruist”-criterium toelaat het bewijs ook in fiscale zaken uit te sluiten in de gevallen waarin de fiscale administratie volledig binnen het wettelijk kader informatie had verkregen uit een strafdossier, maar dat de wijze waarop de informatie *daar* was verkregen, gepaard was gegaan met “ernstige” onregelmatigheden¹³⁰⁴.

¹³⁰¹ Zie overweging 3.2.4 van het arrest HR 1 juli 1992.

¹³⁰² De HR had reeds eerder aangenomen dat de fiscale administratie bij het bekomen van bewijs niet alleen moet handelen binnen het kader van haar wettelijke bevoegdheden, maar binnen dit wettelijk kader ook niet mag handelen in strijd met wat van een behoorlijk handelende de overheid kan worden verwacht. Zie HR 10 februari 1988, nr. 23.925, *BNB* 1988/160: In deze zaak werd het niet afgesloten kofferdeksel geopend van een op de openbare weg geparkeerde, op benzine geregistreerde auto waaraan een controleur een gasvuldop had opgemerkt. De woning stond bij de woning van de kentekenhouder geparkeerd. Er werd in de kofferbak een gastank aangetroffen. De verschuldigde motorrijtuigenbelasting was niet voldaan. De controleur had eerst aangebeld, maar de kentekenhouder was niet thuis. De Hoge Raad overwoog toen dat controletaak van de fiscus moet gebeuren met inachtneming van de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel. Door zonder toestemming en zonder medeweten van belanghebbende eigenmachtig het kofferdeksel van het motorrijtuig te openen (wat wettelijk gezien mogelijk is), werd de voor de belanghebbende “meest bezwarende weg van informatievergaring gekozen” wat op zich in strijd is het zorgvuldigheid. Gelet op de voorliggende omstandigheden, en met name het feit dat de fiscus de belanghebbende niet had kunnen bereiken, was het zorgvuldigheidsbeginsel evenwel de facto niet geschonden. Er is geen onaanvaardbare inbreuk op het privéleven van de belanghebbende gemaakt. Zie ook HR 27 september 2002, nr. 36.676, *ECLI:NL:HR:2002:AD8780*, *BNB* 2003/13. In de zaak laat de fiscale rechter het bewijs buiten toepassing dat is verkregen doordat de fiscale administratie zich onzorgvuldigd heeft gedragen bij de uitoefening van haar beoegdheden. Met name heeft de administratie een onaangekondigd bezoek afgelegd bij een belastingplichtige, anders dan gebruikelijk is bij reguliere boekenonderzoeken, en kon de Inspecteur ter zitting daarover geen opheldering verschaffen, werd van het bezoek geen verslag geproduceerd en waren de belastingplichtige, noch diens medevennoot bij het bedrijfsbezoek aanwezig was. De werknemer van de belastingplichtige aan wie vragen werden gesteld en die de uit de bewijsvoering geweerde verklaring heeft afgelegd, mocht geen contact opnemen met de belastingplichtige.

¹³⁰³ Zie overweging 3.2.5 van het arrest HR 1 juli 1992

¹³⁰⁴ Het zozeer-indruist criterium wordt ook aangewend voor het gebruik door de Nederlandse fiscale administratie van onrechtmatig verkregen bewijs uit het buitenland. Zie voor een (negatief) voorbeeld: HR 14 november 2006, nr. 02324/05 (*ECLI:NL:HR:2006:AX7471*) en HR 21 maart 2008, nr. 43.050 (*ECLI:NL:HR:2008:BA8179*, overweging 3.4.1.) waarin de Hoge Raad oordeelde over het gebruik in Nederland

De fiscale administratie wordt met andere woorden geacht zich onbehoorlijk te gedragen als ze zich bedient van materiaal dat in de strafzaak was verkregen, niet door een gewone onregelmatigheid, maar door een ernstige onregelmatigheid¹³⁰⁵. Zo bijvoorbeeld achtte de Hoge Raad het gebruik van bewijs dat door de strafrechter als onrechtmatig werd beschouwd omdat het werd verkregen in strijd met het beroepsgeheim van de advocaat, ook in fiscale zaken ontoelaatbaar¹³⁰⁶. De Hoge Raad achtte deze onregelmatigheid een zeer ernstige onregelmatigheid omdat *“het belang dat een ieder vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking informatie aan zijn advocaat kan toevertrouwen ook in fiscale zaken zo zwaarwegend is”*¹³⁰⁷. Ook in de rechtspraak van de hoven en rechtbanken zijn voorbeelden terug te vinden waarbij het gebruik van bewijs dat in de strafprocedure met schending van het huisrecht werd verkregen door de fiscale administratie, werd beschouwd als strijdig met het *“zozeer-indruist”* criterium¹³⁰⁸. De overweging dat het huisrecht een fundamenteel recht is wordt hierbij in overweging genomen.

In een recent arrest van 20 maart 2015¹³⁰⁹ werd het *“zozeer-indruist”*-criterium door de HR hernomen en verder verduidelijkt in het licht van de ontwikkelingen die zich intussen op het vlak van het strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs in Nederland hadden afgespeeld. In dit arrest stelt de Hoge Raad met name dat het intussen in 1996 ingevoerde artikel 359 a Sv (dat de strafrechter toelaat een keuze te maken tussen verschillende mogelijke rechtsgevolgen die aan onrechtmatig verkregen bewijs kunnen worden verleend, waaronder, maar niet uitsluitend, de bewijsuitsluiting) zo wordt geïnterpreteerd¹³¹⁰ dat bewijsuitsluiting moet worden voorbehouden onder meer¹³¹¹ voor de situatie waarin een *“belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden”*. In een arrest van de Hoge Raad van 19 februari 2013¹³¹² werd dit verduidelijkt door te stellen dat bewijsuitsluiting in een dergelijk geval een *“noodzakelijk middel is om toekomstige vergelijkbare vormverzuimen te voorkomen en een krachtige stimulans te laten bestaan tot*

door de fiscale administratie van de microfiches uit de KB-lux zaak. De Hoge Raad stelt vast dat de Nederlandse fiscale administratie deze informatie volledig binnen het wettelijke kader van de bijstandsrichtlijn heeft verkregen. Aangaande de wijze waarop de Belgische fiscale administratie de informatie had verkregen oordeelde de Hoge Raad: *“dat niet is gebleken dat overheidsdienaren op enigerlei wijze direct of indirect betrokken zouden zijn bij de diefstal of de verduistering van de documenten van KB-Lux of op enige andere wijze frauduleus gedrag van ex-werknemers van KB-Lux hebben geïnitieerd of gefaciliteerd”*. Het gebruik van deze informatie door de Nederlandse fiscale administratie werd daarom niet strijdig geacht met wat van een behoorlijke overheid kan worden verwacht.

¹³⁰⁵ Het hoeft daarbij niet noodzakelijk te gaan over wetsovertredingen begaan in het strafonderzoek (zie bv. HR 9 september 1992, nr. 27.399, BNB 1992/366, met noot P. DEN BOER alsook HR 9 september 1992, nr. 27.400, BNB 1992/367, met noot P. DEN BOER: waarbij de FIOD zowel bij het openbaar ministerie als bij de rechtbank een onjuiste en voor de belastingplichtige zeer nadelige voorstelling van zaken heeft gegeven en daarmee deze instanties heeft misleid, en aldus het beoogde doel, nl. een verlot tot huiszoeking heeft bereikt. Wanneer de bestuurlijke overheid zich bedient van materiaal dat in een strafzaak op dergelijke wijze is verkregen, dan dan handelt zij in strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur.

¹³⁰⁶ HR 12 maart 1997 nr. 30.478 BNB 1997/146, met noot P.J. WATTEL

¹³⁰⁷ HR 12 maart 1997 nr. 30.478 BNB 1997/146, overweging 3.5

¹³⁰⁸ Rechtbank Noord-Holland 11 februari 2013, nr. 12/01546 (ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ3282), overweging 4.5: *“De rechtbank is van oordeel dat het opvragen van informatie door verweerder terwijl hij wist dat het ging om strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs en het vervolgens – nadat genoemde onrechtmatigheid onherroepelijk is komen vast te staan – gebruiken ter onderbouwing van de navorderingsaanslagen, dermate indruist tegen datgene wat van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht. De rechtbank neemt hierbij in aanmerking dat – zoals ook de strafrechter heeft geoordeeld – met het onrechtmatig binnentreden van de woning door de politie het huisrecht van eiser, zijnde een fundamenteel recht, is geschonden.”*

¹³⁰⁹ HR 20 maart 2015 (ECLI:NL:HR:2015:643)

¹³¹⁰ Dit gebeurde met name in een arrest van 30 maart 2004 (ECLI:NL:HR:2004:AM2533), overweging 3.6.4

¹³¹¹ Bewijsuitsluiting is ook verplicht bij schending van artikel 6 EVRM

¹³¹² HR 19 februari 2013, nr. 11/03711 (ECLI:NL:HR:2013:BY5321)

handelen in overeenstemming met de voorgeschreven norm". De Hoge Raad geeft in dit arrest van 19 februari 2013 uitdrukkelijk het voorbeeld van het geval waarin er sprake is van een *"vormverzuim dat resulteert in een zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht van de verdachte"*. Een vormverzuim dat resulteert in een zeer ingrijpende inbreuk op het recht op privéleven van de verdachte is dus een voorbeeld van een *"belangrijk voorschrift dat in aanzienlijke mate is geschonden"* en dat volgens de rechtspraak van de Hoge Raad in strafzaken dus altijd moet leiden tot bewijsuitsluiting op grond van artikel 359 a Sv., bij primair gebruik.

De Hoge Raad stelt vervolgens in het arrest van 20 maart 2015 dat – hoewel bewijsuitsluiting in de *belastingzaak* in het algemeen geen aangewezen en evenredige maatregel is om rechtmatig optreden van de met opsporing en vervolging van *strafbare* feiten belaste ambtenaren te stimuleren - de uitsluiting van strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs ook in een belastingzaak geboden is als rechtsstatelijke waarborg, wanneer *"een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel in zo aanzienlijke mate is geschonden"*. De Hoge Raad stelt met andere woorden dat de maatstaf in het strafrecht om tot bewijsuitsluiting te concluderen (*"er is een belangrijk voorschrift in aanzienlijke mate geschonden"*) ook bruikbaar is in het fiscaal recht, waar de fiscale overheid zich slechts op secundaire wijze bedient van dit onrechtmatig verkregen bewijs uit het strafonderzoek.

De Hoge Raad besluit dan ook dat *"deze zeer terughoudende uitsluiting van strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs in belastingzaken (in gevallen waarin artikel 6 EVRM daar niet toe dwingt) nog steeds op adequate wijze tot uitdrukking komt in het 'zozeer indruist'-criterium uit BNB 1992/306"*¹³¹³. Kortom, uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat de fiscale overheid in Nederland ernstig in strijd handelt met wat van een behoorlijk bestuur kan worden verwacht, wanneer zij zich bedient van materiaal dat in een strafonderzoek is tot stand gekomen door de schending van een *"belangrijk voorschrift dat in aanzienlijke mate is geschonden"* en dat dit met name het geval is wanneer er tijdens het strafonderzoek een zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht is gepleegd. Tegelijkertijd leren we dat in Nederland (in strafzaken) een ingrijpende inbreuk op een grondrecht ook leidt tot bewijsuitsluiting (bij primair gebruik) op grond van artikel 359 a Sv., zoals dit door de HR wordt geïnterpreteerd.

437. Rest ten slotte de vraag wat moet worden verstaan onder een *"ingrijpende inbreuk op een grondrecht"*. De Hoge Raad blijkt met deze voorwaarde in de praktijk niet steeds rekening te houden. In het hierboven al geciteerd arrest van 12 maart 1997 werd het gebruiken van materiaal in strijd met het beroepsgeheim van de advocaat in strijd geacht met de beginselen van behoorlijk bestuur, zonder enige verwijzing naar de *"ingrijpende wijze"* waarmee een inbreuk werd gepleegd op het beroepsgeheim. De Hoge Raad beperkt zich tot een toelichting over het belang van dit voorschrift. Ook in de eveneens hierboven geciteerde uitspraak van de rechtbank van Noord-Holland, waar werd gehandeld in strijd met het huisrecht, werd vooral gewezen op het feit dat het hier over een schending van een

¹³¹³ HR 20 maart 2015 (ECLI:NL:HR:2015:643), overweging 2.5.3

fundamenteel recht ging, zonder dat daarbij verder een onderscheid werd gemaakt naar de “mate van schending” van dit recht¹³¹⁴.

c. Conclusie voor de rechtsgevolgen van bewijsverkrijging met schending van het recht op privéleven voor België

438. Het Belgisch Hof van Cassatie maakt in het arrest van 22 mei 2015 geen onderscheid tussen het primair en het secundair gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs en stelt in algemene zin dat het **gebruik** van onrechtmatig verkregen bewijs aan de beginselen van behoorlijk bestuur moet worden getoetst en dat er sprake is van de schending van de beginselen van behoorlijk bestuur (en er dus bewijsuitsluiting moet volgen) wanneer de bewijsverkrijging (los van wie het materiaal verkreeg) in strijd is met het “zozeer indruist-criterium”.

Indien we rekening houden met de betekenis die aan dit criterium wordt gegeven in Nederland, zou dit in de Belgische rechtsorde kunnen betekenen dat bewijs **altijd** van de fiscale bewijsvoering moet worden uitgesloten (omdat het in strijd is met de beginselen van behoorlijk bestuur om dit onrechtmatig verkregen bewijs te gebruiken) wanneer dit bewijs door een overheid is **verkregen** door middel van een ingrijpende inbreuk op een grondrecht, waarbij het belang van het grondrecht in de praktijk meer meespeelt dan de mate waarin het grondrecht is geschonden. Zich bedienen van bewijs dat met een (ingrijpende) inbreuk op een grondrecht is verkregen is immers in strijd met de “versterkte” beginselen van behoorlijk bestuur.

439. Het transponeren van deze interpretatie door de Nederlandse Hoge Raad naar de Belgische rechtsorde, lijkt verantwoord door het feit dat niet alleen identieke bewoordingen worden gebruikt in de rechtspraak van de Nederlandse Hoge Raad als deze die worden gehanteerd in de rechtspraak van het Hof van Cassatie, maar is tevens verantwoord omdat dezelfde maatschappelijke opvatting aan de basis heeft gelegen van de invoering van artikel 359 a Sv. in Nederland als van de Antigoonrechtspraak (en wetgeving) in België, namelijk dat het niet langer toelaatbaar wordt geacht dat kleine vormgebreken in de bewijsgaring van ernstige misdrijven leiden tot vrijspraak. Ook de gedachte dat de keuze over de sanctie voor het onrechtmatig verkrijgen van bewijs moet worden voorafgegaan door een belangenafweging, is identiek in zowel Nederland als België. In België wordt deze gedachte vertolkt daar waar het Hof van Cassatie in het arrest van 22 mei 2015 een aantal elementen aanreikt waarmee kan worden rekening gehouden bij de beoordeling van (onder meer) het criterium van de beginselen van behoorlijk bestuur (met name het zuiver formeel karakter van de onregelmatigheid; de weerslag van de onregelmatigheid op het recht op de vrijheid die door de overschreden norm wordt beschermd; het al dan niet opzettelijk karakter van de door de overheid begane onregelmatigheid; en de omstandigheid dat de ernst van de

¹³¹⁴ Rechtbank Noord-Holland 11 februari 2013, nr. 12/01546 (ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ3282), overweging 4.5: “De rechtbank is van oordeel dat het opvragen van informatie door verweerder terwijl hij wist dat het ging om strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs en het vervolgens – nadat genoemde onrechtmatigheid onherroepelijk is komen vast te staan – gebruiken ter onderbouwing van de navorderingsaanslagen, dermate indruist tegen datgene wat van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht. De rechtbank neemt hierbij in aanmerking dat – zoals ook de strafrechter heeft geoordeeld – met het onrechtmatig binnentreden van de woning door de politie het huisrecht van eiser, zijnde een fundamenteel recht, is geschonden.”.

inbreuk veruit de begane onregelmatigheid overstijgt). Het is precies in het kader van de invulling van deze belangenafweging (die in Nederland moet voorafgaan aan de keuze voor één van de sancties van artikel 359 Sv) dat de Nederlandse Hoge Raad tot het besluit is gekomen dat de ingrijpende schending van een grondrecht steeds aanleiding moet geven tot bewijsuitsluiting.

440. Deze invulling van de Belgische rechtspraak van het Hof van Cassatie vindt bovendien steun in de gedachte die wordt vertolkt in een arrest van het Hof van Justitie van 17 december 2015¹³¹⁵, waarbij een Hongaarse regeling die onrechtmatig verkregen bewijs niet automatisch uitsluit, werd getoetst aan artikel 47 van het Handvest¹³¹⁶. Vermits het Handvest slechts toepassing vindt in situaties die door het Unierecht worden beheerst¹³¹⁷, kan deze uitspraak in het kader van bewijsgaring in de inkomstenbelasting, het voorwerp van dit onderzoek, niet in algemene zin worden ingeroepen¹³¹⁸. Dit betekent evenwel niet dat de interpretatie die het Hof van Justitie aan artikel 47 van het Handvest heeft gegeven inzake een nationale regeling over het verzamelen van informatie met het oog op het heffen van de btw, niet ter inspiratie kan dienen en zich bovendien aan de Belgische rechtsorde opdringt in materies van inkomstenbelastingen, dit vanuit het oogpunt van het recht op gelijkheid van behandeling van belastingplichtigen in materies van inkomstenbelastingen en van btw.

In de voormelde zaak was een btw-vordering gesteund op bewijsmateriaal dat was verkregen uit een (nog niet afgesloten) strafonderzoek waarbij telefoongesprekken waren afgeluisterd en e-mails in beslag genomen. De verwijzende rechter vroeg zich onder meer af of het recht op een doeltreffende voorziening in rechte (artikel 47 Handvest) vereist dat, wanneer er een proceduregebrek wordt vastgesteld dat een schending uitmaakt van een grondrecht, de beslissing die door dit proceduregebrek is aangetast wordt nietig verklaard ongeacht de gevolgen van de schending. En dus niet, zoals blijktbaar het geval was in het Hongaars recht, dat *“het proceduregebrek slechts grond is tot nietigverklaring van de erdoor aangetaste beslissing indien deze beslissing zonder dat gebrek anders had kunnen luiden en*

¹³¹⁵ HvJ 17 december 2015 C-419/14 WEBMINDLICENCES KfT

¹³¹⁶ Artikel 47 Handvest: recht op doeltreffende voorziening in rechte

¹³¹⁷ Artikel 51 van het Handvest: *“De bepalingen van dit Handvest zijn gericht tot de instellingen, organen en instanties van de Unie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, alsmede, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen, tot de lidstaten (eigen cursivering) (...)”* Dit laatste moet weliswaar ruim worden geïnterpreteerd. Een nationale regeling inzake het opleggen van belastingboeten en strafvervolgning wordt immers ook beschouwd als een regeling waarin het Unierecht ten uitvoer wordt gelegd wanneer deze regeling verbonden is aan de naleving van de btw-richtlijn (HvJ 26 februari 2013, C-617/10, AKERBERG FRANSSON)

¹³¹⁸ Doorgaans is deze vaststelling van weinig belang nu vele grondrechten gewaarborgd door de Unie, *corresponderen* met een grondrecht uit het EVRM. Wanneer een grondrecht in het Handvest correspondeert met een grondrecht uit het EVRM moet aan dit grondrecht dezelfde inhoud en reikwijdte worden toegekend als het EVRM (Artikel 52 lid 3 van het Handvest). Artikel 47 van het Handvest correspondeert evenwel niet met een grondrecht van het EVRM. In de Toelichting bij het Handvest wordt gesteld dat artikel 47 eerste lid Handvest weliswaar gebaseerd is op artikel 13 EVRM, maar ruimer is (Publicatieblad 14 december 2007, C-303/29). Het Hof van Justitie kan dus in alle vrijheid een ruimere invulling kan geven aan artikel 47 Handvest. Het EHRM heeft daarenboven inzake artikel 13 EVRM nog niet gesteld dat dit recht op een *“daadwerkelijk rechtsmiddel voor een nationale instantie”* (niet een *“doeltreffende voorziening in rechte”*, zoals dit het geval is voor artikel 47 Handvest) zou impliceren dat bewijsgaring met schending van de rechten van het EVRM in alle gevallen moet leiden tot bewijsuitsluiting. Komt daarbij dat – zoals hierboven reeds werd aangehaald – het EHRM reeds meermaals heeft geoordeeld dat het aanvaarden van bewijsmateriaal dat met schending van een grondrecht is gekomen, niet noodzakelijk een schending uitmaakt van het recht op eerlijk proces (EHRM 12 mei 2000 KHAN/VK; EHRM 25 september 2001, P.H. en J.H./VK; EHRM 5 november 2002, ALLAN/VK)

*indien erdoor afbreuk wordt gedaan aan de rechtstoestand van de verzoeker*¹³¹⁹. Over deze vraag oordeelt het Hof van Justitie dat ingeval van schending van een door het Unierecht gewaarborgd recht, “de bewijzen die in de strafprocedure zijn verkregen en in de bestuurlijke fiscale procedure zijn gebruikt, buiten beschouwing moeten worden gelaten en de aangevochten beslissing die op deze bewijzen steunt, nietig moet worden verklaard indien zij als gevolg daarvan grondslag mist”¹³²⁰. Het Hof van Justitie meent daarom dat het grondrecht van artikel 47 van het Handvest impliceert dat wanneer bewijzen zijn verkregen in strijd met artikel 7 van het Handvest tijdens een strafonderzoek, deze bewijzen ook voor de bewijsvoering in fiscale zaken buiten beschouwing moeten worden gelaten¹³²¹. Rekening houdend met de finaliteit van artikel 47 Handvest (“doeltreffende voorziening in rechte”), mag wellicht worden aangenomen dat het Hof van Justitie hetzelfde standpunt zou hebben ingenomen ten aanzien van bewijzen die zijn verkregen in strijd met artikel 7 van het Handvest door de fiscale administratie zelf en het ook ten aanzien van deze bewijzen zou oordelen dat het recht op een “doeltreffende” voorziening in rechte impliceert dat de fiscale rechter ook met deze bewijzen geen rekening houdt.

441. Volledigheidshalve moet wel worden opgemerkt dat het EHRM niet op dezelfde wijze reageert op een nationale regeling die toelaat dat de rechter een zekere belangenafweging maakt bij de beslissing om onrechtmatig bekomen bewijs al dan niet uit te sluiten van de bewijsvoering. Zoals hierboven werd toegelicht oordeelt het EHRM terzake dat het EVRM geen voorschriften oplegt betreffende de toelaatbaarheid van het bewijs, zodat een nationale regeling die onrechtmatig verkregen bewijs niet in alle gevallen uitsluit, tot de bevoegdheid wordt gerekend van de lidstaten, waarmee het EHRM zich niet inlaat. In dat kader werd ook de toepassing van de Belgische Antigoonleer in strafzaken niet strijdig bevonden met artikel 6 EVRM¹³²². Het EHRM kijkt enkel na of – wanneer onrechtmatig verkregen bewijs werd toegelaten - de procesvoering *in haar geheel genomen* eerlijk is verlopen in de zin van artikel 6 EVRM (beoordeling van het respecteren van het recht van verdediging en het zwijgrecht). Het EHRM voert deze controle over het gerespecteerd zijn van de belangrijkste waarborgen voor een eerlijk proces ook uit ingeval het bewijs werd bekomen door een schending van het recht op privéleven¹³²³.

442. Mede gelet op deze uitspraak van het Hof van Justitie wordt hier dus aangenomen dat – op basis van de rechtspraak van het Hof van Cassatie van 22 mei 2015 - bewijs **altijd** van de fiscale bewijsvoering moet worden uitgesloten (omdat het in strijd is met de beginselen van behoorlijk bestuur om dit onrechtmatig verkregen bewijs te gebruiken) wanneer dit bewijs is **verkregen** middels een (ingrijpende) inbreuk op een grondrecht. In de

¹³¹⁹ HvJ 17 december 2015 C-419/14, WEBMINDLICENCES Kft, randnummer 64

¹³²⁰ HvJ 17 december 2015 C-419/14, WEBMINDLICENCES Kft, randnummer 89.

¹³²¹ Zie: ook R. SAELENS, noot bij HvJ 17 december 2015 C-419/14 WEBMINDLICENCES Kft, *Computerrecht* 2016, afl. 3, 85 die concludeert dat – zo beschouwd – artikel 7 van het handvest een ruimere rechtsbescherming biedt dan artikel 8 EVRM, vermits het EHRM tot nog toe steeds heeft geoordeeld dat de regels over bewijsuitsluiting tot de bevoegdheid behoren van de nationale lidstaten en het feit dat bewijs dat het aanvaarden van bewijs dat met schending van artikel 87 EVRM is bekomen niet noodzakelijk een schending oplevert van artikel 6 EVRM

¹³²² Zie EHRM 28 juli 2009, LEE DAVIES/België (§41) en EHRM 31 januari 2017, KALNENIENE/België

¹³²³ EHRM 12 juli 1988, SCHENK/Zwitserland; EHRM 12 mei 2000, KHAN/VK; EHRM 25 september 2001, P.H. en J.H./VK; EHRM 5 november 2002, ALLAN/VK; EHRM 1 maart 2007, HEGLAS/Tsjechië; EHRM 10 maart 2009, BYKOV/Rusland; EHRM 15 januari 2015, DRAGOJEVIC/Kroatië; EHRM 31 januari 2017, KALNENIENE/België

rechtspraak die dateert van na het cassatiearrest van 22 mei 2015 vinden we hier al toepassingen van¹³²⁴.

F. Wanneer is er dan sprake van een schending van het recht op privéleven?

443. Vermits hierboven is gebleken dat uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie van 22 mei 2015 argumenten kunnen worden geput om te stellen dat de fiscale administratie zich niet kan bedienen van bewijsmateriaal dat door schending van het recht op privéleven werd bekomen door de overheid en er met andere woorden steeds bewijsuitsluiting moet zijn, is het van belang bewijsverkrijging met schending van het recht op privéleven duidelijk te onderscheiden van bewijsverkrijging die gepaard gaat met andere onregelmatigheden die niet als een schending van het recht op privéleven kunnen worden beschouwd.

444. Hierboven werden al de diverse vormen van schending van het recht op privéleven aangeduid. Wat betreft de schending van het legaliteitsbeginsel (eerste vorm van schending van het recht op privéleven) werd al aangegeven dat hiervan met name en onder meer sprake kan zijn wanneer de overheid een daad stelt die als een inmenging in het privéleven kan worden beschouwd en daarbij de wet schendt (tweede subvorm). Tevens werd al aangegeven dat niet elke schending van een wettelijke bepaling, ook een schending van het legaliteitsbeginsel zal inhouden.

445. Over de vraag welke wettelijke bepalingen dan wel overtreden moeten zijn om te kunnen spreken van een schending van het legaliteitsbeginsel in de zin van artikel 8 EVRM, geeft de rechtspraak van het EHRM in wezen geen rechtstreekse instructies. Dit is logisch vermits de schending van de wet veelal op nationaal niveau zal worden gesanctioneerd. De zaken die voor het EHRM worden behandeld betreffen met andere woorden de zaken waarin de rechtscollages van de lidstaten hebben geoordeeld dat de bestreden maatregel wel degelijk in overeenstemming is met het interne recht. Het EHRM sluit zich nagenoeg steeds bij dit oordeel van de interne rechtscollages aan¹³²⁵ vermits de “wet” door het EHRM wordt beschouwd als de van kracht zijnde rechtsregel zoals hij door de interne rechtscollages wordt geïnterpreteerd¹³²⁶. Het EHRM beperkt zich tot de *kwaliteitscontrole* van deze wettelijke bepaling. Ook in de Belgische rechtspraak wordt weinig indicatie gegeven over de vraag welke wetsschendingen door de overheid leiden tot een schending van het recht op privéleven, om de al aangehaalde redenen, namelijk dat de Belgische

¹³²⁴ Rb. Luik 16 maart 2016, *Fiscale koerier* 2016/16, 817 – 821: waarbij de fiscale administratie tijdens een nachtelijke fiscale visitatie in een bakkerszaak ook was binnengestapt in de bewoonde lokalen zonder te beschikken over een machtiging van de politierechter. De rechtbank oordeelde dat er sprake was van een schending van artikel 319 W.I.B. 1992 en tevens van een flagrante schending van artikel 8 EVRM en 15 van de GW, waardoor de vergaarde informatie niet bruikbaar is voor de bewijsvoering en de taxaties moeten worden ontheven. Zie ook Antwerpen 14 juni 2016, aangehaald door P. DE VOS en D. VERBEKE, “Een Antigoonleer op Europese leest geschoeid?”, *Fisc. Act.* 2017, nr. 7, 4-7

¹³²⁵ H. KRABBE, “artikel 8. De eerbiediging van het privé-leven” in A.HARTEVELD, B. KEULEN en H. KRABBE, *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, Wolters-Noordhoff, Groningen, 1996, 163; F. BOEHM, *Information Sharing and Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice. Towards Harmonised Data Protection Principles for Information Exchange at EU-level*, Berlin – Heidelberg, Springer, 2012, XII, 48, zie bijvoorbeeld EHRM 4 mei 2000, ROTARU/Roemenie (§ 53); Een uitzondering hierop is EHRM 10 december 2009, MIKHAYLYUK AND PETROV/Oekraïne (§27) waar het EHRM stelt dat de conclusie van de plaatselijke rechtbanken dat de inmenging wel een wettelijke basis had door geen enkele redelijke verklaring werd ondersteund.

¹³²⁶ P. DE HERT, *Artikel 8 EVRM en het Belgisch recht. De bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 17

rechtsorde in de regel al een adequate rechtsbescherming verleent wanneer een onwettige (individuele) overheidsbeslissing wordt genomen (nl. in hoofdzaak vernietiging van de onwettige overheidshandeling).

446. Nochtans laat de rechtspraak van het EHRM wel op onrechtstreekse wijze toe een stelling te ontwikkelen over de mate waarin wetsschendingen bij inmengingen in het privéleven, ook een schending van dit privéleven vormen. Met name geeft de rechtspraak van het EHRM aan welke kenmerken een kwalitatieve wettelijke bepaling die de inmenging in het privéleven organiseert, moet hebben¹³²⁷ om als een waarborg tegen misbruik te kunnen worden beschouwd¹³²⁸. In het kader van de voorzienbaarheid van de wettelijke bepaling moet deze wettelijke bepaling immers voldoende precies zijn geformuleerd opdat de burger zijn gedrag erop kan afstemmen¹³²⁹. Ingeval een wettelijke bepaling aan de overheid de bevoegdheid verleent om zich te mengen in het privéleven van de burger, dan dienen een aantal aspecten duidelijk in de wet te worden geregeld, zodat de burger weet waar hij aan toe is. In de afdeling over de draagwijdte van het recht op privéleven als grondrecht wordt dit het kwantitatief aspect van de voorzienbaarheid genoemd. In grote lijnen gesteld moet de wet duidelijk aangeven wat het *toepassingsgebied* van de inmenging is, alsook dient de *wijze waarop* deze inmenging mogelijk is, voldoende duidelijk worden bepaald¹³³⁰. De mate van detail waarmee dit moet worden geregeld hangt af van het privacyinvasieve karakter van de inmenging¹³³¹. Wetten die het verwerken van persoonsgegevens regelen, zullen een bepaling moeten bevatten betreffende de voornaamste beginselen van de Conventie nr. 108 (waaronder het finaliteitsbeginsel)¹³³². Wettelijke bepalingen die procedurele waarborgen tegen misbruik vormen (waaronder bijvoorbeeld de gerechtelijke controle), kunnen eventuele tekorten van de wet op het vlak van precisie betreffende toepassingsgebied en wijze van inmenging compenseren.

Rekening houdend met deze rechtspraak kan worden gesteld dat wettelijke voorschriften die hetzij bijdragen tot de voorzienbaarheid van inmenging in het privéleven, hetzij een procedurele waarborg vormen tegen misbruik, moeten worden gerespecteerd, zo niet is er sprake van de schending van de legaliteitsvereiste van artikel 8 EVRM¹³³³. Nu overheidshandelen dat is gebaseerd op een onvoldoende voorzienbare wetgeving en/of op wetgeving waarin onvoldoende procedurele waarborgen tegen misbruik zijn vervat, een schending vormt van artikel 8 EVRM, lijkt het immers voor de hand te liggen dat ook de

¹³²⁷ EHRM 26 april 1979, SUNDAY TIMES/VK (zie §§ 48 en 49) en EHRM 25 maart 1983, SILVER/VK (§§ 85-90))

¹³²⁸ EHRM 2 augustus 1984, MALONE/VK (§ 67): *"The Court would reiterate its opinion that the phrase "in accordance with the law" does not merely refer back to domestic law but also relates to the quality of the law, requiring it to be compatible with the rule of law, which is expressly mentioned in the preamble to the Convention). The phrase thus implies - and this follows from the object and purpose of Article 8 (art. 8) - that there must be a measure of legal protection in domestic law against arbitrary interferences by public authorities with the rights safeguarded by paragraph 1 (art. 8-1) (...)"*; zie ook EHRM 22 december 2015, G.S.B./Zwitserland (§ 68)

¹³²⁹ *"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"*

¹³³⁰ EHRM 2 augustus 1984, MALONE/VK

¹³³¹ EHRM 24 april 1990, KRUSLIN/Frankrijk

¹³³² EHRM 4 mei 2000, ROTARU/Roemenie; zie ook E. DEGRAVE die dit arrest als fundamenteel beschouwd voor de invulling van de vereiste van de voorzienbaarheid van de wettelijke basis in het kader van de verwerking van persoonsgegevens door de overheid: E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et controle*, Brussel, Larcier, 2014, 164

¹³³³ Of artikel 7 Handvest of artikel 22 GW

schending door de overheid van voorschriften die de wettelijke regeling voorzienbaar maken of die bepaalde procedurele waarborgen tegen misbruik installeren, ook een schending vormt van artikel 8 EVRM¹³³⁴. In die zin zal bijvoorbeeld een wetsschending die erin bestaat dat bijvoorbeeld bancaire gegevens werden opgevraagd in het buitenland over een natuurlijke persoon¹³³⁵ door een afdeling van de fiscale administratie die niet als de bevoegde autoriteit werd aangewezen, niet kunnen worden beschouwd als een schending van artikel 8 EVRM, terwijl een wetsschending die erin bestaat dat een fiscale huisvisitatie is gebeurd zonder voorafgaande rechterlijke machtiging, wel lijkt te kunnen leiden tot een schending van artikel 8 EVRM, vermits de voorafgaande rechterlijke machtiging door de rechtspraak van het EHRM als een belangrijke procedurele waarborg tegen misbruik wordt beschouwd¹³³⁶. De wettelijke voorschriften die hetzij bijdragen tot de voorzienbaarheid van de inmenging in het privéleven, hetzij een procedurele waarborg vormen tegen misbruik, zullen hierna verder de “fundamentele voorschriften” worden genoemd, waarmee wordt aangeduid dat het voorschriften zijn die bij overtreding *kunnen* leiden tot schending van artikel 8 EVRM. Bij de beoordeling van de voorzienbaarheid van de wettelijke regeling die de inmenging in het privéleven regelt, zal de wettelijke regeling wel steeds in haar *totaliteit* worden bekeken en zal de afwezigheid van een procedurele waarborg of de afwezigheid van precisie in de wetgeving op een welbepaald vlak, niet noodzakelijk leiden tot de conclusie dat de volledige wetgeving onvoorzienbaar is. In dezelfde zin zal bij de beoordeling van een wetsschending of meerdere wetsschendingen ook naar het geheel van de feiten moeten worden gekeken (welke bepalingen werden geschonden en welke niet, hoe belangrijk zijn deze bepalingen voor de voorzienbaarheid, ...) om te oordelen of de wetsschending(en) leiden tot een schending van artikel 8 EVRM.

G. Gevolg van de bewijsuitsluiting voor de aanslag

447. Indien bewijs wordt uitgesloten (door de rechter in het kader van een pretaxatiegeschil of door de administratie in het kader van een willig of administratief beroep) omdat het onrechtmatig werd verkregen omwille van de schending van het recht op privéleven, en de aanslag is op dat moment nog niet gevestigd, dan bestaat er in wezen geen wettelijke belemmering voor de fiscale administratie om de aldus bekomen informatie te trachten te ontdekken door het stellen van een nieuwe (wettige, of minstens grondrechtsconforme) onderzoeksdaad. De onderzoekstermijnen mogen uiteraard niet verstreken zijn.

Een dergelijke handelwijze lijkt wel als strijdig te moeten worden beschouwd met de beginselen van behoorlijk bestuur en meer in het bijzonder het fairplaybeginsel, nu de administratie zonder de schending van het grondrecht nooit kennis had kunnen nemen van het bestaan van de ontdekte informatie. Bewijzen bekomen in strijd met een beginsel van behoorlijk bestuur zullen aan de fiscale Antigoontoets moeten worden onderworpen. Een belangenafweging zal moeten gebeuren, rekening houdend met de criteria van het eerlijk proces en de beginselen van behoorlijk bestuur.

¹³³⁴ Of artikel 7 Handvest of artikel 22 GW

¹³³⁵ Het doorgeven van bancaire informatie over een natuurlijke persoon is een inmenging in het privéleven (EHRM 22 december 2015, G.S.B./Zwitserland)

¹³³⁶ Zie bijvoorbeeld: Antwerpen 4 december 2012, *FJF* 2013, afl. 6, 618, waarbij het Hof uitdrukkelijk stelt dat een visitatie in een woning zonder rechterlijke machtiging een schending vormt van het recht op privéleven.

448. Indien bewijs wordt uitgesloten (door de rechter in het kader van een georganiseerd gerechtelijk beroep of door de administratie in het kader van een georganiseerd administratief beroep) op het ogenblik dat de aanslag al is gevestigd, dan zal de rechter of de administratie de aanslag moeten vernietigen in de mate deze na het uitsluiten van het bewijs dat met schending van het recht op privéleven is verkregen, niet langer door bewijsmateriaal is ondersteund. Uit rechtspsychologisch onderzoek blijkt dat rechters niet steeds in staat zijn dit onrechtmatig bekomen bewijs buiten beschouwing te laten¹³³⁷. Vooral wanneer het dossier van de fiscale administratie – naast het uitgesloten bewijs – nog andere elementen bevat die rechtmatig zijn bekomen of die in voorkomend geval onrechtmatig zijn bekomen maar na toepassing van de fiscale Antigooncriteria niet van de bewijsvoering dienden te worden uitgesloten, moet ervoor worden gevreesd dat uitsluiting van het bewijs dat met schending van het grondrecht werd bekomen, niet steeds tot vernietiging van de aanslag zal leiden.

Indien de administratie de aanslag bij gebrek aan bewijs vernietigt, kan zij nieuwe onderzoeksdaden stellen, zolang de onderzoekstermijnen niet zijn verstreken, en vervolgens op basis van de aldus bekomen informatie een nieuwe aanslag vestigen (artikel 355 W.I.B. 1992). Ook hier rijst de vraag of dergelijke nieuwe onderzoeksdaden waarin op zoek wordt gegaan naar informatie die men zonder de vernietigde onderzoekshandeling niet had gekend, niet strijdig is met het fairplaybeginsel. Hetzelfde geldt wanneer de rechter de aanslag bij gebrek aan bewijs vernietigt. Indien de onderzoekstermijnen nog niet zijn verstreken laat de wet toe dat er nieuwe onderzoeksdaden worden gesteld, om vervolgens op basis van die informatie een subsidiaire aanslag te vestigen (artikel 356 W.I.B. 1992), al rijst ook hier weer de vraag naar de overeenstemming van zulk handelen met het fairplaybeginsel.

§ 3 Schending van het recht op privéleven als grondrecht door een wettelijke bepaling

449. In deze afdeling wordt nagegaan hoe het recht op privéleven als grondrecht wordt beschermd wanneer dit recht wordt geschonden door een wettelijke bepaling, zonder dat dit met een concreet overheidshandelen gepaard gaat. Als voorbeeld denken we aan de wettelijke bepalingen die belastingplichtigen of derden verplicht, op straffe van sancties, om informatie te verschaffen aan de fiscale administratie, zonder dat er een concrete onderzoeksdaad wordt gesteld door de administratie. Vermits het duidelijk is dat een wettelijke bepaling die op zich (zonder enig overheidshandelen) een inmenging vormt in het recht op privéleven niet aan de beoordeling van de administratie kan worden voorgelegd, bij gebrek aan individuele overheidsbeslissing, rijst enkel de vraag in welke mate deze wettelijke bepaling aan de rechter kan worden voorgelegd.

¹³³⁷ Ph. TRAEST, G. VERMEULEN en W. DE BONDT, Scenario's voor een nieuwe Belgische strafprocedure: een praktijkgericht knelpuntenonderzoek, Antwerpen, 2015, 195 met verwijzing naar een onderzoek van A.J. WISTRICH, C. GUTHRIE, en J.J. RACHLINSKI, "Can judges ignore inadmissible information? The difficulty of deliberately disregarding", *University of Pennsylvania Law Review* 2004-2005, 1251-1345

I. Het recht op jurisdictioneel beroep

450. Een wettelijke bepaling die op zich een inmenging vormt in het privéleven, kan zonder individuele toepassing niet aan de gewone hoven en rechtbanken worden voorgelegd¹³³⁸. In de mate dat de niet-naleving van deze wettelijke bepaling wordt gesanctioneerd ten aanzien van een welbepaald persoon, wordt de wettelijke bepaling evenwel toch individueel toegepast en kan de sanctie aan de gewone hoven en rechtbanken worden voorgelegd. Aan de rechter kan vervolgens worden gevraagd om de wettelijke bepaling waarvan de niet-naleving ten aanzien van de verzoeker werd gesanctioneerd, te toetsen aan de Grondwet en de grondrechtelijke verdragsbepalingen. Zoals hierboven aangehaald zal de rechter hier in principe gehouden zijn een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof op grond van artikel 26 § 4 Bijz.W. op het GwH. De gevolgen van een uitspraak van het Grondwettelijk Hof in het kader van een prejudiciële vraag werden hierboven besproken (randnummer 406).

451. Daarnaast kan een wettelijke bepaling die op zich een inmenging vormt in het privéleven, zonder dat de niet-naleving ervan ten aanzien van een persoon werd gesanctioneerd, ter beoordeling worden voorgelegd aan het Grondwettelijk Hof in het kader van een vernietigingsberoep¹³³⁹, in de mate dat de verzoeker doet blijken van belang¹³⁴⁰ en dit binnen een termijn van zes maanden na de bekendmaking van de bestreden wetgevende norm (artikel 3 § 1 Bijz.W.GwH)¹³⁴¹. De termijn heropent wanneer het Grondwettelijk Hof in een prejudicieel arrest een wettelijke norm ongrondwettelijk verklaart (Artikel 4 Bijz.W.GwH).

II. De beoordelingsbevoegdheid van het Grondwettelijk Hof

452. Ook in het kader van een vernietigingsberoep kan het Grondwettelijk Hof de bestreden wet toetsen aan artikel 22 GW (Artikel 1, 2° Bijz.W.GwH) en past het Grondwettelijk Hof de zogenaamde “verzoenende lezing” toe tussen de grondwettelijke en de analoge verdragsrechtelijke grondrechten.

III. De gevolgen van de vastgestelde schending van het recht op privéleven

453. Wanneer de schending door de bestreden wet van het recht op privéleven wordt vastgesteld, zal het Grondwettelijk Hof de bestreden wet vernietigen (Artikel 8 lid 1 Bijz.W.GwH). Een arrest waarbij een wetgevende norm werd vernietigd, heeft absoluut gezag van gewijsde (Artikel 9 § 1 Bijz.W.GwH) en terugwerkende kracht. Hoewel het Grondwettelijk Hof in principe de gevolgen van de vernietigde bepalingen voor een bepaalde termijn kan handhaven (Artikel 8 lid 3 Bijz.W.GwH), is dit onmogelijk wanneer de bepalingen

¹³³⁸ *Parl. St. Kamer*, 1997-1998, nrs. 1341/1 – 1342/1, 35; Circulaire van 18 december 2000, Ci.RH 863/530.827, randnummer 100.

¹³³⁹ Zie hierover: S. LAMBRECHT, “Grondrechtenbescherming door de hoogste rechtscolleges en hun onderlinge verhouding” in S. DE RAEDT en A. VAN DE VIJVER, *Grondrechten in fiscalibus*, Brussel, Larcier, 2016, 26 ev.

¹³⁴⁰ Artikel 2, lid 1, 2° Bijz.W.GwH. Het begrip ‘belang’ wordt zeer ruim geïnterpreteerd. Elk persoon die door de bestreden norm rechtstreeks en ongunstig zou kunnen worden geraakt, wordt verondersteld een belang te hebben bij een verzoek tot vernietiging

¹³⁴¹ Die termijn vermindert tot zestig dagen wanneer het gaat over een instemmingswet van een verdrag (Artikel 3 § 2 Bijz.W.GwH). De termijn vermindert tot drie maanden wanneer de schorsing van de wet wordt gevorderd (Artikel 21 Bijz.W.GwH).

vernietigd zijn omwille van hun strijdigheid met het rechtstreekse in de Belgische rechtsorde doorwerkende EU-recht. Het Belgische Grondwettelijk Hof heeft erkend dat dat in strijd is met de rechtspraak van het Hof van Justitie¹³⁴². Bijgevolg kan het Grondwettelijk Hof de gevolgen van een wettelijke bepaling die in strijd is met artikel 7 Handvest, niet handhaven.

Onderafdeling 2 Schending van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens

§ 1 Inleiding

454. De principes van het persoonsgegevensbeschermingsrecht kunnen zowel geschonden worden door een concrete overheidshandeling (waarbij bijvoorbeeld gegevens worden ingezameld bij de betrokkene zonder de kennisgevingsplicht na te komen) als door een wettelijke bepaling (door bijvoorbeeld wettelijk toe te laten dat persoonsgegevens worden uitgewisseld voor een doeleinde dat onverenigbaar is met het doeleinde van de inzameling en zonder dat dit noodzakelijk is in het licht van het beoogde legitieme doel). In die zin is het in het kader van de rechtsbescherming nuttig om opnieuw een onderscheid te maken tussen de schending van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens door het concreet overheidshandelen (in casu de fiscale onderzoeksdaad) (hierna § 2) en door een wettelijke bepaling (die een vorm van inzameling van informatie regelt)(hierna § 3). Hier opnieuw zal, net als dit het geval was bij de rechtsbescherming in het kader van de schending van het recht op privéleven, niet worden ingegaan op de rechtsbescherming ten aanzien van de overheid of de derde die informatie doorgeeft aan de fiscale administratie. Zowel bij het *inzamelen* van de informatie door deze overheid als door de derde als bij het *doorgeven* van de informatie dient immers de beginselen van het persoonsgegevensbeschermingsrecht te worden gerespecteerd. In deze afdeling wordt evenwel enkel de rechtsbescherming besproken ten aanzien van de fiscale overheid die zich van deze informatie bedient.

455. Net als bij het onderzoek naar de omvang van het recht op privéleven, wordt hier uitsluitend ingegaan op de *repressieve* rechtsbescherming en dus niet op de preventieve rechtsbescherming. Nochtans bestaat er in het kader van de bescherming van de persoonsgegevens een zeer uitgebreid systeem van preventieve rechtsbescherming, zowel onder de Richtlijn 95/46 en de Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens als onder de Verordening 2016/679 waarin nog bijkomend op preventie wordt ingezet. Dit wordt in hoofdzaak gerealiseerd door in de Verordening 2016/679 bijkomende verplichtingen op te leggen aan verwerkingsverantwoordelijke. KISS en LASZLO SZOKE stellen terzake dat hiermee in wezen wordt afgeleden van de gedachte van de informationele zelfbeschikking, die uitgaat van de actie die de (geïnformeerde betrokkene) zelf neemt in het kader van de bescherming van zijn persoonsgegevens¹³⁴³. De betrokkene wordt dus steeds meer beschouwd als de “zwakkere” partij, wiens “privacybewustzijn” in sommige gevallen laag

¹³⁴² GwH 7 november 2013, 144/2013, overweging B.7.2, verwijzend naar HvJ 8 september 2010, C-409/06, WINNER WETTEN GmbH

¹³⁴³ A.KISS en G. LASZLO SZOKE, “Evolution or Revolution? Steps forward in een new generation of data protection regulation”, in S. GUTWIRTH, R.LEENES en P. DE HERT (ed), *Reforming European data protection law*, Heidelberg, Springer, 2015, 311-331. Deze auteurs spreken niet over “preventieve” rechtsbescherming, maar over “background protection”

is ¹³⁴⁴, wat de verschuiving in de rechtsbescherming naar verplichtingen voor de verwerkingsverantwoordelijken verklaart¹³⁴⁵.

456. In vogelvlucht kan wat betreft deze uitvoerige preventieve rechtsbescherming worden verwezen naar een aantal maatregelen. Voor wat betreft de maatregelen die de verwerkingsverantwoordelijke betreffen dient in eerste instantie te worden verwezen naar de invoering van de zogenaamde **verantwoordingsplicht** in de Verordening 2016/679 (het zogenaamde “accountability”-principe)¹³⁴⁶. Dit principe geldt ook ten aanzien van overheden die persoonsgegevens verwerken. Daar waar artikel 6 lid 2 van de Richtlijn 95/46 alleen voorschreef dat de verwerkingsverantwoordelijke moest zorg dragen voor de naleving van een kwaliteitsvolle verwerking van de persoonsgegevens, bepaalt artikel 5 lid 2 van de Verordening 2016/679 nu dat de verwerkingsverantwoordelijke moet *aantonen* dat hij de beginselen van een kwaliteitsvolle verwerking van persoonsgegevens eerbiedigt. In dat kader worden aan de verwerkingsverantwoordelijke een hele reeks verplichtingen opgelegd ¹³⁴⁷. Deze verplichtingen zijn er enerzijds op gericht de verwerkingsverantwoordelijke meer en beter te doen stilstaan bij de gegevensverwerkingen die hij uitvoert en anderzijds de transparantie te vergroten zodat controle niet alleen van de betrokkene, maar ook en vooral door de toezichthoudende overheden eenvoudiger wordt gemaakt ¹³⁴⁸. Zo moet de verwerkingsverantwoordelijke een passend *gegevensbeschermingsbeleid* uitwerken en uitvoeren, in verhouding tot de verwerkingsactiviteiten (artikel 24.2 van de Verordening 2016/679). Gelet op de enorme omvang van de verwerkingsactiviteit van de (fiscale) overheid, zal de FOD Financiën als verwerkingsverantwoordelijke dus zeker een gegevensbeschermingsbeleid moeten uitwerken en moeten er met name (beleids)documenten worden opgesteld die aantonen dat wordt rekening gehouden met de beginselen van het persoonsgegevensbeschermingsrecht. Daarnaast is de verwerkingsverantwoordelijke ook verplicht een *register* van de verwerkingsactiviteiten bij te houden waarin bepaalde informatie over die verwerkingsactiviteit wordt verzameld (artikel 30.1 van de Verordening 2016/679). Ook de fiscale overheid dient dit register bij te houden¹³⁴⁹. Dit register moet ter

¹³⁴⁴ Bijvoorbeeld 63 % van de ondervraagde Europeanen heeft nog nooit gehoord van een toezichthoudende overheid voor de bescherming van persoonsgegevens (Eurobarometer 359 “Attitudes on data protection and Electronic Identity in de European Union”, juni 2011, 174)

¹³⁴⁵ A. KISS en G. LASZLO SZOKE, “Evolution or Revolution? Steps forward in een new generation of data protection regulation”, in S. GUTWIRTH, R.LEENES en P. DE HERT (ed), *Reforming European data protection law*, Heidelberg, Springer, 2015, 318

¹³⁴⁶ Hiervoor werden eerder al suggesties gedaan door de Working Party 29: Opinion 3/2010 van 13 juli 2010 van de Article 29 Working Party on the principle of accountability

¹³⁴⁷ KISS en LASZLO merken op dat, hoewel de Commissie steeds voor ogen had om de administratieve last verbonden aan het persoonsgegevensbeschermingsrecht te verminderen, er in wezen een aanzienlijke toename is van de administratieve lasten en kosten in hoofde van de verwerkingsverantwoordelijken. Deze kosten zouden als het ware kunnen worden beschouwd als de prijs die door de verwerkingsverantwoordelijken moet worden betaald opdat de betrokkenen vertrouwen hebben in de wijze waarop de verwerkingsverantwoordelijken hun persoonsgegevens verwerken: A. KISS en G. LASZLO SZOKE, “Evolution or Revolution? Steps forward in een new generation of data protection regulation”, in S. GUTWIRTH, R.LEENES en P. DE HERT (ed), *Reforming European data protection law*, Heidelberg, Springer, 2015, 318.

¹³⁴⁸ A. KISS en G. LASZLO SZOKE, “Evolution or Revolution? Steps forward in een new generation of data protection regulation”, in S. GUTWIRTH, R.LEENES en P. DE HERT (ed), *Reforming European data protection law*, Heidelberg, Springer, 2015, 318

¹³⁴⁹ Ondernemingen of organisaties die minder dan 250 personen in dienst hebben, zijn vrijgesteld van deze verplichting, tenzij het waarschijnlijk is dat de verwerking die zij verrichten een risico inhoudt voor de rechten en vrijheden van de betrokkenen, de verwerking niet incidenteel is, of de verwerking bijzondere categorieën van gegevens, als bedoeld in artikel 9, lid 1 van de Verordening 2016/679 of persoonsgegevens in verband met strafrechtelijke veroordelingen en strafbare feiten als bedoeld in artikel 10 van de Verordening 2016/679 betreft (artikel 30.5 van de Verordening 2016/679).

beschikking worden gehouden van de toezichhoudende overheid (artikel 30.4 van de Verordening 2016/679) . Bovendien moet de verwerkingsverantwoordelijke passende technische en organisatorische maatregelen nemen om persoonsgegevens te *beveiligen* (tegen vernietiging, verlies, vervalsing, niet-toegelaten verspreiding of toegang of enige andere vorm van onwettige verwerking). Deze verplichting werd al opgelegd in de Richtlijn 95/46 (artikel 17.1 van de Richtlijn 95/46), maar werd in de Verordening 2016/679 grondig verduidelijkt (artikel 25.1 en 32 van de Verordening 2016/679) door onder meer aan te geven waaruit een passend beveiligingsniveau kan bestaan (onder meer, waar passend, pseudonimisering en versleuteling persoonsgegevens, alsook het vermogen om bij een fysiek of technisch incident de beschikbaarheid van en de toegang tot de persoonsgegevens tijdig te herstellen) en door uitdrukkelijk te bepalen dat deze beschermingstechnieken niet alleen moeten worden geïmplementeerd *vooraf* bij het uitwerken van de wijze waarop persoonsgegevens zullen worden verwerkt (bijvoorbeeld bij de keuze van de verwerkingsmethode)(de zogenaamde “privacy by design”), maar ook ter gelegenheid van de *uitvoering* ervan (de zogenaamde “privacy by default”) ¹³⁵⁰ . De verwerkingsverantwoordelijken, waaronder de fiscale administratie, worden hierdoor verplicht om in te zetten op technologieën die het gevraagde beveiligingsniveau verzekeren¹³⁵¹. Verwerkingen die een hoog risico met zich brengen voor de rechten en vrijheden van de betrokkene dienen overigens, voordat de verwerking plaats grijpt, aan een *gegevensbeschermingseffectbeoordeling* te worden onderworpen (artikel 35 van de Verordening 2016/679 – de zogenaamde “Privacy Impact Assessment (PIA’s)”). Profilering, alsook grootschalige verwerkingen die een impact hebben op regionaal, nationaal of supranationaal niveau, en waarvan een groot aantal betrokkenen gevolgen zou kunnen ondervinden en die bijvoorbeeld vanwege hun gevoelige aard een hoog risico met zich kunnen brengen, worden gerekend tot de “risicovolle verwerkingen” waarvoor een dergelijke gegevensbeschermingseffectbeoordeling dient te gebeuren¹³⁵² . De fiscale overheid lijkt dus voor een groot aantal van haar verwerkingen een Privacy Impact Assessment te zullen moeten uitvoeren. Dit is het geval voor de profilerings op basis van de persoonsgegevens toegevoegd aan het datawarehouse, alsook voor bijvoorbeeld het systematisch doorgeven van het inkomen van geïdentificeerde personen aan andere overheidsdiensten. Overheden kunnen aan deze gegevensbeschermingseffectbeoordeling ontsnappen wanneer er bij de vaststelling van de rechtsgrond van de (risicovolle) gegevensverwerking die zij uitvoeren, een gegevensbeschermingseffectbeoordeling is uitgevoerd (artikel 35.10 van de Verordening 2016/679). Indien de gegevensbeschermingseffectbeoordeling heeft uitgewezen dat de verwerking een hoog risico zou opleveren indien de verwerkingsverantwoordelijke geen maatregelen neemt om het risico te beperken, dan moet de verwerkingsverantwoordelijke voorafgaand aan de verwerking de toezichhoudende autoriteit raadplegen (artikel 36.1 van de Verordening 2016/679). De toezichhoudende overheid moet dan schriftelijk advies geven (artikel 36.2 van de Verordening 2016/679). Verwerkingsverantwoordelijken kunnen ook verplicht

¹³⁵⁰ C. VAN OLDENEEL, “Protection des données : le nouveau règlement est publié. Lignes de force”, *Bull.ass.* 2016, liv. 2, 254

¹³⁵¹ Deze keuze voor de technologie als oplossing voor het beveiligen van persoonsgegevens wordt in de rechtsleer ook wel aangeduid als de zogenaamde “Privacy Enhanced Technologies (PET’s)”; zie hierover ook A. KISS en G. LASZLO SZOKE, “Evolution or Revolution? Steps forward in a new generation of data protection regulation”, in S. GUTWIRTH, R.LEENES en P. DE HERT (ed), *Reforming European data protection law*, Heidelberg, Springer, 2015, 324

¹³⁵² Overweging 91 van de Verordening 2016/679

worden om een *functionaris voor de gegevensbescherming* aan te duiden (artikel 37 van de Verordening 2016/679 – de zogenaamde “Data Protection Officer – DPO”)¹³⁵³. Overheden, waaronder dus de fiscale overheid, zijn hiertoe steeds verplicht (artikel 37.1.a van de Verordening 2016/679)¹³⁵⁴. Deze functionaris voor de gegevensbescherming moet onder meer de verwerkingsverantwoordelijke adviseren over zijn verplichtingen en toezien op de naleving ervan (artikel 39 van de Verordening 2016/679)¹³⁵⁵. Hij moet zijn functie op onafhankelijke wijze kunnen uitvoeren, al wordt het gebrek aan garanties voor deze onafhankelijkheid bekritiseerd in de rechtsleer¹³⁵⁶. Wanneer de verwerkingsverantwoordelijke een beroep doet op een *verwerker* moeten bijzondere bepalingen worden nageleefd ter beveiliging van de verwerkte persoonsgegevens. De Richtlijn 95/46 schreef al voor welke bepalingen moeten worden opgenomen in de overeenkomst of rechtsakte die de verwerker ten aanzien van de verwerkingsverantwoordelijke bindt (artikel 17.2 en 17.2 van de Richtlijn 95/46 en artikel 16 § 1 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens¹³⁵⁷). In de Verordening 2016/679 worden deze voorschriften nog verder uitgewerkt en verstrengd (artikel 28 van de Verordening 2016/679). Ook de fiscale overheid kan bepaalde onderdelen van de verwerking van persoonsgegevens uitbesteden aan een verwerker, zoals een externe ICT-firma. Ook de verplichting dat eenieder die handelt onder het gezag van een verwerkingsverantwoordelijke of van een verwerker, en die toegang heeft tot persoonsgegevens, deze slechts in opdracht van de verwerkingsverantwoordelijke mag verwerken, behalve wanneer op grond van wettelijke verplichtingen wordt gehandeld (principe van de *vertrouwelijkheid* van de verwerking – artikel 16 van de Richtlijn 95/46, artikel 16 § 3 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens en artikel 29 van de Verordening 2016/679), heeft uiteraard een preventieve bedoeling. Dit principe wordt in de context van dit onderzoek al gewaarborgd door artikel 337 WIB 1992 (betreffende de geheimhoudingsplicht van de federale fiscale ambtenaren). Ten slotte hebben ook het systeem van de *gedragscodes*¹³⁵⁸ (artikel 27 van de Richtlijn 95/46, artikel 44 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens en artikel 40 van de Verordening 2016/679) en van de

¹³⁵³ Deze “functionaris voor de gegevensbescherming” bestaat reeds naar Belgisch recht doordat de Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens aan de Koning de mogelijkheid verleent om voor bepaalde categorieën van verwerkingen met specifieke risico’s voor de rechten van de betrokkenen, voor te schrijven dat er bijzondere maatregelen ter waarborging van de rechten van de betrokkenen moet worden genomen, waaronder het aanduiden van een “aangestelde voor de gegevensbescherming” die op onafhankelijke wijze toeziet op de naleving van het persoonsgegevensbeschermingsrecht (artikel 17bis Wet Verwerking Persoonsgegevens).

¹³⁵⁴ E. DEGRAVE, “la protection des données à caractère personnelles enfin reformée”, *JDE* 2016, 137

¹³⁵⁵ Deze verplichting tot aanduiding van een DPO bestaat reeds langer in Duitsland en wordt er als een zeer belangrijk element beschouwd in de bescherming van de persoonsgegevens (zie E. DEGRAVE, “la protection des données à caractère personnelles enfin reformée”, *JDE* 2016, 137).

¹³⁵⁶ E. DEGRAVE, “la protection des données à caractère personnelles enfin reformée”, *JDE* 2016, 137-138

¹³⁵⁷ De schending van deze verplichting kan strafrechtelijk worden gesanctioneerd met geldboete van 100 EUR tot 20.000 EUR (artikel 38 Wet Verwerking Persoonsgegevens)

¹³⁵⁸ **Gedragscodes** zijn erop gericht om naar gelang van de specifieke kenmerken van sectoren bij te dragen tot de goede toepassing van het persoonsgegevensbeschermingsrecht, door één of meer aspecten van dit recht nader toe te lichten voor de sector waarvoor de gedragscodes is opgesteld. Ook op communautair niveau kunnen gedragscodes worden opgesteld, voor te leggen aan de Working Party 29. De Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens maakt het voor de Koning en voor beroepsverenigingen en vertegenwoordigers van verwerkingsverantwoordelijken mogelijk om een ontwerp gedragscode voor te leggen aan de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. In de Verordening 2016/679 werd het systeem van de gedragscodes verder uitgewerkt, o.m. door een regeling voor de uitwerking van een gedragscode die betrekking heeft op verwerkingsactiviteiten in verschillende lidstaten (algemeen geldend te verklaren door de Commissie, terwijl een gedragscode die betrekking heeft op de verwerkingsactiviteit van één lidstaat door de toezichthoudende overheid van die lidstaat moet worden goedgekeurd). Er werd ook een systeem ingevoerd van toezicht op de goedgekeurde gedragscodes (artikel 41 van de Verordening 2016/679), dat evenwel niet geldt voor verwerkingen door overheidsinstanties (artikel 41.6 van de Verordening 2016/679).

*certificering*¹³⁵⁹ (artikel 42 en 43 van de Verordening 2016/679), die nochtans in hoofdzaak zorgen voor rechtszekerheid over de naleving van de persoonsgegevensbeschermingsregels (certificering) of de wijze waarop deze moeten worden nageleefd (gedragscodes), een preventief effect.

457. Hoewel een groot deel van deze preventieve rechtsbeschermende maatregelen is gericht tot de verwerkingsverantwoordelijken, zeker sinds de Verordening 2016/679, wordt een ander substantieel deel van de preventieve rechtsbescherming in het persoonsgegevensbeschermingsrecht opgenomen door de *toezichthoudende overheid*. Artikel 28.1 van de Richtlijn 95/46 verplichtte elke lidstaat om een toezichthoudende overheid op te richten, belast met het toezicht op het persoonsgegevensbeschermingsrecht. Het orgaan wordt verondersteld volstrekt onafhankelijk te zijn (artikel 28.1 en 4 van de Richtlijn 95/46) en de leden en personeelsleden van de toezichthoudende autoriteit zijn ook na beëindiging van hun werkzaamheden aan het beroepsgeheim gebonden voor wat betreft de vertrouwelijke gegevens waartoe zij toegang hebben (artikel 28.7 van de Richtlijn 95/46 en artikel 33 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens)¹³⁶⁰. In België werd de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer opgericht in de schoot van de Kamer van Volksvertegenwoordigers (artikel 23 tot en met 28 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). In België werd er bovendien voor geopteerd om de zogenaamde sectorale comités op te richten, dit in de schoot van de Commissie tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Deze sectorale comités zijn bevoegd voor de behandeling van aanvragen met betrekking tot de verwerking of de mededeling van gegevens waarvoor een bijzondere wetgeving geldt (artikel 31bis van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). In het kader van dit onderzoek is vooral het sectoraal comité voor de federale overheid van belang, waarvan de oprichting is geregeld in de Wet Verwerking Persoonsgegevens zelf (artikel 36bis van de Wet Verwerking Persoonsgegevens)¹³⁶¹. Bovendien werd daarnaast op Vlaams niveau een Vlaamse Toezichtscommissie opgericht door artikel 10 van het Decreet van 18 juli 2008 betreffende het elektronische bestuurlijke gegevensverkeer, ook wel het decreet betreffende e-government genoemd. De Vlaamse Toezichtscommissie voor het elektronische bestuurlijke gegevensverkeer wordt verondersteld de evenknie te zijn op Vlaams niveau van de sectorale comités¹³⁶² en moet ervoor zorgen dat bij dit elektronisch

¹³⁵⁹ Met het systeem van *certificering* (is niet opgenomen in de Richtlijn 95/46, alleen in de Verordening 2016/679) wordt ten aanzien van een verwerkingsverantwoordelijke of een verwerker bevestigd dat deze in overeenstemming met het persoonsgegevensbeschermingsrecht handelt. Er kunnen ook gegevensbeschermingszegels en –merktekens worden ingevoerd, waarmee kan worden aangetoond dat verwerkingsverantwoordelijken en verwerkers bij verwerkingen in overeenstemming met de Verordening handelen. De certificering is vrijwillig en moet toegankelijk worden gemaakt via een transparant proces. Een certificaat kan worden afgegeven door een certificeringsorgaan dat door de lidstaat is geaccrediteerd, of door de toezichthoudende overheid. De criteria voor het afleveren van een certificaat zijn goedgekeurd door de toezichthoudende overheid. Wanneer de criteria zijn goedgekeurd door het Europees Comité voor de Gegevensbescherming, kan dit leiden tot de aflevering van een Europees certificaat. Een certificaat wordt afgegeven voor een verlengbare periode van 3 jaar. Het certificaat kan steeds worden ingetrokken indien niet langer aan de eisen voor de certificering is voldaan.

¹³⁶⁰ De schending van de vertrouwelijkheid van de gegevens door de leden van de Commissie tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer kan worden gesanctioneerd met een geldboete van 200 tot 10.000 EUR (artikel 37 Wet Verwerking Persoonsgegevens).

¹³⁶¹ Andere sectorale comités: sectoraal comité van het Rijksregister; sectoraal comité van de sociale zekerheid en van de gezondheid; sectoraal toezichtscomité Phenix; statistisch toezichtscomité; sectoraal Comité van de Kruispuntbank van Ondernemingen

¹³⁶² Memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet houdende het bestuurlijk elektronisch gegevensverkeer, stuk 1712 (2007-2008), nr. 1, p. 12

gegevensverkeer de regels van het persoonsgegevensbeschermingsrecht¹³⁶³ worden gerespecteerd, zodat deze commissie ook een preventieve rol speelt in de rechtsbescherming, maar dan specifiek in het kader van het bestuurlijk gegevensverkeer op Vlaams niveau.

De preventieve rol die de toezichthoudende overheid speelt in de rechtsbescherming van de betrokkene blijkt onder meer uit haar *adviestaak*. De toezichthoudende overheid geeft niet alleen advies bij de totstandkoming van wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het persoonsgegevensbeschermingsrecht (artikel 28.2 van de Richtlijn 95/46, artikel 29 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens en artikel 57.1.c en 58.3 van de Verordening 2016/679), maar ook voorafgaand aan een verwerking van persoonsgegevens (artikel 28.3 tweede gedachtestreepje van de Richtlijn 95/46, artikel 30 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens en artikel 58.3 van de Verordening 2016/679). Aanvragen tot adviezen of aanbevelingen die betrekking hebben op de verwerking of mededeling van persoonsgegevens door de federale overheid worden¹³⁶⁴ door de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer overgemaakt aan het hiervoor vermelde sectoraal comité voor de federale overheid¹³⁶⁵. Ook de hierboven vermelde Vlaamse Toezichtcommissie verleent, op verzoek of op eigen initiatief, advies aan zowel belanghebbenden als aan het Vlaamse Parlement, de Vlaamse Regering, en een reeks andere instanties, waaronder de diensten die afhangen van het Vlaams Gewest (o.m. de Vlaamse Belastingdienst)(artikel 11 § 1 van het Decreet van 18 juli 2008 betreffende het elektronische bestuurlijke gegevensverkeer).

Het hierboven vermeld sectoraal comité voor de federale overheid krijgt door artikel 36 bis van de Wet Verwerking Persoonsgegevens bovendien een bijzonder taak, die in het bijzonder relevant is voor de preventieve rechtsbescherming van de betrokkene bij verwerkingen van persoonsgegevens door de federale overheid (en dus ook door de fiscale overheid). Met name dient in principe¹³⁶⁶ voor elke elektronische mededeling van persoonsgegevens door een federale overheidsdienst of door een openbare instelling met rechtspersoonlijkheid die onder de federale overheid ressorteert *een principiële machtiging* te worden gevraagd aan dit sectoraal comité. Op dit systeem van de machtigingen wordt uitvoerig ingegaan in afdeling 5 van hoofdstuk 3 over de inzameling van informatie bij andere overheden. Dit systeem van machtigingen is niet voorgeschreven door de Richtlijn 95/46¹³⁶⁷. Ook in de Verordening 2016/679 is er enkel sprake van een verplichting voor elke lidstaat om een onafhankelijke toezichthoudende overheid op te richten (artikel 51 tot 59

¹³⁶³ Zoels deze blijken uit de federale Wet Verwerking Persoonsgegevens: memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet houdende het bestuurlijk elektronisch gegevensverkeer, stuk 1712 (2007-2008), nr. 1, p. 14

¹³⁶⁴ Op grond van artikel 31bis § 3 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens

¹³⁶⁵ Op grond van artikel 36bis van de Wet Verwerking Persoonsgegevens

¹³⁶⁶ Met uitzondering van de gevallen door de Koning bepaalt (artikel 36 bis Wet Verwerking Persoonsgegevens)

¹³⁶⁷ Zie evenwel voor een nuance: D. DE BOT, *E-government in het federale België*, Brussel, Politeia, 2015, 974 die meent dat dit systeem van machtigingen eventueel kan worden gezien als een uitvoering van artikel 20 van de Richtlijn 95/46 dat voorschrijft dat de lidstaten kunnen aangeven welke verwerkingen mogelijk specifieke risico's voor de persoonlijke rechten en vrijheden inhouden en er zorg voor dragen dat zij vóór de aanvang van de verwerking onderzocht worden door de toezichthoudende autoriteit of door de functionaris voor de gegevensbescherming, die in twijfelgevallen de toezichthoudende autoriteit moet raadplegen. Dit systeem werd in de Richtlijn 95/46 evenwel voorgeschreven voor verwerkingen met bijzondere risico's, waardoor het aantal situaties waarin een voorafgaand onderzoek vereist zou zijn, beperkt zou moeten zijn (overweging 53 van de Richtlijn 95/46). Het systeem van de machtigingen treft daarentegen een zeer grote groep verwerkingen.

van de Verordening 2016/679). De vraag rijst dan ook of het huidige systeem van voorafgaande machtigingen voor elektronische mededelingen van persoonsgegevens moet verdwijnen op het ogenblik van het toepasselijk worden van de Verordening 2016/679¹³⁶⁸. Artikel 36 van de Verordening 2016/679 laat evenwel toe dat de lidstaten de verwerkingsverantwoordelijken kunnen verplichten overleg te plegen met de toezichthoudende autoriteit en kunnen verplichten om voorafgaande toestemming te verzoeken, wanneer de verwerkingsverantwoordelijken met het oog op de vervulling van een taak van algemeen belang verwerken, *onder meer* wanneer de verwerking verband houdt met sociale bescherming en volksgezondheid (artikel 36.5 van de Verordening 2016/679). Deze bepaling lijkt een uitweg te bieden om het Belgisch systeem van machtigingen te laten bestaan.

458. Niet alleen de preventieve rechtsbescherming blijft buiten beschouwing. Net als bij de schending van het recht op privéleven blijft ook de rechtsbescherming die uitgaat van de *internationale rechtsorde*, buiten beschouwing, met uitzondering van de mogelijkheid tot prejudiciële vraagstelling aan het Hof van Justitie door de nationale rechter die is gevat in het kader van de beoordeling van het overheidshandelen. De toegang tot het EHRM is immers in het kader van de schending van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens beperkt tot deze verwerking van de persoonsgegevens die als een inmenging in het privéleven kan worden beschouwd. De belastingplichtige heeft wel toegang tot het Hof van Justitie om op grond van artikel 263 VWEU de vernietiging te vragen van wetgevingshandelingen. Zoals hierboven al werd aangehaald in het kader van de bescherming van het recht op privéleven, moet het hier gaan om handelingen die uitgaan van de organen van de Unie, waardoor de rechtsbescherming die door het Hof van Justitie kan worden geboden in het kader van het voorwerp van dit onderzoek (inzameling van informatie in het kader van de inkomstenbelastingen), beperkt is tot rechtsbescherming tegen Europese rechtsinstrumenten betreffende internationale uitwisseling van informatie, in de mate dat deze de belastingplichtige verzoeker rechtstreeks raken en geen uitvoeringsmaatregelen met zich meebrengen (artikel 263 lid 4 VWEU). Het Hof van Justitie kan beoordelen of deze rechtsinstrumenten in strijd zijn met de Richtlijn 95/46, de Verordening 2016/679 en artikel 8 van het Handvest¹³⁶⁹. Dit beroep moet worden ingesteld binnen de twee maanden te rekenen vanaf de dag van bekendmaking van de handeling (artikel 263 lid 6 VWEU).

¹³⁶⁸ Zie hierover: het subsidiariteitsadvies bij het voorstel van 6 april 2012 voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (algemene verordening gegevensbescherming) COM(2012)0011 en het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens door bevoegde autoriteiten met het oog op de voorkoming, het onderzoek, de opsporing en de vervolging van strafbare feiten of de tenuitvoerlegging van straffen, en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, COM(2012)0010 – subsidiariteitsadvies – verslag Namens de Commissie voor Justitie uitgebracht door de heer R. LANDUYT, doc 53 2145/001; D. DE BOT en E. KINDT, “Het advies van de Belgische Privacycommissie over het Europese voorstel van Algemene Verordening Gegevensbescherming”, *P&I* 2013, 168-173

¹³⁶⁹ T. BARKHUYSEN, en A.W. BOS, “De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht”, *Jbplus* 2011, 27-28

§ 2 Schending van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens door concreet overheidshandelen

I. De rol van de toezichthoudende overheden¹³⁷⁰

459. Wanneer de fiscale administratie bij de inzameling van informatie het persoonsgegevensbeschermingsrecht schendt, dan kan deze schending vooreerst het voorwerp uitmaken van een *onderzoek* door de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer kan op eigen initiatief een onderzoek uitvoeren, maar kan dit ook doen naar aanleiding van een klacht van een betrokkene (artikel 28.3 en 4 van de Richtlijn 95/46 en artikel 30 en 31 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens, artikel 58 en 77 van de Verordening 2016/679).

Ook de Vlaamse Toezichtcommissie kan een onderzoek uitvoeren naar de elektronische bestuurlijke gegevensstromen die onder het toepassingsgebied van het decreet van 18 juli 2008 vallen. In het kader van dit onderzoek kan het gaan over een onderzoek bij de instanties die onder de toepassing van het decreet vallen (naast een reeks Vlaamse overheidsdiensten, vallen ook de gemeenten onder het toepassingsgebied van het decreet¹³⁷¹), die elektronisch gegevens hebben meegedeeld aan de fiscale administratie. Over de aanleiding van een dergelijk onderzoek wordt niets in het decreet bepaald, zodat moet worden aangenomen dat dit onderzoek op eigen initiatief of op suggestie van een klager kan starten.

De toezichthoudende overheid kan nadat de Verordening 2016/679 van toepassing wordt, zelfs gevat worden door een orgaan, organisatie of vereniging zonder winstoogmerk waarvan de statutaire doelstellingen het openbare belang dienen en dat of die actief is op het gebied van het persoonsgegevensbeschermingsrecht, dit hetzij in opdracht van een welbepaalde betrokkene (artikel 80.1 van de Verordening 2016/679), hetzij onafhankelijk van de opdracht van een betrokkene, indien het/zij van mening is dat de rechten van een betrokkene uit hoofde van de Verordening 2016/679 zijn geschonden ten gevolge van de verwerking. De lidstaat moet dit dan wel in het interne recht mogelijk hebben gemaakt (artikel 8.2 van de Verordening 2016/679).

¹³⁷⁰ De mogelijkheden om zich te wenden tot de toezichthoudende overheden in het kader van het betwisten van een schending van het persoonsgegevensbeschermingsrecht kan niet worden ingedeeld bij het administratief beroep. Met name is de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer opgericht in de schoot van de Kamer van Volksvertegenwoordigers die de leden van deze Commissie benoemt (artikel 23 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). Bovendien kunnen de leden van de Commissie binnen de perken van hun bevoegdheden van niemand onderrichtingen krijgen. Zij kunnen niet van hun mandaat worden ontheven voor meningen die zij uiten of daden die zij stellen bij het vervullen van hun functie (artikel 24 § 6 van de Wet Verwerking persoonsgegevens). Ook de Vlaamse Toezichtcommissie is opgericht als onafhankelijk orgaan. Het Vlaams Parlement benoemt weliswaar de leden van deze Commissie (artikel 10 § 2 van het decreet van 18 juli 2008), maar voor het overige zijn ook deze leden binnen de perken van hun bevoegdheid volledig onafhankelijk en neutraal en kunnen zij van geen enkele overheid instructies of bevelen ontvangen. De leden van de Toezichtcommissie kunnen bovendien niet van hun mandaat worden ontheven voor meningen die ze uiten of daden die ze stellen in het kader van hun functie in de Toezichtcommissie (artikel 10 § 6 van het decreet van 18 juli 2008).

¹³⁷¹ artikel 2, 10° van het decreet van 18 juli 2008 dat terzake verwijst naar het personeel toepassingsgebied van het decreet van 26 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur

460. De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer beschikt over een aantal *onderzoeksbevoegdheden*, waaronder het recht om inlichtingen in te winnen die nodig zijn om haar toezichtstaak uit te oefenen (artikel 28.3 eerste gedachtestreepje van de Richtlijn 95/46). Op grond van de Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens kan de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer voor het vervullen van al haar taken een beroep doen op de medewerking van deskundigen. Zij mag één of meer van haar leden, eventueel bijgestaan door deskundigen, ook belasten met de uitvoering van een onderzoek ter plaatse. De leden van de Commissie hebben in dit geval de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie, hulpofficier van de procureur des Konings. Ze kunnen onder meer mededeling eisen van elk document dat hen bij hun onderzoek van nut kan zijn. Ze hebben tevens toegang tot alle plaatsen waarvan ze redelijkerwijze kunnen vermoeden dat er werkzaamheden worden verricht die in verband staan met de toepassing van de Wet Verwerking Persoonsgegevens (artikel 32 § 1 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). Het hinderen van de Commissieleden of haar deskundigen bij hun onderzoek is strafrechtelijk sanctioneerbaar (artikel 39, 13° van de Wet Verwerking Persoonsgegevens)¹³⁷².

Ook de Vlaamse Toezichtscommissie heeft een aantal onderzoeksbevoegdheden (artikel 12/3 van het decreet van 18 juli 2008). Deze zijn er dan specifiek op gericht na te gaan of er geen bestuurlijke elektronische gegevensstromen zijn die onder het toepassingsgebied vallen van het decreet van 18 juli 2008 waarvoor geen machtiging werd afgeleverd door de Vlaamse Toezichtscommissie of om na te gaan of de machtiging en de voorwaarden die daarin desgevallend zijn opgelegd, wel worden gerespecteerd¹³⁷³. Met name kan de Vlaamse Toezichtscommissie, mits voorlegging van een legitimatiekaart (artikel 12/3 § 2 van het decreet van 18 juli 2008), een onderzoek ter plaatse uitvoeren, waarbij zij zich onder meer kan laten ondersteunen door deskundigen. Zij kan de overhandiging eisen van elk document of elke informatiedrager die bij haar onderzoek van nut kan zijn. Zij kan hiervan kopieën maken of zich die kopieën kosteloos laten verstrekken door de houder van de stukken. De Vlaamse Toezichtscommissie kan ook tijdens de normale openingsuren van de diensten toegang eisen, zonder voorafgaande kennisgeving, tot alle plaatsen, uitgezonderd de woning, waarvan de Toezichtscommissie redelijkerwijze kan vermoeden dat er werkzaamheden worden verricht die in verband staan met de toepassing van de bepalingen van hoofdstuk III van het decreet van 18 juli 2008, zijnde de bepalingen betreffende de bescherming van de persoonsgegevens voor het elektronische bestuurlijk gegevensverkeer (artikel 12/3 § 1 van het decreet van 18 juli 2008). Er werd uitdrukkelijk voor geopteerd om de leden van de Vlaamse Toezichtscommissie niet de hoedanigheid te verlenen van officier van de gerechtelijke politie omdat de Vlaamse decreetgever ervan uitging dat de onderzoeks- en handhavingsbevoegdheden van de Vlaamse Toezichtscommissie louter bestuurlijk van aard zijn. Er is dan ook geen huiszoeking mogelijk¹³⁷⁴. In die zin zijn de

¹³⁷² Een boete van 100 tot 100.000 EUR kan worden opgelegd.

¹³⁷³ Memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet Decreet van 6 december 2013 houdende wijziging van het decreet van 18 juli 2008 betreffende het elektronische bestuurlijke gegevensverkeer, wat de vaststelling van de toezicht- en handhavingsbevoegdheden van de Vlaamse toezichtcommissie voor het elektronische bestuurlijke gegevensverkeer betreft, stuk 2059 (2012-2013), nr. 1, 2

¹³⁷⁴ Memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet Decreet van 6 december 2013 houdende wijziging van het decreet van 18 juli 2008 betreffende het elektronische bestuurlijke gegevensverkeer, wat de vaststelling van de toezicht- en handhavingsbevoegdheden van de Vlaamse toezichtcommissie voor het elektronische bestuurlijke gegevensverkeer betreft, stuk 2059 (2012-2013), nr. 1, 3

onderzoeksbevoegdheden van de Vlaamse Toezichtscommissie minder verregaand dan deze van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. De weigering om medewerking te verlenen aan het onderzoek van de Vlaamse Toezichtscommissie, is strafrechtelijk sanctioneerbaar (artikel 12/4 van het decreet van 18 juli 2008)¹³⁷⁵.

Ook na het van toepassing worden van de Verordening 2016/679 zullen de toezichthoudende overheden deze onderzoeksbevoegdheden behouden (artikel 28.1 van de Verordening 2016/679). Behoudens de vermelding van de mogelijkheid tot aanstelling van een deskundige en behoudens de toekenning van de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie, zijn de onderzoeksbevoegdheden die de Verordening 2016/679 aan de toezichthoudende overheden toekent gelijklopend aan de bevoegdheden die de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de Vlaamse Toezichtscommissie nu al hebben. De lidstaten kunnen wel nadere regels bepalen in verband met het uitoefenen van deze onderzoeksbevoegdheden ten aanzien van verwerkingsverantwoordelijke of verwerkers die onder meer krachtens het lidstatelijk recht onderworpen zijn aan het beroepsgeheim of een andere gelijkwaardige geheimhoudingsplicht (artikel 90.1 van de Verordening 2016/679). Deze bijzondere regels kunnen slechts worden aangenomen wanneer dit noodzakelijk en evenredig is om het recht op bescherming van persoonsgegevens in overeenstemming te brengen met de geheimhoudingsplicht. In uitvoering van deze bepaling kan België dus de onderzoeksbevoegdheden van de toezichthoudende overheid aan bijzondere regels onderwerpen wanneer zij worden toegepast ten aanzien van overheden die aan een geheimhoudingsverplichting zijn onderworpen, zoals de FOD Financiën (respectievelijk artikel 337 WIB 1992).

461. In het kader van de rechtsbescherming rijst uiteraard de vraag wat de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de Vlaamse Toezichtscommissie kunnen doen met de vaststelling van een inbreuk van het persoonsgegevensbeschermingsrecht. De Richtlijn 95/46 bepaalt dat de toezichthoudende overheid verwerkingen kan verbieden of kan gelasten dat persoonsgegevens moeten worden gewist, alsook waarschuwingen of berispingen kan richten aan de verwerkingsverantwoordelijke (artikel 28.3 tweede gedachtestreepje van de Richtlijn 95/46). De Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens laat de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer evenwel enkel toe om, buiten het kader van een specifieke klacht van een betrokkene, *aanbevelingen* te richten tot de verwerkingsverantwoordelijken, dit steeds nadat de verwerkingsverantwoordelijke is gehoord (artikel 30 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). In het kader van een individuele klacht, moet de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in eerste instantie trachten om tot een *minnelijke schikking* te komen tussen de partijen. De Commissie kan in dat kader een proces-verbaal opstellen, waarin de bereikte oplossing wordt uiteengezet. Het is pas indien *geen* minnelijke schikking wordt bereikt, dat de Commissie een *advies* uitbrengt over de gegrondheid van de klacht. De Commissie kan het advies vergezeld doen gaan van aanbevelingen aan de verwerkingsverantwoordelijke. De Belgische Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer kan als dusdanig dus geen verwerkingen

¹³⁷⁵ Deze worden gestraft met een gevangenisstraf van zes maanden tot een jaar en met een geldboete van zesentwintig euro tot twintigduizend euro of met een van die straffen alleen.

verbieden of het wissen van persoonsgegevens gelasten. In die zin gaat van het klachtrecht bij de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer als gevolg van de Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens, *nagenoeg geen enkele rechtsbescherming uit*, vermits de betrokkene geen afdwingbaar oordeel over zijn klacht kan bekomen.

De Vlaamse Toezichtscommissie lijkt wat dat betreft veel slagkrachtiger. Zij kan, wanneer een bestuurlijke elektronische mededeling van persoonsgegevens die onder het decreet van 18 juli 2008 valt, aanleiding geeft tot een schending van de persoonlijke levenssfeer, een aantal beveiligingsmaatregelen opleggen, dit met het oog op de stopzetting van de schending (artikel 12/1 van het decreet van 18 juli 2008). In het kader van dit onderzoek kan het dus gaan over maatregelen die aan een instantie die onder het toepassingsgebied van het decreet valt (zoals bijvoorbeeld een gemeente) die de persoonlijke levenssfeer schendt in het kader van het meedelen van persoonsgegevens aan de fiscale administratie. Eén van de maatregelen die de Vlaamse Toezichtscommissie kan nemen is het bevelen van de stopzetting of uitvoering van werkzaamheden, handelingen of activiteiten, ogenblikkelijk of binnen een bepaalde termijn, alsook het verbieden van het gebruik van gebouwen, installaties, machines, toestellen, en alles wat zich daarin of daarop bevindt. Hierdoor kan de Vlaamse Toezichtscommissie onder meer de toegang tot serverlokalen of datacenters verbieden¹³⁷⁶. Eén en ander gebeurt wel met respect voor de rechten van verdediging, tenzij een uitnodiging om het recht van verdediging uit te oefenen de stopzettingsmaatregel ondoelmatig zou maken. Deze vergaande maatregelen kunnen door de Vlaamse Toezichtcommissie enkel worden genomen indien de onderzochte elektronische bestuurlijke gegevensstroom in strijd is met het recht op privéleven dus niet bij elke overtreding van het persoonsgegevensbeschermingsrecht. Daarnaast kan de Vlaamse Toezichtcommissie de aanpassing, opschorting of stopzetting bevelen van de elektronische mededeling van persoonsgegevens waarvoor op grond van het decreet van 18 juli 2008 een machtiging moet worden verleend, en die zonder machtiging gedaan wordt of die niet conform de voorwaarden of de termen van een machtiging uitgevoerd wordt (artikel 12/2 van het decreet van 18 juli 2008). Hierbij moet er niet noodzakelijk sprake zijn van een schending van het recht op privéleven. In de memorie van toelichting wordt wel gesteld dat de bevoegdheid om dergelijke maatregelen te nemen vooral een *afschrikwekkende* bedoeling heeft en er in de regel steeds een redelijke termijn zal worden gegeven om zich te conformeren aan de wetgeving¹³⁷⁷. De toegekende bevoegdheden lijken ook nogal doortastend wanneer ze worden toegepast op een overheidsinstantie. Hoe dan ook heeft de Vlaamse Toezichtscommissie minstens een aantal mogelijkheden om het decreet af te dwingen, zodat haar slagkracht groter is dan de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

Dit gebrek aan slagkracht van de toezichthoudende overheden was één van de uitgangspunten van hervorming van het persoonsgegevensbeschermingsrecht. De

¹³⁷⁶ Memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet Decreet van 6 december 2013 houdende wijziging van het decreet van 18 juli 2008 betreffende het elektronische bestuurlijke gegevensverkeer, wat de vaststelling van de toezicht- en handhavingsbevoegdheden van de Vlaamse toezichtcommissie voor het elektronische bestuurlijke gegevensverkeer betreft, stuk 2059 (2012-2013), nr. 1, 3

¹³⁷⁷ Memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet Decreet van 6 december 2013 houdende wijziging van het decreet van 18 juli 2008 betreffende het elektronische bestuurlijke gegevensverkeer, wat de vaststelling van de toezicht- en handhavingsbevoegdheden van de Vlaamse toezichtcommissie voor het elektronische bestuurlijke gegevensverkeer betreft, stuk 2059 (2012-2013), nr. 1, 3

Verordening 2016/679 heeft de toezichhoudende overheid nu uitdrukkelijk de bevoegdheid verleend om een aantal “corrigerende maatregelen” te nemen (artikel 58.2 van de Verordening 2016/679). Naast de bevoegdheden die al in de Richtlijn 95/46 aan bod kwamen (waarschuwingen geven, berispen, verwerkingen verbieden, rectificaties of het wissen gelasten), verleent de Verordening 2016/679 een aantal bijkomende bevoegdheden, waaronder de bevoegdheid om de verwerkingsverantwoordelijke te gelasten om op een nader bepaalde manier en binnen een nader bepaalde termijn, verwerkingen in overeenstemming te brengen met het persoonsgegevensbeschermingsrecht. De Verordening 2016/679 verduidelijkt dat corrigerende maatregelen ook ten aanzien van de overheid kunnen worden genomen (artikel 83.7 aanhef van de Verordening 2016/679). De meest ophefmakende bevoegdheid die door de Verordening 2016/679 aan de toezichhoudende overheid wordt verleend is evenwel de bevoegdheid om een geldboete op leggen (artikel 83 van de Verordening 2016/679)¹³⁷⁸. De Verordening 2016/679 laat evenwel toe dat de lidstaten zelf regels vaststellen betreffende de vraag of en in hoeverre administratieve geldboeten kunnen worden opgelegd door de toezichhoudende overheid aan in die lidstaat gevestigde overheidsinstanties en overheidsorganen (artikel 83.7 van de Verordening 2016/679). Het is dus maar de vraag in welke mate de hoge boetes¹³⁷⁹ die op grond van de Verordening 2016/679 zullen kunnen worden opgelegd aan verwerkingsverantwoordelijken en verwerkers die geen overheden zijn, ook zullen kunnen worden opgelegd aan overheden. Bovendien rijst de vraag of het opleggen van geldboetes aan overheden wel een doeltreffend middel is in de bescherming van de persoonsgegevens. In het geval van de federale fiscale administratie betekent dit dat de boete moet worden betaald met gelden van de federale Schatkist, en ook weer terecht komen in dezelfde federale Schatkist. Behoudens eventueel wat reputatieschade lijken dergelijke boetes een

¹³⁷⁸ Er kan een geldboete worden opgelegd in combinatie met om het even welke andere beslissing die de toezichhoudende overheid kan nemen (berispen, het gelasten van het wissen van persoonsgegevens, de verwerking verbieden, ...) (artikel 83.2 van de Verordening 2016/679). Indien een verwerkingsverantwoordelijke of een verwerker opzettelijk of uit nalatigheid met betrekking tot dezelfde of daarmee verband houdende verwerkingsactiviteiten een inbreuk pleegt op meerdere bepalingen van de Verordening 2016/679, is de totale geldboete niet hoger dan die voor de zwaarste inbreuk (artikel 83.3 van de Verordening 2016/679). De lidstaten moeten de mogelijkheid tot het opleggen van administratieve geldboeten door de toezichhoudende overheid wel in hun rechtstelsel opnemen. Wanneer het rechtstelsel van de lidstaat het opleggen van administratieve geldboeten door de toezichhoudende overheid niet mogelijk maakt, kan artikel 83 van de Verordening 2016/679 wel aldus worden toegepast dat geldboeten worden geïnitieerd door de bevoegde toezichhoudende autoriteit en *opgelegd* door bevoegde nationale gerechten, waarbij wordt gewaarborgd dat deze rechtsmiddelen doeltreffend zijn en eenzelfde effect hebben als de door toezichhoudende autoriteiten opgelegde administratieve geldboeten. Die lidstaten delen de Commissie uiterlijk op 25 mei 2018 de wetgevingsbepalingen mee die zij op grond van dit lid vaststellen, alsmede onverwijld alle latere wijzigingen daarvan en alle daarop van invloed zijnde wijzigingswetgeving (artikel 83.9 van de Verordening 2016/679).

¹³⁷⁹ Per inbreuk wordt de maximumboete beschreven. Inbreuken zoals het niet aanhouden van het register, het niet of onvoldoende beveligen van de persoonsgegevens of het niet melden van een inbreuk op het persoonsgegevensbeschermingsrecht, kan worden gesanctioneerd met een geldboete tot 10.000.000 EUR of, voor een onderneming, tot 2 % van de totale wereldwijde jaaromzet in het voorgaande boekjaar, indien dit cijfer hoger is (artikel 83.4 van de Verordening 2016/679). Inbreuken op belangrijker inbreuken, zoals het verwerken van persoonsgegevens in strijd met de kwaliteitsvereisten, of zonder dat er een toelaatbaarheidsgrond voorhanden is, of het miskennen van de rechten van de betrokkenen, kunnen worden gesanctioneerd met een geldboete tot 20.000.000 EUR of, voor een onderneming, tot 4 % van de totale wereldwijde jaaromzet in het voorgaande boekjaar, indien dit cijfer hoger is (artikel 83.5 van de Verordening 2016/679). Het niet-naleven van een corrigerende maatregel die door de toezichhoudende overheid wordt opgelegd kan met dezelfde boete worden gesanctioneerd (artikel 83.6 van de Verordening 2016/679). De lidstaten kunnen ook regels vaststellen inzake andere sancties op inbreuken op de Verordening 2016/679, in het bijzonder op inbreuken die niet aan administratieve geldboeten onderworpen zijn overeenkomstig artikel 83, en treffen alle nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat zij worden toegepast. Die sancties zijn doeltreffend, evenredig en afschrikkend (artikel 84.1 van de Verordening 2016/679).

weinig efficiënt middel te zijn om overtredingen van het persoonsgegevensbeschermingsrecht door overheden te vermijden¹³⁸⁰.

462. De Richtlijn 95/46 bepaalt dat tegen een beslissing van de toezichthoudende overheid steeds beroep openstaat bij het gerecht (artikel 28.3 laatste lid van de Richtlijn 95/46). Gelet op het feit dat de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in België op dit moment geen bindende beslissingen kan nemen ten aanzien van verwerkingsverantwoordelijken, is er ook geen beroepsprocedure. De Vlaamse Toezichtscommissie kan wel maatregelen nemen ten aanzien van de instanties die onder het decreet van 18 juli 2008 vallen, doch het decreet verleent geen beroepsmogelijkheid. Wanneer de Verordening 2016/679 in werking treedt, zal dit moeten wijzigen. Tegen elk juridisch bindend besluit ten aanzien van een verwerkingsverantwoordelijke moet steeds een doeltreffende voorziening in rechte openstaan (artikel 78.1 van de Verordening 2016/679). Er dient ook een doeltreffende voorziening in rechte open te staan voor de betrokkene, indien de toezichthoudende overheid een klacht niet behandelt of de betrokkene niet binnen drie maanden in kennis stelt van de voortgang of het resultaat van de klacht (artikel 78.2 van de Verordening 2016/679).

463. De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer kan op dit moment weliswaar geen bindende beslissingen nemen ten aanzien van de verwerkingsverantwoordelijke, doch zij kan wel aangifte doen bij de procureur des Konings van misdrijven waarvan zij kennis heeft (artikel 32 § 2 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). In wezen is dit een bevestiging van artikel 29 lid 1 Sv.¹³⁸¹ De Vlaamse Toezichtscommissie geeft, onverminderd haar mogelijkheid om rechtstreeks klacht in te dienen bij het parket op grond van artikel 29 lid 1 Sv., bericht van elk misdrijf met betrekking tot de persoonlijke levenssfeer aan de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (artikel 12/5 van het decreet van 18 juli 2008). Dit bericht is er niet zozeer op gericht om de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer toe te laten op haar beurt aangifte te laten doen bij het parket. Het bericht heeft eerder tot doel de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer toe te laten gebruik te maken van haar meer uitgebreide onderzoeksbevoegdheden vermits de leden van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer de hoedanigheid hebben van officier van gerechtelijke politie waardoor zij wel huiszoeken kunnen uitvoeren¹³⁸². Daarnaast kan de voorzitter van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer een geschil aangaande de toepassing van de Wet Verwerking Persoonsgegevens ook zelf aanhangig maken voor de rechtbank van eerste aanleg (artikel 32 § 3 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens)(zie verder hierna, het jurisdictioneel beroep). Op de bevoegdheid van de gewone rechter en de strafrechter om te remediëren aan de schending van het persoonsgegevensbeschermingsrecht, wordt hierna verder ingegaan.

¹³⁸⁰ P. BLUME, "The Public Sector and the Forthcoming EU Data Protection Regulation", *EDPL* 2015, 37

¹³⁸¹ Artikel 29 lid 1 Sv.: "*Iedere gestelde overheid, ieder openbaar officier of ambtenaar (...) die in de uitoefening van zijn ambt kennis krijgt van een misdaad of van een wanbedrijf, is verplicht daarvan dadelijk bericht te geven aan de procureur des Konings bij de rechtbank binnen wier rechtsgebied die misdaad of dat wanbedrijf is gepleegd of de verdachte zou kunnen worden gevonden, en aan die magistraat alle desbetreffende inlichtingen, processen-verbaal en akten te doen toekomen*"

¹³⁸² Memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet Decreet van 6 december 2013 houdende wijziging van het decreet van 18 juli 2008 betreffende het elektronische bestuurlijke gegevensverkeer, wat de vaststelling van de toezicht- en handhavingsbevoegdheden van de Vlaamse toezichtcommissie voor het elektronische bestuurlijke gegevensverkeer betreft, stuk 2059 (2012-2013), nr. 1, 4

II. Het administratief beroep

464. Net als bij een schending van het recht op privéleven heeft de betrokkene *het recht* om bij een schending van het persoonsgegevensbeschermingsrecht een (willig) administratief beroep te richten tegen de informatiegaring tijdens de onderzoeksfase. Daarnaast is er ook een recht op een georganiseerd administratief beroep tegen de aanslag die is gevestigd op grond van deze informatie. Terzake dit recht op een willig en georganiseerd administratief beroep, gelden uiteraard dezelfde restricties en bedenkingen die werden geformuleerd onder de onderafdeling omtrent de rechtsbescherming in het kader van een schending van het recht op privéleven.

465. Wat de *beoordelingsbevoegdheid* van de administratie betreft kunnen, net als dit het geval is bij het administratief beroep in kader van de schending van het recht op privéleven, dezelfde bedenkingen worden geformuleerd betreffende de objectiviteit van de overheid wanneer zij zich moet uitspreken over de wettigheid van het eigen overheidshandelen. Ook wat de omvang van de beoordelingsbevoegdheid betreft, rijzen er gelijkaardige problemen als bij het aanvoeren van de schending van het recht op privéleven. Hierboven is gebleken dat er verschillende vormen bestaan van schending van het persoonsgegevensbeschermingsrecht. Net als bij de schending van het recht op privéleven zullen sommige vormen van schending van het persoonsgegevensbeschermingsrecht door de (fiscale) overheid, vereisen dat eerst de wet, in het kader waarvan de (fiscale) overheid heeft gehandeld, wordt getoetst aan de principes van het persoonsgegevensbeschermingsrecht. Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de (fiscale) overheid heeft gehandeld zonder dat er een toelaatbaarheidsgrond is voor de verwerking. Dit is bijvoorbeeld mogelijk omdat de wet de fiscale administratie verplicht om bepaalde persoonsgegevens te verwerken (bijvoorbeeld door te geven) zonder dat deze verwerking *noodzakelijk* is om het beoogde legitieme doel te bereiken¹³⁸³. In een dergelijke omstandigheid moet de (fiscale) wet, op grond waarvan is gehandeld, eerst worden getoetst aan hetzij de Wet Verwerking Persoonsgegevens, hetzij rechtstreeks aan de bepalingen van de Richtlijn 95/46 met rechtstreekse werking¹³⁸⁴, en vanaf 25 mei 2018 aan de Verordening 2016/679, alvorens het overheidshandelen kan worden beoordeeld.

In het eerste geval zal de fiscale administratie, bij wie het administratief beroep is ingesteld, moeten bepalen wat de verhouding is tussen de Wet Verwerking Persoonsgegevens en de toegepaste fiscale wet. In wezen moet de Wet Verwerking Persoonsgegevens steeds als een basiswet worden beschouwd betreffende de bescherming van de persoonsgegevens, die kan worden aangevuld met specifieke bepalingen (waaronder sectorale wetten), zonder van de basiswet te mogen afwijken. Een voorbeeld is de wetgeving betreffende de kruispuntbank voor de sociale zekerheid die moet worden beschouwd als een aanvulling op de basisbeginselen die in de Wet Verwerking Persoonsgegevens worden gesteld, zonder dat er

¹³⁸³ Opinion 06/2014 of the article 29 Working Party on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, 19; zie voor een voorbeeld van de toetsing van de wettelijke bepaling die een toelaatbaarheidsgrond creëert: HvJ 16 december 2008, C-524/06, HUBER

¹³⁸⁴ Zie bv. in verband met de rechtstreekse werking van artikel 6 en 7 van de Richtlijn 95/46: HvJ 20 mei 2003 C-465/00, C-138/01 en C-139/01, OSTERREICHISCHER RUNDFUNK, randnummers 98-101

van deze basisbeginselen mag worden afgeweken¹³⁸⁵. De Wet Verwerking Persoonsgegevens is dus niet als de *lex generalis* te beschouwen, waarvan de *lex specialis* mag afwijken¹³⁸⁶. Deze benadering komt overeen met de benadering die ook aan de Richtlijn 95/46 wordt gegeven, namelijk dat deze richtlijn als een basisrichtlijn moet worden beschouwd en door andere richtlijnen slechts kan worden aangevuld¹³⁸⁷. Een wet (in ons voorbeeld een fiscale wet die de verwerking van persoonsgegevens in één of andere zin regelt) dient dus steeds te worden geïnterpreteerd als *aanvulling* op de basisregels van de Wet Verwerking Persoonsgegevens. In de mate dat de (fiscale) wet (in het voorbeeld hierboven: de wet die het doorgeven van fiscale informatie toelaat zonder dat dit noodzakelijk is voor het beoogde legitieme doel) evenwel niet voor interpretatie vatbaar is en duidelijk conflicteert met de Wet Verwerking Persoonsgegevens, dan dienen de algemene regels betreffende conflicterende normen te worden gehanteerd. Voor wat betreft normen van dezelfde rang, geldt dan de regel dat de latere wet voorrang heeft op de eerdere wet¹³⁸⁸. De fiscale wetten die de verwerking (en in casu) de inzameling van persoonsgegevens regelen, zullen in grote mate dateren van voor de Wet Verwerking Persoonsgegevens. De Wet Verwerking Persoonsgegevens moet dan voorgaan op de oudere fiscale wet. Na de inwerkingtreding van de Verordening 2016/679 zal de fiscale wet op grond waarvan werd gehandeld door de fiscale administratie moeten worden getoetst aan de Europese norm van hogere rangorde, zodat de Verordening 2016/679 steeds zal moeten voorgaan op de getoetste nationale wet.

Bij het toetsen van de Belgische fiscale wet aan het persoonsgegevensbeschermingsrecht, rijst het praktische probleem dat de fiscale administratie die wordt gevraagd hierover te oordelen, meer vertrouwd zal zijn met de fiscale wetgeving dan met het persoonsgegevensbeschermingsrecht, wat deze toetsing ongetwijfeld bemoeilijkt. De overheidshandeling die een schending van het persoonsgegevensbeschermingsrecht oplevert zal ook vaak als een inmenging in het privéleven kunnen worden beschouwd, in welk geval een toetsing van de wet op grond waarvan is gehandeld met de Grondwet, of een grondrechtelijke verdragsbepaling, zich opdringt, waarvoor de administratie niet bevoegd is, behoudens waar het gaat over het grondwetsconform en verdragsconform interpreteren van de wet. Ook in het kader van de schending van het recht op de bescherming van persoonsgegevens is de beoordelingsbevoegdheid van de fiscale administratie bij wie het administratief beroep wordt ingesteld, dus niet steeds toereikend.

III. Het juridictioneel beroep

A. Het recht op juridictioneel beroep

466. Wat betreft het recht om de schending van de beginselen van het persoonsgegevensbeschermingsrecht voor te leggen aan een rechter, moet een onderscheid

¹³⁸⁵ Dit voorbeeld wordt gegeven tijdens de voorbereidende werken bij de invoering van de Wet Verwerking Persoonsgegevens van 1992: Verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl. St.* Kamer, BZ, 1991-1992, nr. 413/12, 6 en 15

¹³⁸⁶ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens*, Antwerpen, Kluwer, 2001, p.10

¹³⁸⁷ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens*, Antwerpen, Kluwer, 2001, p.13, dit is bijvoorbeeld het geval met de latere richtlijn betreffende de verwerking van de persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de telecommunicatiesector (Richtlijn 97/66 van 15 december 1997)

¹³⁸⁸ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 11

worden gemaakt tussen het georganiseerd juridictioneel beroep dat is geregeld op grond van het persoonsgegevensbeschermingsrecht en het (georganiseerde en niet-georganiseerde) juridictioneel beroep dat op basis van het fiscaal recht bestaat. Dat laatste werd al hierboven besproken betreffende de bescherming van het recht op privéleven in het kader van de fiscale informatie-inwinning. Er kan daar integraal naar worden verwezen. In beide gevallen wordt de rechtbank van eerste aanleg gevat, en wordt een dergelijke vordering in de regel behandeld door de fiscale kamer van deze rechtbank.

467. Bovenop deze mogelijkheden om de rechter te vatten over de schending van het persoonsgegevensbeschermingsrecht bij de inzameling van informatie door de fiscale administratie, kan de betrokkene ook de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg vatten, zetelend in kortgeding, op grond van artikel 14 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens (in uitvoering van artikel 22 van de Richtlijn 95/46)¹³⁸⁹. Ook de Verordening 2016/679 schrijft voor dat elke betrokkene het recht moet hebben om een doeltreffende voorziening in rechte in te stellen tegen de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker indien hij van mening is dat zijn rechten uit hoofde van de Verordening 2016/679 geschonden zijn ten gevolge van een verwerking van zijn persoonsgegevens die niet aan de Verordening 2016/679 voldoet (artikel 79 van de Verordening 2016/679). Er bestaat dus geen bezwaar om de procedure van artikel 14 van de Wet Verwerking persoonsgegevens na het van toepassing worden van de Verordening 2016/679 te laten bestaan. De Richtlijn 95/46 gaf naast de betrokkene, ook de *toezichthoudende overheid* de bevoegdheid om in rechte op te treden ingeval van inbreuken op het persoonsgegevensbeschermingsrecht (artikel 28.3 derde gedachtestreepje van de Richtlijn 95/46 en artikel 32 § 3 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). Deze mogelijkheid wordt door de Verordening 2016/679 niet behouden. Daar tegenover staat dat de rechter nadat de Verordening 2016/679 van toepassing wordt, wel gevat kan worden door een orgaan, organisatie of vereniging zonder winstoogmerk waarvan de statutaire doelstellingen het openbare belang dienen en dat of die actief is op het gebied van het persoonsgegevensbeschermingsrecht, dit hetzij in opdracht van een welbepaalde betrokkene (artikel 80.1 van de Verordening 2016/679), hetzij onafhankelijk van de opdracht van een betrokkene, indien het/zij van mening is dat de rechten van een betrokkene uit hoofde van de Verordening 2016/679 zijn geschonden ten gevolge van de verwerking. In dat laatste geval, moet de lidstaat dit dan wel in het interne recht mogelijk hebben gemaakt (artikel 80.2 van de Verordening 2016/679).

De Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens maakt de voorzitter van de rechtbank van de woonplaats van de eiser bevoegd voor deze vordering. In tegenstelling tot het georganiseerde en niet-georganiseerde juridictioneel beroep, dat wordt ingeleid voor de rechtbank van eerste aanleg, zal een vordering die gebaseerd is op de Wet Verwerking Persoonsgegevens voor de voorzitter moeten worden ingeleid. Deze zal uitspraak doen ten gronde¹³⁹⁰. Indien de eiser geen woonplaats in België heeft, is de voorzitter van de rechtbank van de woonplaats van de verwerkingsverantwoordelijke (indien dit een

¹³⁸⁹ Voor één van de zeldzame toepassingen: Gent 16 juni 2011, *RW* 2012-13, afl. 31, 1221-1223 met noot R. SAELENS, "Kan de Wet Verwerking Persoonsgegevens de Antigoonleer buitenspel zetten?" *RW*, 1223-1226

¹³⁹⁰ Zie artikel 587, 4° Ger.W., zie ook R. SAELENS, "Kan de Wet Verwerking Persoonsgegevens de Antigoonleer buitenspel zetten?" *RW* 2012-13, afl. 31, 1223-1226

natuurlijke persoon is), bevoegd. Indien de verwerkingsverantwoordelijke een rechtspersoon is, is de voorzitter van de rechtbank van de maatschappelijke of administratieve zetel bevoegd (artikel 14 § 2 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). Vorderingen tegen de FOD Financiën als verwerkingsverantwoordelijke zullen dus kunnen worden gebracht voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanslag van de woonplaats van de betrokkene, indien deze woonplaats heeft in België. Niet-inwoners zullen de vordering voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel moeten brengen. De Verordening 2016/679 bepaalt enkel dat indien de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker een overheidsinstantie is die optreedt in de uitoefening van het overheidsgezag, de procedure steeds moet worden gevoerd bij de gerechten van de lidstaat waar de overheidsinstantie deel van uitmaakt (artikel 79.1 van de Verordening 2016/679). De territoriale bevoegdheidsregels van de Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens kunnen in de context van vorderingen tegen de overheid dus desgewenst overeind blijven.

De Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens verduidelijkt welke vorderingen kunnen worden gesteld. Met name kan de voorzitter van de rechtbank kennis nemen van vorderingen betreffende het door of krachtens de wet verleende recht om kennis te krijgen van persoonsgegevens, alsook van de vorderingen tot verbetering, tot verwijdering of tot het verbieden van de aanwending van onjuiste persoonsgegevens of die gelet op het doel van de verwerking onvolledig of niet ter zake dienend zijn, dan wel waarvan de registratie de mededeling of de bewaring verboden is, tegen de verwerking waarvan de betrokkene zich heeft verzet of die langer bewaard werden dan de toegestane duur. Een dergelijke vordering voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg is slechts ontvankelijk als het verzoek, bedoeld in artikel 10 , § 1 (verzoek tot toegang tot bepaalde informatie), of dat bedoeld in artikel 12 , § 2 (verzoek tot verbetering, verzet tegen verwerking, verwijdering en verbod van aanwending) is afgewezen of als daaraan, naargelang het geval, binnen de door de Wet Verwerking Persoonsgegevens voorgeschreven termijn geen gevolg is gegeven (artikel 14 § 5 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). De betrokkene wordt dus op grond van de Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens verplicht om zich eerst tot de verwerkingsverantwoordelijke te richten alvorens hij een jurisdictioneel beroep kan instellen. De Verordening 2016/679 schrijft dit niet voor.

468. Bij een overtreding van de Wet Verwerking Persoonsgegevens kan ook een strafklacht worden ingediend door de betrokkene. Artikel 24 van de Richtlijn 95/46 laat dit toe. De meeste lidstaten hebben minstens een aantal overtredingen van het persoonsgegevensbeschermingsrecht strafrechtelijk sanctioneerbaar gemaakt¹³⁹¹. In België zijn de overtredingen van de meeste bepalingen van de Wet Verwerking Persoonsgegevens, zoals aangegeven in de afdeling over de draagwijdte van het persoonsgegevensbeschermingsrecht, strafrechtelijk sanctioneerbaar¹³⁹². Ook de

¹³⁹¹ P. DE HERT, "The (EU) data protection reform and the (forgotten) use of criminal sanctions", *International Data Privacy Law*, 2014, 262

¹³⁹² De overtreding van de meest cruciale beginselen van het persoonsgegevensbeschermingsrecht zoals het beginsel van de finaliteit, de proportionaliteit, of het verwerken van persoonsgegevens zonder toelaatbaarheidsgrond wordt gestraft met een geldboete van honderd euro tot honderdduizend euro (artikel 39 van de Wet Verwerking persoonsgegevens). De strafrechter kan daarnaast bevelen dat het vonnis waarbij de verwerkingsverantwoordelijke wordt veroordeeld geheel of bij uittreksel wordt opgenomen in één of meer dagbladen op de wijze die zij bepaalt, op kosten van de veroordeelde (artikel 40 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). Bovendien kan de strafrechter de verbeurdverklaring uitspreken van de dragers van persoonsgegevens waarop het misdrijf betrekking heeft, zoals manuele bestanden, magneetschijven of

Verordening 2016/679 laat de lidstaten toe regels vast te stellen betreffende andere sancties dan de in de Verordening 2016/679 bepaalde sancties. België kan de strafrechtelijke sancties voor overtredingen van het persoonsgegevensbeschermingsrecht dus overeind laten, in combinatie met de mogelijkheid tot het opleggen van administratieve sancties, met respect voor het ne bis in idem beginsel¹³⁹³. De in het kader van dit onderzoek relevante verwerkingsverantwoordelijke, de FOD Financiën, is evenwel een onderdeel van de federale staat, die in België *niet* strafrechtelijk verantwoordelijk kan worden gesteld op grond van artikel 5 vierde lid Sw.¹³⁹⁴. De strafrechtelijke sancties hebben in het kader van dit onderzoek derhalve slechts hun belang voor verwerkingsverantwoordelijken die wel strafrechtelijke verantwoordelijk kunnen worden gesteld en die bijvoorbeeld in strijd met het persoonsgegevensbeschermingsrecht persoonsgegevens hebben doorgegeven aan de fiscale administratie. Zoals bij de inleiding toegelicht wordt evenwel niet ingegaan op de rechtsbescherming ten aanzien van overheden en derden die informatie aan de fiscale administratie doorgeven.

B.De beoordelingsbevoegdheid

469. De betrokkene zal zich voor de nationale rechter kunnen beroepen op hetzij de Wet Verwerking Persoonsgegevens en desnoods ook rechtstreeks op de bepalingen van de Richtlijn 95/46 die rechtstreekse werking hebben¹³⁹⁵, dan wel op de Verordening 2016/679 vanaf 25 mei 2018. De rechter zal zowel de aangevochten overheidshandeling kunnen toetsen aan deze bepalingen, maar zal ook bevoegd zijn om de toegepaste (fiscale) wet te toetsen aan de voormelde normen¹³⁹⁶. Indien de toegepaste norm in strijd is met de Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens¹³⁹⁷, de Richtlijn 95/46, dan wel de Verordening 2016/679, dan dient hij buiten toepassing te worden gelaten door de rechter.

470. De Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens maakt het bovendien mogelijk dat de rechter voorafgaand aan de beoordeling van de schending van het persoonsgegevensbeschermingsrecht, en wanneer dringende redenen de vrees doen rijzen dat bewijsmateriaal dat kan worden aangevoerd bij de vordering zou kunnen worden verheeld of zou kunnen verdwijnen, elke maatregel kan gelasten ter voorkoming van die

magneetbanden, met uitzondering van de computers of enige andere apparatuur, of de uitwissing van die gegevens gelasten. De verbeurdverklaring of de uitwissing kunnen worden gelast, ook wanneer de dragers van persoonsgegevens niet aan de veroordeelde toebehoren (artikel 41 § 1 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). De strafrechter kan ten slotte het verbod uitspreken om gedurende ten hoogste twee jaar rechtstreeks of door een tussenpersoon, het beheer te hebben over enige verwerking van persoonsgegevens (artikel 41 § 2 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). Een overtreding van dit verbod of een herhaling van de overtreding van een aantal bepalingen, waaronder de meest essentiële bepalingen, kan worden gestraft met gevangenisstraf van drie maanden tot twee jaar en met geldboete van 100 EUR tot 100.000 EUR of met één van die straffen alleen (artikel 42 § 3 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens).

¹³⁹³ Overweging 149 van de Verordening 2016/679

¹³⁹⁴ Art. 5 lid 1 Sw: *“Een rechtspersoon is strafrechtelijk verantwoordelijk voor misdrijven die (...)”*; Art. 5 lid 4 Sw.: *“Voor de toepassing van dit artikel kunnen niet als strafrechtelijk verantwoordelijke rechtspersoon worden beschouwd: de federale staat, de gewesten, de gemeenschappen, de provincies, de hulpverleningszones, de prezones, de Brusselse agglomeratie, de gemeenten, de meergemeentezones, de binnengemeentelijke territoriale organen, de Franse Gemeenschapscommissie, de Vlaamse Gemeenschapscommissie, de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en de openbare centra voor maatschappelijk welzijn.”*

¹³⁹⁵ Zie bv. in verband met de rechtstreekse werking van artikel 6 en 7 van de Richtlijn 95/46: HvJ 20 mei 2003 C-465/00, C-138/01 en C-139/01, OSTERREICHISCHER RUNDfunk, randnummers 98-101

¹³⁹⁶ Zie hierover – de beoordelingsbevoegdheid van de administratie in het kader van het administratief beroep

¹³⁹⁷ Zie wat betreft de regeling van een conflict tussen een toegepaste fiscale wet en de Belgische Wet Verwerking persoonsgegevens; zie hierboven aangaande het administratief beroep

verheling of verdwijning (nadat de betrokkene die op eenzijdig verzoekschrift heeft gevraagd)(artikel 14 § 7 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens).

C.Rechtsgevolgen

1.Inleiding

471. Een rechter die tot de vaststelling komt dat er persoonsgegevens zijn ingezameld door de fiscale administratie in strijd met het persoonsgegevensbeschermingsrecht, kan verschillende zaken beslissen. Net als bij de vastgestelde schending van het recht op privéleven, kan de rechter de overheid *aansprakelijkheid* stellen voor de verwerking van persoonsgegevens in strijd met het persoonsgegevensbeschermingsrecht. De Richtlijn 95/46 en de Wet Verwerking Persoonsgegevens stellen uitdrukkelijk dat de rechter die tot de vaststelling komt dat de rechten van de betrokkene op grond van het persoonsgegevensbeschermingsrecht zijn geschonden, zal kunnen beslissen om een schadevergoeding toe te kennen aan de betrokkene wanneer deze schade heeft geleden ten gevolge van een onrechtmatige verwerking of van enige andere daad die onverenigbaar is met het nationale persoonsgegevensbeschermingsrecht (artikel 23.1 van de Richtlijn 95/46 en artikel 15bis lid 1 en 2 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens¹³⁹⁸, en artikel 82.1 van de Verordening 2016/679)¹³⁹⁹. De Richtlijn 95/46 laat wel toe dat de verwerkingsverantwoordelijke van deze aansprakelijkheid – geheel of gedeeltelijk - wordt ontheven wanneer hij bewijst dat de schade hem niet kan worden toegerekend (artikel 23.2 van de Richtlijn 95/46 en artikel 15 bis van de Wet Verwerking Persoonsgegevens en artikel 82.3 van de Verordening 2016/679)¹⁴⁰⁰.

472. Evenwel, net als bij de schending van het recht op privéleven, lijkt de belangrijkste vraag in het licht van dit onderzoek, met betrekking tot de rechtsgevolgen van een vastgestelde schending van het persoonsgegevensbeschermingsrecht, de vraag te zijn naar het lot van de (persoons)gegevens die met schending van het persoonsgegevensbeschermingsrecht zijn bekomen.

¹³⁹⁸ Artikel 15 bis van de Wet Verwerking Persoonsgegevens voegt hieraan toe dat deze aansprakelijkheidsregeling geldt onverminderd de aanspraken van de betrokkene op grond van andere wettelijke regels.

¹³⁹⁹ Dit is een vorm van objectieve aansprakelijkheid – zie memorie van toelichting bij het Wetsontwerp van 20 mei 1998 tot omzetting van de richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van deze persoonsgegevens, 1997-1998, 1566/1, 53

¹⁴⁰⁰ De Verordening 2016/679 voegt hier nog aan toe dat, in de verhouding tussen de verwerkingsverantwoordelijke en de verwerker, elke verwerkingsverantwoordelijke die bij de verwerking is betrokken, steeds aansprakelijk is voor de schade die wordt veroorzaakt door de verwerking die een inbreuk maakt op de Verordening 2016/679 (artikel 82.2 van de Verordening 2016/679). Een verwerker daarentegen is slechts aansprakelijk voor de schade die door de verwerking is veroorzaakt wanneer bij de verwerking niet is voldaan aan de specifiek tot verwerkers gerichte verplichtingen van de Verordening 2016/679 of buiten dan wel in strijd met de rechtmatige instructies van de verwerkingsverantwoordelijke is gehandeld. Wanneer bovendien meerdere verwerkingsverantwoordelijken of verwerkers bij dezelfde verwerking betrokken zijn, en ook verantwoordelijk zijn voor schade die door de verwerking is veroorzaakt, wordt elke verwerkingsverantwoordelijke of verwerker voor de *gehele* schade aansprakelijk gehouden teneinde te garanderen dat de betrokkene daadwerkelijk wordt vergoed (artikel 82.4 van de Verordening 2016/679). Deze bepalingen zijn van minder belang voor de verantwoordelijkheid van de FOD Financiën als verwerkingsverantwoordelijke voor de onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens, vermits zij in de regel alleen en zonder verwerker opereren.

2. Het lot van de onrechtmatig verkregen persoonsgegevens

a. Artikel 14 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens

473. In dat kader dient vooreerst te worden verwezen naar artikel 14 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens dat uitdrukkelijk bepaalt welke vorderingen kunnen worden gesteld en tot welke beslissingen een rechter met andere woorden kan komen. Naast de beslissing om de *kennisgeving* te bevelen van de persoonsgegevens, kan de rechter (met name de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, zetelend in kort geding) ook de *verbetering* of *verwijdering* bevelen van onjuiste, onvolledige of niet terzake dienende persoonsgegevens, of van persoonsgegevens waarvan de registratie, de mededeling of de bewaring verboden is, of van persoonsgegevens tegen de verwerking waarvan de betrokkene zich heeft verzet, of van persoonsgegevens die langer worden bewaard dan de toegestane duur. De rechter kan ten slotte ook de *aanwending verbieden* van elke van de hiervoor bedoelde gegevens.

De voorzitter van de rechtbank kan zelfs gelasten dat de verwerkingsverantwoordelijke de derden aan wie de hierboven bedoelde persoonsgegevens¹⁴⁰¹ zijn verstrekt, in kennis stelt van de bevolen verbetering of verwijdering (artikel 14 § 6 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). Op deze wijze kan de voorzitter dus een overheidsinstantie die bijvoorbeeld onjuiste gegevens heeft doorgegeven aan de fiscale administratie, bevelen dat zij de fiscale administratie in kennis stelt van de opgelegde verbetering of verwijdering.

b. De Antigoondocctrine toegepast op de onrechtmatig verwerkte persoonsgegevens

474. Los van deze mogelijke gerechtelijke beslissingen die specifiek op grond van de Wet Verwerking Persoonsgegevens kunnen worden genomen en die het lot bepalen van de persoonsgegevens die met schending van het persoonsgegevensbeschermingsrecht zijn bekomen, dient een overheidshandeling die in strijd met het persoonsgegevensbeschermingsrecht werd gesteld, in principe ook als nietig te worden beschouwd. Zoals hierboven werd aangetoond is hiermee nog niet gezegd dat ook de vruchten van deze overheidshandeling, met name de onrechtmatig verwerkte persoonsgegevens, eveneens als nietig kunnen worden beschouwd. In het hierboven al aangehaalde arrest van het Hof van Cassatie van 22 mei 2015 werd geoordeeld dat het gebruik door de fiscale administratie van onrechtmatig verkregen bewijs¹⁴⁰² moet worden getoetst (hoofdzakelijk) aan de beginselen van behoorlijk bestuur en het recht op eerlijk proces, alvorens een besluit kan worden gemaakt over de aanwending van dit onrechtmatig verkregen bewijs. Dit betekent dat met andere woorden de persoonsgegevens die met schending van het persoonsgegevensbeschermingsrecht zijn bekomen, toch kunnen worden aangewend voor met name het vestigen van een aanslag in de inkomstenbelasting, indien aan drie criteria is voldaan: (1) er is geen overtreding van een bepaling waarvoor de

¹⁴⁰¹ Bedoeld wordt: de onjuiste, onvolledige of niet terzake dienende persoonsgegevens, de persoonsgegevens waarvan de registratie, de mededeling of de bewaring verboden is, de persoonsgegevens tegen de verwerking waarvan de betrokkene zich heeft verzet en de persoonsgegevens die langer worden bewaard dan de toegestane duur.

¹⁴⁰² Zoals hierboven aangehaald dient het begrip “onrechtmatig verkregen bewijs” in fiscale zaken dezelfde invulling te krijgen als in strafzaken (zie hierboven: Cass. 13 mei 1986). Er is dus sprake van onrechtmatig verkregen bewijs in fiscale zaken bij overtreding van de wet alsook bij overtreding van algemene rechtsbeginselen, waaronder de beginselen van behoorlijk bestuur.

wetgever bijzondere sancties heeft voorgeschreven, (2) de bewijsmiddelen zijn niet verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht dat dit gebruik onder alle omstandigheden als ontoelaatbaar moet worden geacht, en (3) het gebruik van het onrechtmatig verkregen bewijs brengt het recht op eerlijk proces niet in gevaar.

475. Wat het eerste criterium betreft kan worden vastgesteld dat het persoonsgegevensbeschermingsrecht geen nietigheidssanctie voorschrijft voor een onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens. De mogelijkheid voor de rechter om een verbod van aanwending, een verbetering of een verwijdering te bevelen, zijn weliswaar sancties die kunnen worden opgelegd bij de schending van welbepaalde beginselen van het persoonsgegevensrecht, doch deze sancties zijn niet van aard de aanwending van onrechtmatig verkregen persoonsgegevens *die zich al heeft voorgedaan*, ongedaan te maken¹⁴⁰³.

476. Wat betreft het derde criterium (namelijk, het recht op eerlijk proces komt in gevaar), moet worden herhaald dat het Hof van Cassatie in het arrest van 22 mei 2015 een aantal elementen aanreikt¹⁴⁰⁴ om de eerlijkheid van het proces te beoordelen, die in wezen geen verband houden met de waarborgen van een eerlijk proces. Hierdoor hebben de Belgische rechters in principe een vrij ruime beoordelingsbevoegdheid om bepaalde onregelmatigheden bij het verkrijgen van bewijs al dan niet te sanctioneren met bewijsuitsluiting. Van belang in dat kader is vooral de vaststelling dat de fiscale rechter de vrije keuze heeft om deze elementen in overweging te nemen, zodat er geen reden is om aan te nemen dat een schending van het persoonsgegevensbeschermingsrecht sneller met bewijsuitsluiting zal worden gesanctioneerd dan een andere onregelmatigheid, louter op basis van het criterium van het eerlijk proces.

477. Wat het tweede criterium betreft, namelijk de schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, werd hierboven verdedigd dat er redenen zijn om te argumenteren dat de toepassing van dit criterium ertoe leidt dat bewijsverkrijging met schending van een grondrecht *altijd* als onbehoorlijk bestuur moet worden beschouwd, waardoor het aldus verkregen bewijs altijd moet worden uitgesloten. Deze benadering wordt ook ondersteund door een arrest van het Hof van Justitie van 17 december 2015¹⁴⁰⁵, waarbij een Hongaarse regeling die onrechtmatig verkregen bewijs niet automatisch uitsluit, werd getoetst aan artikel 47 van het Handvest. Het recht op de bescherming van het persoonsgegevens is evenwel enkel door het Handvest uitdrukkelijk als grondrecht beschermd. Artikel 8 van het Handvest biedt slechts aan bepaalde aspecten van het persoonsgegevensbeschermingsrecht grondrechtelijke bescherming. Bovendien kan artikel 8 van het Handvest slechts worden ingeroepen in het kader van maatregelen waarmee uitvoering wordt gegeven aan het Unierecht, wat in het kader van dit onderzoek in hoofdzaak het geval zal zijn bij maatregelen

¹⁴⁰³ Contra: R. SAELENS, "Kan de Wet Verwerking Persoonsgegevens de Antigoonleer buitenspel zetten?" *RW* 2012-13, afl. 31, 1223-1226, die suggereert dat de Wet Verwerking Persoonsgegevens eventueel een bres zou kunnen slaan in de Antigoonleer.

¹⁴⁰⁴ Met name: het zuiver formeel karakter van de onregelmatigheid; de weerslag van de onregelmatigheid op het recht of de vrijheid die door de overschreden norm wordt beschermd; het al dan niet opzettelijk karakter van de door de overheid begane onregelmatigheid; en de omstandigheid dat de ernst van de inbreuk veruit de begane onregelmatigheid overstijgt

¹⁴⁰⁵ HvJ 17 december 2015 C-419/14 WEBMINDLICENCES Kft

van internationale uitwisseling van inlichtingen op grond van Europese rechtsinstrumenten. Anderzijds biedt ook artikel 8 EVRM een zekere bescherming aan persoonsgegevens, zoals aangegeven in onderafdeling 1 van afdeling 2 van dit hoofdstuk over de draagwijdte van het recht op privéleven.

478. Aangenomen dat de bewijzen werden verkregen in het kader van maatregelen waarbij uitvoering werd gegeven aan het Unierecht (zoals in het kader van een internationale uitwisseling van informatie op grond van een Europees rechtsinstrument) rijst de vraag welke aspecten van het persoonsgegevensbeschermingsrecht een grondrechtelijke bescherming genieten onder artikel 8 van het Handvest.

Artikel 8 van het Handvest biedt grondrechtelijk bescherming aan de volgende aspecten van het persoonsgegevensbeschermingsrecht: (1) persoonsgegevens moeten eerlijk worden verwerkt, (2) persoonsgegevens kunnen slechts worden verwerkt voor welbepaalde doeleinden, (3) persoonsgegevens kunnen slechts worden verwerkt mits toestemming van de betrokkene of mits een andere gerechtvaardigde grondslag waarin de wet voorziet, (4) eenieder heeft recht op toegang tot zijn persoonsgegevens en (5) op rectificatie ervan, en tenslotte (6) moet er een onafhankelijke toezichthouder zijn die toeziet op de naleving van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens.

Wat het eerste aspect van het persoonsgegevensbeschermingsrecht betreft, waaraan grondrechtelijke bescherming wordt geboden, rijst meteen de vraag welke bepalingen van het persoonsgegevensbeschermingsrecht moeten zijn geschonden om de verwerking als “oneerlijk” te beschouwen in de zin van artikel 8 van het Handvest. In de afdeling 2 onderafdeling 2 hierboven werd toegelicht dat dit beginsel van de “eerlijke” verwerking een verwijzing vormt naar het basisprincipe dat de verwerking van persoonsgegevens op een transparante wijze moet gebeuren en dat dit transparantiebeginsel in de Richtlijn 95/46 en de Verordening 2016/679 wordt geconcretiseerd in een reeks informatierechten – en plichten, waaronder het recht op spontane informatieverstrekking door de verwerkingsverantwoordelijke enerzijds en het recht op inzage anderzijds. Het recht op inzage wordt evenwel verderop in artikel 8 van het Handvest uitdrukkelijk genoemd als een aspect van het persoonsgegevensbeschermingsrecht dat grondrechtelijk wordt beschermd. Het is onduidelijk of *elke* schending van de spontane informatieverplichtingen (bijvoorbeeld er werd bepaalde informatie niet verstrekt, maar andere wel) meteen moet worden beschouwd als een schending van het grondrechtelijk beschermd principe dat de verwerking “eerlijk” moet gebeuren¹⁴⁰⁶. Wellicht kan wel worden aangenomen dat er een minimale transparantie moet zijn omtrent de verwerking en dat er bij een gebrek aan deze minimale transparantie, er een schending is van het grondrechtelijk gewaarborgd principe dat persoonsgegevens eerlijk moeten worden verwerkt.

De overige aspecten van het persoonsgegevensbeschermingsrecht waaraan grondrechtelijke bescherming wordt geboden door artikel 8 van het Handvest zijn duidelijker. Een verwerking van persoonsgegevens die vooreerst niet is gebeurd voor welbepaalde doeleinden, vormt

¹⁴⁰⁶ Merk op dat het arrest BARA (HvJ 1 oktober 2015, C-201/14, BARA, randnummer 31-33) waarin wordt gesteld dat het principe van de eerlijke verwerking in wezen inhoudt dat de betrokkene wordt geïnformeerd over (in casu de overdracht van persoonsgegevens), geen uitspraak doet over artikel 8 Handvest, en dus enkel de Richtlijn 95/46 uitlegt

een schending van het grondrecht. De doeleinden moeten dus welbepaald zijn. Dat zij niet uitdrukkelijk omschreven zijn, lijkt geen schending op te leveren van artikel 8 van het Handvest. Het Handvest lijkt ook niet te verlangen dat de doeleinden gerechtvaardigd zijn, al lijkt deze vereiste wel te zijn gesteld in het kader van een ander aspect van het persoonsgegevensrecht dat grondrechtelijk wordt beschermd. Op grond van artikel 8 van het Handvest dient een verwerking van persoonsgegevens zonder toestemming van de betrokkene of zonder een andere *gerechtvaardigde* grondslag waarin de wet voorziet, ook als een schending van het grondrecht te worden beschouwd. In het kader van dit onderzoek zal dit grondrechtelijk beschermd aspect van het persoonsgegevensbeschermingsrecht weinig belang hebben. De verwerking van persoonsgegevens door de fiscale administratie zal weliswaar niet kunnen worden gebaseerd op een toestemming, maar zal in de regel wel een grondslag kennen in de wet, vanuit het administratief legaliteitsbeginsel. Ervan uitgaande dat deze wettelijke grondslag voor het verwerken van persoonsgegevens bovendien steeds het algemeen belang zal beogen, zal deze grondslag doorgaans ook gerechtvaardigd zijn. Tot slot is er ook sprake van de schending van het grondrecht van artikel 8 van het Handvest wanneer het recht op toegang tot de persoonsgegevens niet is gerespecteerd, wanneer het recht op rectificatie niet is gerespecteerd, alsook wanneer er geen toezicht is van een onafhankelijke toezichthouder op de naleving van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens.

Vanuit het oogpunt van de beoordeling van een *verkrijging* van persoonsgegevens zal dus vooral de afwezigheid van elke transparantie en de afwezigheid van een welbepaalde finaliteit van aard kunnen zijn dat de aldus verkregen persoonsgegevens (aangenomen dat deze verkrijging is gebaseerd op een maatregel waarbij het Unierecht ten uitvoer wordt gelegd) van de bewijsvoering in fiscale zaken moeten worden uitgesloten, zodat ook een aanslag die op dergelijke persoonsgegevens is gesteund, als nietig moet worden beschouwd.

479. Een uitbreiding van de mogelijkheid om de uitsluiting van onrechtmatig verworven persoonsgegevens te vragen wegens schending van artikel 8 van het Handvest tot de gevallen waarin persoonsgegevens werden verkregen in het kader van een maatregel waarbij geen uitvoering werd gegeven aan het Unierecht lijkt, hoewel moeilijk verdedigbaar ten aanzien van de rechtsonderhorige op grond van het gelijkheidsbeginsel, praktisch gesproken niet mogelijk. De nationale rechter zal artikel 8 van het Handvest enkel kunnen toetsen in de mate dat een dergelijke maatregel waarbij uitvoering wordt gegeven aan het Unierecht aan de orde is. Bij gebrek aan een analoog grondrecht in de Belgische Grondwet, zal de nationale rechter niet gehouden zijn eerst een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof. Wel kan de nationale rechter een prejudiciële vraag stellen aan het Hof van Justitie over de uitlegging van artikel 8 van het Handvest.

480. In de mate dat de verwerking van de persoonsgegevens als een inmenging in het privéleven kan worden beschouwd, zal de verwerking uiteraard wel moeten voldoen aan de vereisten van artikel 8 lid 2 EVRM en artikel 22 van de Grondwet. De afwezigheid van een gerechtvaardigde wettelijke grondslag (één van de aspecten van het persoonsgegevensrecht dat grondrechtelijk beschermd wordt door artikel 8 van het Handvest) zal in dat kader ook kunnen worden beschouwd als een schending van de legaliteitsvereiste van artikel 8 lid 2 van het EVRM. De afwezigheid van transparantie zal bovendien als een schending van de

voorzienbaarheidsvereiste kunnen worden beschouwd, in de mate dat de wettelijke grondslag voor de gegevensverwerking onvoldoende duidelijkheid biedt over de gegevensverwerking die wordt toegelaten. De afwezigheid van een welbepaald doel voor de verwerking zal ten slotte, wanneer de verwerking van de persoonsgegevens als een inmenging in het privéleven wordt beschouwd, een schending opleveren van de legitimizeitsvereiste van artikel 8 lid 2 van het EVRM. In de mate dus dat de schending van het persoonsgegevensbeschermingsrecht bij de inzameling van informatie door de fiscale administratie kan worden beschouwd als een inmenging in het privéleven en de hierboven vermelde beginselen van het persoonsgegevensbeschermingsrecht werden geschonden, zal dus nagenoeg steeds de uitsluiting van het bewijs kunnen worden gevraagd, ook al werden de persoonsgegevens niet ingezameld in het kader van een maatregel waarbij het Unierecht ten uitvoer werd gelegd.

3. De gevolgen voor de aanslag van de bekomen verwijdering, verbetering en het verbod van aanwending enerzijds en van de bekomen bewijsuitsluiting anderzijds

481. In de mate dat de hierboven vermelde procedure van artikel 14 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens met succes werd gevoerd en de verwijdering, verbetering of het verbod van aanwending van persoonsgegevens werd bekomen, kan deze procedure, rekening houdend met het feit dat deze in kort geding wordt gevoerd, van aard zijn dat zij de aanwending van deze persoonsgegevens in de aanslag *verhindert*¹⁴⁰⁷. De beslissing van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg is bovendien uitvoerbaar bij voorraad (artikel 14 § 2 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). In de mate evenwel dat de persoonsgegevens al zijn verwerkt in een aanslag, lijkt een vordering tot verbetering, verwijdering of verbod van aanwending van persoonsgegevens, weinig zinvol. Een beslissing tot verbetering of verwijdering van persoonsgegevens in handen van de fiscale administratie tast de rechtsgeldigheid van de aanslag die (mede) gebaseerd is op deze persoonsgegevens, niet aan. Ook een verbod van aanwending van persoonsgegevens, biedt weinig soelaas, wanneer de aanwending al heeft plaatsgevonden.

482. Bij de beoordeling van de aanslag zelf (ter gelegenheid van een georganiseerd administratief beroep of ter gelegenheid van een georganiseerd juridictioneel beroep) zal de administratie of een rechter, zoals hierboven werd verdedigd, slechts tot bewijsuitsluiting verplicht kunnen worden in de mate dat de schending van de beginselen van het persoonsgegevensbeschermingsrecht grondrechtelijk beschermd worden. Zoals hierboven aangevoerd beschermt artikel 8 van het Handvest, nog los van de beperkte mogelijkheid dit grondrecht in de context van dit onderzoek in te roepen, slechts bepaalde aspecten van het persoonsgegevensbeschermingsrecht. Het recht op accuraatheid van de gegevens, van proportionaliteit van de verwerking en van beperking van de bewaartermijn van de gegevens, behoren hier bijvoorbeeld niet toe, zodat een schending van de principes van het persoonsgegevensbeschermingsrecht die aanleiding kunnen geven tot een gerechtelijk verbod op aanwending of een verplichting tot verbetering of verwijdering, wellicht niet kan kwalificeren als een schending van artikel 8 van het Handvest. In de mate dat de verwerking van de persoonsgegevens als een inmenging in het privéleven kan worden beschouwd zal

¹⁴⁰⁷ Zie hierover ook: R. SAELENS, "Kan de Wet Verwerking Persoonsgegevens de Antigoonleer buitenspel zetten?" *RW* 2012-13, afl. 31, 1223-1226

daarentegen veel gemakkelijker een aanknopingspunt kunnen worden gevonden in de rechtspraak van het EHRM om de verwerking van onjuiste of onvolledige gegevens, de disproportionele verwerking van gegevens of de verwerking van gegevens waarvan de bewaartermijn is verstreken, als een schending van een grondrecht te laten kwalificeren.

Op grond van artikel 14 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens kan de voorzitter van de rechtbank ook gelasten dat de verwerkingsverantwoordelijke de derden aan wie de hierboven bedoelde persoonsgegevens¹⁴⁰⁸ zijn verstrekt, in kennis worden gesteld van de bevelen verbetering of verwijdering (artikel 14 § 6 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). Op deze wijze kan de voorzitter dus een overheidsinstantie die bijvoorbeeld onjuiste gegevens heeft doorgegeven aan de fiscale administratie, bevelen dat zij de fiscale administratie in kennis stelt van de opgelegde verbetering of verwijdering. Strikt genomen kan een dergelijke kennisgeving uiteraard niet verhinderen dat de fiscale administratie in dit voorbeeld de beslissing neemt om deze gegevens alsnog aan te wenden. De fiscale administratie is in een dergelijke procedure in principe overigens geen partij.

483. Buiten de procedure van artikel 14 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens kan de overheidshandeling waarbij bewijs werd verzameld, ook ter beoordeling worden voorgelegd aan de rechter (in het kader van een pretaxatiegeschil) of aan de administratie (in het kader van een willig of administratief beroep). Indien deze in toepassing van de Antigoonleer, zoals hierboven toegelicht en verdedigd, oordelen dat het bewijs is bekomen in strijd met een beginsel van het persoonsgegevensbeschermingsrecht dat grondrechtelijke bescherming geniet, en dit bewijs daardoor moet worden uitgesloten, dan is er geen wettelijke belemmering voor de fiscale administratie om de aldus bekomen persoonsgegevens te trachten te ontdekken door het stellen van een nieuwe (wettige, of minstens grondrechtsconforme) onderzoeksdaad. De onderzoekstermijnen mogen uiteraard niet verstreken zijn. Zoals hierboven toegelicht lijkt een dergelijke handelwijze wel als strijdig te moeten worden beschouwd met de beginselen van behoorlijk bestuur en meer in het bijzonder het fairplaybeginsel, nu de administratie zonder de schending van het grondrecht (in casu) nooit kennis had kunnen nemen van het persoonsgegeven. Deze werkwijze zal daarom opnieuw aan de fiscale Antigoontoets moeten worden onderworpen.

Ook indien de aanslag al is gevestigd kan de rechter (in het kader van een georganiseerd juridictioneel beroep) of de administratie (in het kader van een georganiseerd administratief beroep) oordelen dat de persoonsgegevens van het bewijs moeten worden uitgesloten indien zij zijn verkregen met schending van de beginselen van het persoonsgegevensbeschermingsrecht die grondrechtelijk beschermd worden. De administratie of de rechter zal de aanslag waarin deze persoonsgegevens zijn aangewend, slechts moeten vernietigen in de mate dat hij na het uitsluiten van deze onrechtmatig verkregen persoonsgegevens, niet langer door bewijsmateriaal is ondersteund. Het probleem dat rechters vaak niet in staat zijn in hun oordeelsvorming dit onrechtmatig

¹⁴⁰⁸ Bedoeld wordt: de onjuiste, onvolledige of niet terzake dienende persoonsgegevens, de persoonsgegevens waarvan de registratie, de mededeling of de bewaring verboden is, de persoonsgegevens tegen de verwerking waarvan de betrokkene zich heeft verzet en de persoonsgegevens die langer worden bewaard dan de toegestane duur.

bekomen bewijs buiten beschouwing te laten, werd hierboven al aangehaald¹⁴⁰⁹. Na de vernietiging van de aanslag door de administratie, kunnen nieuwe onderzoeksdaden worden gesteld, zolang de onderzoekstermijnen niet zijn verstreken, om vervolgens op basis van de aldus bekomen informatie (persoonsgegevens) een nieuwe aanslag te vestigen (artikel 355 W.I.B. 1992). Ook hier rijst het vraagstuk van het fairplaybeginsel. Hetzelfde geldt wanneer de rechter de aanslag bij gebrek aan bewijs vernietigt (hertaxatie kan op basis van artikel 356 W.I.B. 1992)¹⁴¹⁰.

§ 3 Schending van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens door het bestaan van een wettelijke bepaling

484. In deze afdeling wordt nagegaan hoe het persoonsgegevensbeschermingsrecht wordt beschermd wanneer basisprincipes van dit recht worden geschonden door een wettelijke bepaling, zonder dat dit met een concreet overheidshandelen gepaard gaat. Net als bij de bescherming van het recht op privéleven kunnen de wettelijke bepalingen die belastingplichtigen of derden verplicht om informatie te verschaffen aan de fiscale administratie, zonder dat er een concrete onderzoeksdaad wordt gesteld door de administratie, als voorbeeld dienen. De bevindingen die terzake de bescherming van het recht op privéleven werden gedaan, gelden hier eveneens. Een wettelijke bepaling zal nooit door de administratie kunnen worden getoetst. Een wettelijke bepaling zal, zonder concreet overheidshandelen, ook niet door de gewone rechter kunnen worden getoetst. Enkel een vernietigingsberoep voor het Grondwettelijk Hof is mogelijk, onder de termijnen en de voorwaarden uiteengezet onder de onderafdeling over de bescherming van het recht op privéleven. Het Grondwettelijk Hof zal de wettelijke bepaling die in strijd is met de beginselen van het persoonsgegevensbeschermingsrecht vooreerst kunnen toetsen aan deze beginselen van het persoonsgegevensbeschermingsrecht die grondrechtelijk beschermd worden door artikel 22 GW (Artikel 1, 2° Bijz.W.GwH), waarbij het Grondwettelijk Hof de zogenaamde “verzoenende lezing” zal toepassen tussen de grondwettelijke en de analoge verdragsrechtelijke grondrechten (in casu artikel 8 EVRM). Hierboven werd toegelicht welke aspecten van het persoonsgegevensbeschermingsrecht worden gewaarborgd door artikel 8 EVRM. Daarnaast kan het Grondwettelijk Hof de wettelijke bepaling ook toetsen aan artikel 8 van het Handvest, in de mate dat een maatregel moet worden beoordeeld waarbij het Unierecht ten uitvoer wordt gelegd, via de artikelen 10 en 11 van de Grondwet¹⁴¹¹. De gevolgen van de vaststelling dat een wettelijke bepaling in strijd is met een grondrechtelijk gewaarborgd aspect van het persoonsgegevensbeschermingsrecht werden besproken bij de onderafdeling over de bescherming van het recht op privéleven.

¹⁴⁰⁹ Ph. TRAEST, G. VERMEULEN en W. DE BONDT, Scenario's voor een nieuwe Belgische strafprocedure: een praktijkgericht knelpuntenonderzoek, Antwerpen, 2015, 195 met verwijzing naar een onderzoek van A.J. WISTRICH, C. GUTHRIE, en J.J. RACHLINSKI, “Can judges ignore inadmissible information? The difficulty of deliberately disregarding”, *University of Pennsylvania Law Review* 2004-2005, 1251-1345

¹⁴¹⁰ Op grond van artikel 356 W.I.B. 1992 (na vernietiging van de aanslag door de rechter om een andere reden dan de verjaring, kan de administratie gedurende de termijn van 6 maanden vanaf de gerechtelijke beslissing dat de zaak op de rol blijft, een subsidiaire aanslag ter beoordeling aan de rechter voorleggen op grond van alle of een deel van dezelfde belastingelementen als de initiële aanslag) of op basis van de gewonnen aanslagtermijnen indien deze nog niet verstreken zouden zijn.

¹⁴¹¹ H. SEVERIJNS, “Inroepbaarheid van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie”, *Jura Falc.* 2013-14, afl. 4, 1024 ev.; D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector.* Brussel, Politeia 2015, 77; Zie voor voorbeeld recent nog: GwH 11 juni 2015, 84/2015 waarbij een wettelijke bepaling werd getoetst aan artikel 10 en 11 van de Grondwet in samenhang gelezen met artikel 8 van het Handvest

Hoofdstuk 3 Toetsing van de algemene beginselen betreffende het recht op privéleven en het persoonsgegevensbeschermingsrecht bij de inzameling van informatie door de fiscale administratie

Afdeling 1 Toelichting bij de onderzoeksmethodiek en afbakening van het onderzoek

485. In hoofdstuk 2 werd getracht een bruikbaar kader te maken dat toelaat na te gaan wat de draagwijdte is van het recht op privéleven en het recht op de bescherming van de persoonsgegevens, voor wat betreft de inzameling van informatie door de fiscale administratie. In dit hoofdstuk zal dit toetsingskader worden aangewend om een antwoord te bieden op de centrale onderzoeksvraag.

486. In hoofdstuk 1 werd aangegeven dat geen exhaustiviteit wordt beoogd bij het onderzoeken van *alle* vormen van inzameling van informatie door de fiscale administratie. Het in kaart brengen van alle vormen van inzameling van informatie door de fiscale administratie lijkt immers niet nodig om een antwoord te kunnen bieden op de centrale onderzoeksvraag. Het volstaat immers om deze vormen van instroom te bespreken waar belangrijke vraagstukken op het vlak van het recht op privéleven of het recht op de bescherming van de persoonsgegevens, aan kunnen worden gekoppeld. Bovendien roepen een aantal vormen van informatie-inzameling gelijkaardige privacyvraagstukken op, zodat het exhaustief bespreken van alle vormen van informatie-inzameling tot gevolg zou hebben dat gelijkaardige conclusies dienen te worden weergegeven. Zo zal de weergave in extenso van de controle van het toepassingsgebied van het recht op privéleven (wanneer is er een inmenging), en het recht op de bescherming van de persoonsgegevens (wanneer is er sprake van een verwerking van de persoonsgegevens) bij een aantal vormen van inzameling van informatie volstaan, om al een duidelijk beeld te krijgen over de praktische reikwijdte van dit toepassingsgebied bij andere vormen van inzameling van informatie. Concreet wordt de controle van het toepassingsgebied ten gronde weergegeven bij de concrete vormen inzameling van informatie die mogelijk zijn bij de belastingplichtige en wordt de controle van dit toepassingsgebied in de regel niet meer in extenso hernomen bij de studie van de instroom van informatie bij derden en bij andere overheden, tenzij er terzake opmerkelijke afwijkende vaststellingen dienen te worden geformuleerd.

487. In dit hoofdstuk zullen de inzichten over de draagwijdte van het recht op privéleven enerzijds en het recht op de bescherming van de persoonsgegevens anderzijds worden getoetst aan diverse vormen van *inzameling* van informatie door de fiscale administratie. Hierbij zal een indeling worden gehanteerd in functie van de bron van de informatie. In wezen kan de fiscale administratie immers informatie halen bij de belastingplichtige zelf (afdeling 3 van dit hoofdstuk), maar zij kan ook informatie halen bij derden (afdeling 4 van dit hoofdstuk). Onder “*derden*” dient eenieder te worden begrepen die niet kan worden beschouwd als de belastingplichtige op wiens inkomen de belasting wordt gevestigd, met uitzondering van overheden. De informatie die de fiscale administratie haalt bij andere overheden wordt besproken in afdeling 5 van dit hoofdstuk, voor wat betreft de binnenlandse overheden.

488. Voor elk van deze vormen van informatie-inzameling zal worden nagegaan in welke mate er sprake is van een inmenging in het recht op privéleven. Indien dit het geval is, zal de inmenging immers moeten voldoen aan de legaliteitsvereiste en de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 EVRM. Bij de controle van de legaliteitsvereiste zal het nazicht van de voorzienbaarheid van de wettelijke basis, een belangrijke plaats innemen. De legitimizeitsvereiste wordt in het kader van dit onderzoek steeds verondersteld voldaan te zijn. Uit de studie van de rechtspraak van het EHRM is gebleken dat gebreken op het vlak van de voorzienbaarheidsvereiste en de noodzakelijkheidsvereiste kunnen worden gecompenseerd door de zogenaamde procedurele waarborgen tegen misbruik. Ook deze worden telkens onderzocht. Evenwel zijn er door de Belgische Wet verwerking Persoonsgegevens in het algemeen en de wet van 3 augustus 2012 voor wat betreft de verwerkingen van persoonsgegevens door de FOD Financiën in het bijzonder, een aantal specifieke maatregelen opgelegd die als procedurele waarborgen kunnen gelden in het kader van de bescherming van het recht op privéleven, dit voor elke vorm van inzameling van (met name) persoonsgegevens door de FOD Financiën. Het gaat met name over een aantal maatregelen die inzetten op *preventieve rechtsbescherming*. Deze maatregelen worden hierna besproken in afdeling 2 van dit hoofdstuk. Hoewel elk van deze maatregelen op zich genomen een onvoldoende procedurele waarborg tegen misbruik vormen, moeten zij worden beoordeeld samen met eventuele andere maatregelen tegen misbruik die er per vorm van inzameling van informatie bestaan en die telkens in de desbetreffende afdeling worden besproken.

489. Voor elke vorm van informatie-inzameling wordt ook nagegaan in welke mate er persoonsgegevens worden verwerkt in de zin van het persoonsgegevensbeschermingsrecht. Indien dit het geval is, moet worden voldaan aan de inhoudelijke basisbeginselen van het persoonsgegevensbeschermingsrecht, waarvan de legaliteitsvereiste (hier te begrijpen als: is de verwerking toelaatbaar), de finaliteitsvereiste, de proportionaliteitsvereiste en de transparantievereiste de belangrijkste zijn.

Afdeling 2 Algemene procedurele waarborgen tegen misbruik

490. In de afdeling over de rechtsbescherming werd al een overzicht gegeven van de concrete maatregelen van preventieve rechtsbescherming die door zowel door de Richtlijn 95/46 en de Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens als door de Verordening 2016/679 worden opgelegd.

De concrete maatregelen voorgeschreven door de Wet Verwerking Persoonsgegevens dienden in wezen sinds de inwerkingtreding van deze wet door de fiscale administratie te worden genomen. Van bepaalde maatregelen is duidelijk dat dit ook tot op zekere hoogte is gebeurd door de FOD Financiën. Desondanks achtte de wetgever het nodig om in de wet van 3 augustus 2012 betreffende de verwerking van persoonsgegevens door de FOD Financiën een aantal van deze maatregelen te concretiseren, of minstens te formaliseren in de mate dat de maatregelen al in de praktijk werden genomen. De Verordening 2016/679 vereist dat er door de fiscale administratie bijkomende concrete maatregelen zullen moeten worden

genomen¹⁴¹². Deze werden besproken in de afdeling over de rechtsbescherming. Hierna worden enkel de maatregelen besproken die er in het kader van een preventieve rechtsbescherming vandaag bestaan en die kunnen gelden als (een onderdeel van) de vereiste procedurele waarborgen tegen misbruik. Zoals gesteld zal elk van deze maatregelen op zich genomen een onvoldoende procedurele waarborg tegen misbruik vormen, maar moeten zij worden beoordeeld samen met eventuele andere maatregelen tegen misbruik die er per vorm van inzameling van informatie bestaan en die telkens in de desbetreffende afdeling worden besproken.

491. Artikel 17 van de Richtlijn 95/46 en artikel 16 de Wet Verwerking Persoonsgegevens leggen met name aan de verwerkingsverantwoordelijke de verplichting op om de zogenaamde passende technische en organisatorische maatregelen nemen om persoonsgegevens te *beveiligen*. Het gaat met name – wet betreft de Wet Verwerking Persoonsgegevens¹⁴¹³ - over een beveiliging tegen toevallige of ongeoorloofde vernietiging, tegen toevallig verlies, evenals tegen de wijziging van of de toegang tot, maar ook tot *iedere andere* niet toegelaten verwerking van persoonsgegevens. Tot de technische maatregelen worden in hoofdzaak de technologische maatregelen gerekend, die erop gericht zijn om bijvoorbeeld de informaticatoepassingen te beschermen tegen hacking¹⁴¹⁴. Tot de organisatorische maatregelen wordt onder meer de opleiding van het personeel gerekend opdat zij vertrouwd zouden zijn met de beginselen van het persoonsgegevensbeschermingsrecht¹⁴¹⁵. Daarnaast wordt de aanduiding van een aangestelde voor de gegevensverwerking ook vaak genoemd als een geschikte maatregel voor de beveiliging van de persoonsgegevens¹⁴¹⁶, zij het dat deze aanstelling niet verplicht is onder de huidige Wet Verwerking Persoonsgegevens. Concreet legt de Wet Verwerking Persoonsgegevens op dat de verwerkingsverantwoordelijke, wanneer deze een verwerking toevertrouwt aan een verwerker, een verwerker kiest die voldoende waarborgen biedt ten aanzien van de technische en organisatorische beveiligingsmaatregelen. Daarnaast moeten een aantal verbintenissen worden opgenomen in het contract dat met deze verwerker wordt gesloten (artikel 16 § 1 Wet Verwerking Persoonsgegevens). De verwerkingsverantwoordelijke moet er ook nauwlettend over waken dat de verwerkte persoonsgegevens spontaan¹⁴¹⁷ worden bijgewerkt, verbeterd of verwijderd waar nodig (artikel 16 § 2, 1° Wet Verwerking Persoonsgegevens). Hij moet er bovendien voor zorgen dat de personen die onder zijn gezag handelen op de hoogte zijn van de reglementering betreffende het persoonsgegevensbeschermingsrecht (artikel 16 § 2, 3° Wet Verwerking persoonsgegevens). Ten slotte moet de verwerkingsverantwoordelijke ervoor zorgen dat voor de personen die onder zijn gezag handelen, de toegang tot de gegevens en de verwerkingsmogelijkheden, beperkt blijven tot wat die personen nodig hebben voor de

¹⁴¹² De volgende maatregelen kunnen in herinnering worden gebracht: de verplichting tot het uitwerken van een passend gegevensbeschermingsbeleid, het bijhouden van een register van verwerkingsactiviteiten, het uitvoeren van zogenaamde privacy impact assessments (gegevensbeschermingseffectbeoordelingen) voor verwerkingen met een hoog risico (waaronder voor profilering), het aanduiden van de data protection officer (functionaris voor de gegevensbescherming).

¹⁴¹³ Zie over het onderscheid terzake de Wet Verwerking persoonsgegevens en de Richtlijn 95/46 inzake de risico's waartegen de verwerkingsverantwoordelijke beveiligingsmaatregelen moet nemen: D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 249

¹⁴¹⁴ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 250

¹⁴¹⁵ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 251

¹⁴¹⁶ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 248

¹⁴¹⁷ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 256

uitoefening van hun taken of tot wat noodzakelijk is voor de behoeften van de dienst (artikel 16 § 2, 2° Wet Verwerking Persoonsgegevens).

492. Deze laatste verplichting wordt doorgaans gerealiseerd door een systeem van autorisaties in functie van bepaalde toegangsprofielen¹⁴¹⁸. Klaarblijkelijk heeft de FOD Financiën een dergelijk systeem ook in zijn werking geïmplementeerd, en heeft de wetgever het nodig geacht het bestaan van dit systeem te formaliseren door dit ook uitdrukkelijk te regelen in de wet van 3 augustus 2012. Met name bestaat er op grond van artikel 10 van deze wet een systeem van individuele, persoonlijke en niet-overdraagbare toegangsprofielen waardoor de ambtenaren van de FOD Financiën en de personeelsleden van derden die daartoe behoorlijk gemachtigd zijn, slechts toegang hebben tot de dossiers, de gegevens en de elektronische toepassingen voor zover die toegang toereikend, ter zake dienend en niet overmatig is voor het uitvoeren van de taken die hun zijn toegewezen in het kader van de opdrachten van de FOD Financiën (artikel 10 § 1 en § 2 van de wet van 3 augustus 2012). De toegang tot de dossiers, tot de gegevens of tot de elektronische toepassingen is onderworpen aan een controle door een beheerssysteem van de identiteit van de persoon die de toegang vraagt en van de overeenstemming met zijn omschreven profiel (artikel 10 § 3 van de wet van 3 augustus 2012). Elke toegang of toegangspoging tot de dossiers, tot de gegevens of tot de elektronische toepassingen wordt automatisch geregistreerd (artikel 10 § 4 van de wet van 3 augustus 2012). Dit systeem vormt een waarborg tegen het verspreiden van informatie over meer ambtenaren dan nodig en hierdoor onrechtstreeks ook tegen het onrechtmatig lekken van informatie naar personen of instanties buiten de FOD Financiën. In het kader van de bescherming van het privéleven vormt deze maatregel daardoor slechts een waarborg tegen misbruik op een welbepaald vlak van de bescherming van het recht op privéleven.

493. De FOD Financiën beschikte daarnaast eveneens sinds enige tijd over een privacydienst, die de functie waarnam van “aangestelde voor de gegevensbescherming” en daarom moet waken binnen de FOD Financiën over de bescherming van de persoonsgegevens. Ook hier achtte de wetgever het nodig om het bestaan van deze dienst te formaliseren in artikel 8 van de wet van 3 augustus 2012¹⁴¹⁹. Conform deze bepaling werd binnen de FOD Financiën een Dienst voor Informatieveiligheid en Bescherming van de Persoonlijke Levenssfeer opgericht die rechtstreeks onder de bevoegdheid van de voorzitter van het directiecomité van de FOD Financiën wordt geplaatst. Deze dienst wordt onder meer belast met het verzekeren van de toepassing van de regels betreffende de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, van de wet van 3 augustus 2012 en haar uitvoeringsmaatregelen. Deze dienst moet fungeren als raadgever en stimulator en staat in voor de documentatie en interne audit betreffende de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Deze dienst wordt, hoewel onderdeel van de FOD Financiën, verondersteld onafhankelijk te zijn¹⁴²⁰ en kan rechtstreeks klacht indienen bij het sectoraal comité voor de federale overheid wanneer het risico bestaat van het plegen van een inbreuk op een wet of een reglementering waarvan de toepassing behoort tot de opdrachten van de FOD Financiën. Daarnaast werd een dienst opgericht die belast is met de *technische* realisatie van

¹⁴¹⁸ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 256

¹⁴¹⁹ Memorie van Toelichting bij de wet van 3 augustus 2012, *Parl. St. De Kamer*, Doc 53 23438/001, 8

¹⁴²⁰ Memorie van Toelichting bij de wet van 3 augustus 2012, *Parl. St. De Kamer*, Doc 53 23438/001, 8

de uitwisselingen van de persoonsgegevens (artikel 9 van de wet van 3 augustus 2012). Deze dienst waakt ook over de overeenstemming op technisch vlak van deze uitwisseling van de persoonsgegevens met de wet van 3 augustus 2012, en meer algemeen de overeenstemming met de regelgeving, de machtigingen van de bevoegde autoriteiten en de beslissingen van de verwerkingsverantwoordelijke. Deze dienst wordt eveneens rechtstreeks onder de bevoegdheid van de voorzitter van het directiecomité van de FOD Financiën geplaatst.

494. Naast deze maatregelen die door de verwerkingsverantwoordelijke moeten worden genomen in het kader van de preventieve rechtsbescherming en die moeten worden meegenomen in de beoordeling van het voorhanden zijn van procedurele waarborgen in het kader van de bescherming van het recht op privéleven, schrijven de Richtlijn 95/46 en de Wet Verwerking Persoonsgegevens enerzijds en de Verordening 2016/679 anderzijds ook een aantal maatregelen voor gericht op *toezichthoudende overheden*. Deze toezichthoudende overheden (in België: de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de sectorale comités) hebben een belangrijke adviestaak, niet alleen bij de totstandkoming van wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen maar ook voorafgaand aan een verwerking van persoonsgegevens (artikel 28.3 tweede gedachtestreepje van de Richtlijn 95/46, artikel 30 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens en artikel 58.3 van de Verordening 2016/679). Ook deze adviezen of aanbevelingen hebben een preventieve rechtsbeschermende functie en moeten in die zin worden meegenomen in de beoordeling van de procedurele waarborgen tegen misbruik.

Afdeling 3 Informatie bekomen bij de belastingplichtige

Onderafdeling 1 Informatie bekomen op basis van de aangifte van de belastingplichtige

495. Van bij het ontstaan van het huidige systeem van vestiging van de inkomstenbelastingen werd uitgegaan van een uitvoerige meewerkverplichting van de belastingplichtige. De belastingen dienen in essentie te worden gevestigd op het bedrag van de inkomsten dat door de belastingplichtige zelf wordt *aangegeven*. Dit principe blijkt uit artikel 55 alinea 1 van de samengeschakelde wetten van 29 oktober 1919¹⁴²¹ en is sindsdien in wezen ongewijzigd gebleven. De controleur kreeg door de wet van 29 oktober 1919 overigens niet de bevoegdheid deze aangifte te onderzoeken. Wanneer de controleur de aangifte onjuist bevond, diende immers een overleg plaats te vinden tussen controleur en belastingplichtige. Indien geen akkoord tot stand kon komen, dan diende het geschilpunt te worden voorgelegd aan een commissie die in de hoofdplaats van elke controle zetelde (artikel 55 lid 2 van de wet van 29 oktober 1919)¹⁴²². De administratie kreeg door de wet van

¹⁴²¹ Artikel 55 alinea 1 wet van 29 oktober 1919 (*BS* 24-25 november 1919) bepaalde: “*de controleur neemt tot grondslag der belasting het cijfer der aangegeven inkomsten, tenzij hij het onjuist bevindt. In dat laatste geval kan hij het verbeteren, doch in dat geval doet hij, alvorens den aanslag vast te stellen, aan den belanghebbenden kennen welk cijfer hij van plan is in de plaats van het aangegeven cijfer te stellen; tevens vermeldt hij de redenen die, naar zijne meening, deze wijziging wettigen en noodigt hij den belanghebbende uit om, bij voorkomend geval, zijn aanmerkingen mondeling of schriftelijk in te dienen binnen een tijdsverloop van twintig dagen.*”

¹⁴²² De leden van deze commissie dienden in handen van de controleur de eed af te leggen dat zij zich in volle onpartijdigheid van hun opdracht zouden kwijten en de beraadslagingen geheim zouden houden. Deze commissie bracht een advies uit. Indien de controleur het advies van de commissie volgde, kon de belastingplichtige in bezwaar slechts vermindering van de belasting krijgen in het geval hij het bewijs van het

29 oktober 1919 enkel onderzoeksbevoegdheden toegekend in het kader van het onderzoek van het bezwaar (artikel 62, 63 en 64 van de wet van 29 oktober 1919¹⁴²³). De toekenning van onderzoeksbevoegdheden om de aangifte op haar juistheid te controleren, zou pas gebeuren door onder meer de wet tot verzekering van de juiste heffing van belastingen van 1938. Dit deed evenwel geen afbreuk aan het feit dat het uitgangspunt voor de vestiging van de belasting steeds de aangifte bleef, zodat deze tot op vandaag een belangrijke bron van informatie vormt in het kader van de vestiging van de inkomstenbelastingen.

§ 1 Afbakening onderwerp

496. Onder de aangifte van de belastingplichtige in de inkomstenbelasting dient te worden verstaan, de aangifte in de personenbelasting, de vennootschapsbelasting¹⁴²⁴, de rechtspersonenbelasting en de belasting van niet-inwoners¹⁴²⁵ zoals bedoeld in artikel 305 W.I.B. 1992.

Op grond van artikel 306 § 1 lid 1 W.I.B.1992 zijn bepaalde belastingplichtigen vrijgesteld van de aangifteplicht in de personenbelasting¹⁴²⁶. Deze belastingplichtigen zijn op grond van artikel 306 § 1 tweede lid W.I.B. 1992 niettemin gehouden een aangifte te doen wanneer hen dat uitdrukkelijk wordt gevraagd door een daartoe gemachtigde ambtenaar. Deze aangifte wordt begrepen onder de aangifte in de inkomstenbelasting die in het kader van deze onderafdeling wordt onderzocht.

juiste bedrag van zijn belastbare inkomsten zou voorleggen. Indien de controleur het advies van de commissie niet volgde, lag de bewijslast van het juiste bedrag van de belastbare inkomsten bij de belastingplichtige, voor zover het belastbaar inkomen hoger lag dan het cijfer van de commissie.

¹⁴²³ Artikel 62 van de wet van 29 oktober 1919: *“Tot bepaling van de belastbare inkomsten kan een ambtenaar der belastingen van een hogere graad dan dien van controleur, welk ook het bedrag van het geschil zij, alle bewijsmiddelen, door het gemeene recht toegelaten, aanvoeren, met uitzondering van den eed; desnoods kan hij derden hooren en een onderzoek instellen.”*

Artikel 63 wet van 29 oktober 1919: *“Teneinde de behandeling van het verhaal te verzekeren, kan het beheer de stafhouders of voorzitters der beroepskorpsen hooren, die de verscheidene vrije beroepen, ambten of posten vertegenwoordigen. Het kan van de Staat-, provincie- en gemeentebesturen, van de schuldeischers of schuldenaars der belastingplichtigen alle inlichtingen vorderen, waarvan zij kennis hebben en die nuttig kunnen zijn. De Minister van Financiën kan bovendien bevelen dat de boeken der belastingplichtigen, die handelaars zijn, gecontroleerd worden door een ambtenaar die ten minste den graad van controleur heeft”.*

Artikel 64 wet van 29 oktober 1919: *“De belanghebbende belastingplichtigen worden bij aangetekende brief opgeroepen om het getuigenverhoor bij te wonen. De getuigen zijn verplicht te getuigen van al de akten en feiten waarvan zij kennis hebben en waarvan de vaststelling nuttig zijn kan voor de toepassing der fiscale wetten op de feiten, waarover geschil is. Voor hunnen getuigenis doen zij de volgende verklaring: “Ik bevestig, onder de straffen bij de wet voorzien tegen de valsche getuigenis, dat mijn getuigenis oprecht en juist zal zijn.” Het niet verschijnen of weigeren van getuigenis wordt gestraft met eene boete van 100 tot 10.000 frank. De strafbepalingen betreffende de valsche getuigenis en de omkoopung van getuigen in burgerlijke zalen zijn van toepassing op de getuigenissen voorzien bij dit artikel.”*

¹⁴²⁴ Daaronder begrepen ook de aangifte van de bijzondere aanslag van de liquidatiereserve (K.B. van 18 september 2015 tot vaststelling van de modellen van aangifteformulieren voor de bijzondere aanslag zoals bedoeld in artikel 541 W.I.B. 1992, B.S. 25 september 2015)

¹⁴²⁵ Voor de aangifte in de belasting van niet-inwoners bestaat een afzonderlijk formulier voor natuurlijke personen enerzijds en voor vennootschappen en andere rechtspersonen anderzijds.

¹⁴²⁶ Het betreft grosso modo de personen met hele lage of geen belastbare inkomsten, alsook belastingplichtigen waarvan de inkomsten alleen uit vervangingsinkomsten bestaan (zie artikel 178 § 1 en 2 K.B.W.I.B. 1992). De vrijstelling van aangifteplicht gaat verloren in bepaalde gevallen, zoals bijvoorbeeld wanneer de belastingplichtige een buitenlandse rekening heeft of deel 2 van de aangifte moet invullen (artikel 178 § 3 K.B.W.I.B. 1992).

De belastingplichtigen die op grond van artikel 306 § 1 eerste lid W.I.B. 1992 zijn vrijgesteld van de aangifteplicht in de personenbelasting krijgen – in bepaalde gevallen¹⁴²⁷ – overeenkomstig artikel 306 § 2, eerste en tweede lid W.I.B. 1992 een voorstel van vereenvoudigde aangifte toegestuurd¹⁴²⁸. Indien de belastingplichtige niet akkoord gaat met het voorstel van vereenvoudigde aangifte, dient hij iedere onjuistheid of onvolledigheid van het voorstel van vereenvoudigde aangifte aan de administratie mee te delen. Het voorstel van vereenvoudigde aangifte aangevuld met de gegevens die de belastingplichtige heeft ter kennis gebracht, heeft overeenkomstig artikel 306 § 4 W.I.B. 1992 dezelfde waarde als een in de voorgeschreven vormen en termijnen gedane aangifte. Ook het voorstel van vereenvoudigde aangifte aangevuld met de gegevens die de belastingplichtige aan de administratie heeft ter kennis gebracht, wordt begrepen onder de aangifte in de inkomstenbelastingen die in het kader van deze onderafdeling wordt onderzocht.

497. Daarnaast bestaat er in het W.I.B. 1992 een verplichting tot het indienen van een aangifte op grond van artikel 473 W.I.B. 1992¹⁴²⁹ bij de Algemene Administratie van de Patrimoniumdocumentatie betreffende gebeurtenissen die aanleiding kunnen geven tot de vaststelling of wijziging van het kadastraal inkomen. Artikel 474 W.I.B. 1992¹⁴³⁰ schrijft een verplichting tot aangifte voor, wanneer de administratie daarom verzoekt, van de voor het vaststellen van het kadastraal inkomen van het materieel en de outillage noodzakelijke gegevens. Deze aangiftes wordt hierna verder de “kadasteraangiftes” genoemd, om ze te onderscheiden van de hiervoor omschreven aangiftes in de personenbelasting, de vennootschapsbelasting, de rechtspersonenbelasting en de belasting van niet-inwoners, die hierna “de (gewone) aangiftes” worden genoemd.

498. Recent werden aanvullende rapporteringsverplichtingen ingevoerd betreffende verrekenprijzen (artikel 53 van de programmawet van 1 juli 2016 die artikel 321/1 tot en met 321/7 toevoegden aan het W.I.B. 1992). Deze rapporteringsverplichtingen worden opgelegd aan ondernemingen. Natuurlijke personen worden uitgesloten (artikel 321/1, 2° juncto 338 § 2, 13° b, c en d W.I.B. 1992). Ook deze rapporteringsverplichtingen worden onderzocht.

¹⁴²⁷ In bepaalde gevallen dient ook geen voorstel van vereenvoudigde aangifte te worden toegestuurd (zie artikel 178/1 K.B.W.I.B. 1992), bijvoorbeeld wanneer de belastbare inkomsten niet hoger zijn dan de belastingvrije som.

¹⁴²⁸ In deze aangifte worden de fiscale gegevens opgenomen die reeds bekend zijn bij de administratie. In 2014 werden 2.000.000 voorstellen van vereenvoudigde aangiftes toegestuurd, wat aantoonde dat de fiscale administratie reeds over een grote hoeveelheid gegevens beschikt zonder dat hiervoor beroep moet worden gedaan op de belastingplichtige zelf via de aangifte (Jaarverslag 2014 van de FOD Financiën)(zie hierover de afdelingen over de informatieinzameling bij andere overheden en bij derden). Hetzelfde geldt voor de aangiftes die via het tax-on-web platform worden ingediend en waarin reeds een aantal codes worden voorgevuld met informatie waarover de fiscale administratie reeds beschikt zonder de medewerking van de belastingplichtige via de aangifte.

¹⁴²⁹ Artikel 473 W.I.B. 1992: “De eigenaar, bezitter, erfpachter, opstalhouder of vruchtgebruiker van het goed, in deze titel belastingplichtige genoemd, is ertoe gehouden, uit eigen beweging, bij de Algemene Administratie van de Patrimoniumdocumentatie aan te geven: (1) de ingebruikneming of de verhuring, indien deze de ingebruikneming voorafgaat, van de nieuw opgerichte of herbouwde onroerende goederen; (2) de voltooiing van de werken aan de gewijzigde gebouwde onroerende goederen; (3) de verandering in de wijze van exploitatie, de omvorming of de verbetering van ongebouwde onroerende goederen; (4) de ingebruikstelling van nieuw of toegevoegd materieel of outillage, alsook de wijziging of de definitieve buitengebruikstelling van materieel of outillage. De aangifte moet ingediend worden binnen dertig dagen volgend op de gebeurtenis.”

¹⁴³⁰ Artikel 474 W.I.B. 1992: “Op verzoek van de Algemene Administratie van de Patrimoniumdocumentatie is de belastingplichtige er bovendien toe gehouden een aangifte over te leggen van de voor het vaststellen van het kadastraal inkomen van het materieel en de outillage noodzakelijke gegevens. Deze aangifte, in te dienen op een formulier dat door voormelde administratie aan de betrokken belastingplichtige wordt toegezonden, dient, behoorlijk aangevuld en ondertekend, binnen de erop aangeduide termijn toe te komen bij de ambtenaar of bij de dienst waarvan het formulier uitgaat”

499. De aangifte betreffende roerende voorheffing en bedrijfsvoorheffing (artikel 312 W.I.B. 1992) wordt hier niet onderzocht vermits de aangevers doorgaans niet de belastingplichtigen zijn. Deze aangiftes worden onderzocht in afdeling 4 van dit hoofdstuk over de informatie afkomstig van derden. Hetzelfde geldt voor de bijzondere melding van buitenlandse rekeningen bij het zogenaamde centraal aanspreekpunt. Ook hier is er immers geen inzameling van informatie bij de belastingplichtige zelf. De fiscale administratie kan de informatie ter beschikking bij het centraal aanspreekpunt wel raadplegen in bepaalde gevallen. Daarom wordt het centraal aanspreekpunt eveneens besproken bij afdeling 4 over de inzameling van informatie bij derden.

§ 2 De aangifte als inmenging in het privéleven

500. In afdeling 2 van hoofdstuk 2 over de draagwijdte van het recht op privéleven is de stelling ontwikkeld dat wat betreft informatie over een natuurlijke persoon, er voorbehoudsloze rechtsbescherming is voor informatie die tot het private leven in de enge zin van het woord moet worden gerekend. Voor wat betreft informatie over een rechtspersoon bestaat er slechts in welbepaalde gevallen een recht op bescherming. In die context is het zinvol om hierna een onderscheid te maken tussen ten eerste, de aangifte in de personenbelasting en de belasting van niet-inwoners voor natuurlijke personen (deze aangiftes worden hierna “de aangiftes voor natuurlijke personen” genoemd) en ten tweede, de aangifte in de rechtspersonenbelasting, de vennootschapsbelasting, de belasting van niet-inwoners voor rechtspersonen en de rapporteringsverplichtingen betreffende verrekenprijzen (deze aangiftes worden hierna “de aangiftes voor rechtspersonen” genoemd). De kadastraangiftes, in te dienen door zowel natuurlijke personen als rechtspersonen, worden afzonderlijk besproken.

I. De aangifte voor natuurlijke personen

501. Voor deze aangifte rijst in essentie de vraag in welke mate in deze aangifte informatie wordt opgevraagd die op grond van de rechtspraak van het EHRM kan worden gerekend tot de informatie over het private leven in de enge zin van het woord (“information relating to a person’s private life”). In de mate dat dit het geval is, zal de aangifte *altijd* als een inmenging in het privéleven worden beschouwd.

Immers, de verplichting tot het verstrekken van deze informatie vormt een inmenging in het privéleven¹⁴³¹ en er kan niet aan worden getwijfeld dat het verstrekken van informatie als gevolg van de aangifte onder dwang gebeurt (artikel 305 eerste lid W.I.B. 1992)¹⁴³². Het niet meedelen van de informatie die wordt gevraagd in het aangifteformulier of in de bijlagen waarnaar wordt verwezen in het aangifteformulier¹⁴³³, kan - in de regel¹⁴³⁴ - worden

¹⁴³¹ ECRM 7 december 1982, HARDY-SPIRLET/België; EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen

¹⁴³² De belastingplichtige moet de aangifte insturen, ook al werd hem geen aangifteformulier toegestuurd: Cass. 28 juni 1996, *FJF* 1996, 424. In deze zaak werd geoordeeld dat de fiscale administratie beroep mag doen op de verlenging van de aanslagtermijn van artikel 354 W.I.B. 1992 wanneer de belastingplichtige deel 2 van de aangifte niet heeft ingezonden en wanneer “een afdoend bewijs ontbreekt dat hij de bevoegde dienst overeenkomstig artikel 215, § 3, om toezending van dat tweede deel heeft verzocht.”

¹⁴³³ De bijlagen waarnaar wordt gevraagd in het aangifteformulier dienen immers als een integrerend deel van de aangifte te worden beschouwd, zodat het niet meedelen van de informatie in deze bijlagen op dezelfde

gesanctioneerd met het vestigen van een aanslag van ambtswege (artikel 351 W.I.B. 1992)¹⁴³⁵, met het verlengen van de aanslagtermijnen (artikel 354 lid 1 en 3 van W.I.B. 1992 en artikel 358 W.I.B. 1992) alsook met administratieve sancties (artikel 444 W.I.B. 1992 (belastingverhoging)¹⁴³⁶ en artikel 445 W.I.B. 1992 (administratieve geldboetes)) en eventueel zelfs strafsancties in de mate dat bedrieglijk opzet is aangetoond (artikel 449 W.I.B. 1992). Het niet-meedelen van de informatie die wordt opgevraagd in bepaalde bijlagen die bij de aangifte moeten worden gevoegd om een bepaalde fiscale regeling te genieten (bijvoorbeeld de opgave “328 K” om te kunnen genieten van het stelsel van de degressieve afschrijvingen (artikel 41 K.B.W.I.B. 1992)), terwijl het indienen van deze bijlagen niet verplicht is (wat het geval is voor de aangiftes voor natuurlijke personen)¹⁴³⁷, wordt enkel gesanctioneerd met het niet-verlenen van de gewenste fiscale regeling¹⁴³⁸. Dit maakt de mededeling van de informatie in deze bijlagen niet minder gedwongen. Enkel het louter vrijwillig verstrekken van informatie, door bijvoorbeeld het toevoegen van een bijlage met toelichting over de wijze waarop één of meer codes in de aangifte werden ingevuld, kan in deze context dus nooit als een inmenging in het privéleven worden beschouwd, ook al kan deze vrijwillig toegevoegde bijlage aan de aangifte potentieel ook heel wat informatie bevatten over het private leven. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een detail over de in aftrek gebrachte werkelijke beroepskosten, wanneer daartoe een aantal uitgaven behoren met een gemengd karakter (privaat/professioneel), zoals uitgaven met betrekking tot de auto, de woning en dergelijke meer.

wijze kan worden gesanctioneerd als het niet meedelen van de informatie in de aangifte zelf (artikel 307 § 3 eerste lid W.I.B. 1992).

¹⁴³⁴ Uitzondering: het niet vermelden van het woord “nihil” bij de code over de aangifte van de buitenlandse rekening kan niet gesanctioneerd worden, omdat de Koning niet bevoegd was om deze negatieve vermelding te vereisen van de aangifteplichtige (Cass. 8 mei 2009, *RABG* 2009, afl. 18, 1294, noot C. HENDRICKX)

¹⁴³⁵ Het vestigen van een aanslag van ambtswege dient als een sanctie te worden beschouwd vermits het bij het vestigen van een aanslag van ambtswege aan de belastingplichtige behoort het bewijs te leveren van het juiste bedrag van de belastbare inkomsten en van de andere te zijnen name in aanmerking komende gegevens (artikel 352 W.I.B. 1992). De bewijslast wordt dus omgekeerd voor wat betreft de positieve bestanddelen van het belastbaar inkomen, waardoor de belastingplichtige zich in een nadeligere rechtspositie bevindt dan wanneer een aanslag op basis van de aangifte wordt gevestigd. Bovendien kan, ingeval van bezwaar, van een aanvraag tot ontheffing van ambtswege of van een vordering in rechte, de betwiste aanslag in principe niet met middelen van tenuitvoerlegging worden ingevorderd, tenzij wanneer de betwiste aanslag van ambtswege werd gevestigd wegens niet-aangifte. In dat geval kan de aanslag wel met alle middelen van tenuitvoerlegging worden ingevorderd voor zover deze aanslag niet meer bedraagt dan de laatste aanslag welke, voor een vorig aanslagjaar, definitief gevestigd werd ten laste van de belastingschuldige (artikel 410 W.I.B. 1992). Ook dit maakte de rechtspositie van de belastingplichtige nadeliger, waardoor de aanslag van ambtswege als sanctie dient te worden beschouwd.

¹⁴³⁶ Zij het dat deze sanctie niet kan worden opgelegd wanneer de niet verstrekte informatie geen inkomen betreft.

¹⁴³⁷ In de aangiftes voor natuurlijke personen wordt er in het aangifteformulier niet naar bijlagen gevraagd, zodat een dergelijke aangifte zonder bijlagen een rechtsgeldige aangifte is (*Vr. en Antw.*, Senaat, 2004-2005, nr. 3-44, blz. 3539-3540 (Parl. Vr. nr. 3-2641 van de heer Brotcorne van 6 mei 2005): “*Wat de aangifte in de personenbelasting betreft, vormt geen enkele bijlage een integrerend deel van de aangifte zodat een aangifte - zowel een elektronische als een papieren - waarbij geen bijlagen zijn gevoegd, ten opzichte van dit aspect, een geldige aangifte is.*” Zie ook C. BUYSSSE, “Babylonische spraakverwarring rond bijlagen bij aangifte PB” , *Fiscoloog* 2009, afl. 1160, 8)

¹⁴³⁸ Naast het voorbeeld van de opgave 328 K inzake het stelsel van degressieve afschrijvingen, kan nog worden gedacht aan de vrijstelling van winsten ten gevolge van minderwaarden opgetekend ter gelegenheid van bijvoorbeeld een gehomologeerd reorganisatieplan (artikel 27/1 § 3 van het K.B.W.I.B. 1992). Er is een verplichting tot toevoeging van bepaalde documenten aan de aangifte, waaronder onder meer het afschrift van het in het Belgisch Staatsblad bekend gemaakte vonnis dat in uitvoering van de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen, o.m. het reorganisatieplan homologeert. Nog andere voorbeelden zijn het formulier 204.3 inzake de waardeverminderingen voor waarschijnlijke verliezen en van de voorzieningen voor risico’s en kosten (artikel 22 § 1, 4° K.B.W.I.B. 1992), zij het dat wordt aanvaard dat dit document ook later wordt toegevoegd (Ci.RH.241/305.445 van 8 maart 1979), het formulier 276 K inzake de toepassing van de gespreide belasting van meerwaarden (artikel 47 § 5 W.I.B. 1992) en het formulier 275 U en 276 U inzake de investeringsaftrek (Art. 47 K.B.W.I.B. 1992)

Het feit dat in de aangifte bepaalde informatie wordt opgevraagd die tot het privéleven in de enge zin van het woord moet worden gerekend, volstaat om de *volledige* aangifte als een inmenging in het privéleven te beschouwen. In de rechtspraak van het EHRM wordt een maatregel immers steeds in zijn totaliteit beoordeeld¹⁴³⁹.

502. In de aangiftes voor natuurlijke personen wordt evenwel heel wat informatie opgevraagd die tot het private leven in de enge zin van het woord moet worden gerekend.

De meest essentiële informatie die in de aangiftes voor natuurlijke personen moet worden meegedeeld is uiteraard het (belastbaar) *inkomen*. Naast het inkomen, dient in de aangifte in de personenbelasting ook informatie over het *vermogen* te worden verstrekt¹⁴⁴⁰. Zo dient informatie te worden verstrekt over het bezit van een buitenlandse bankrekening, een buitenlandse levensverzekering alsook het al dan niet oprichter, begunstigde of potentieel begunstigde zijn van een “juridische constructie”¹⁴⁴¹. Het inkomen en het vermogen van natuurlijke personen dienen duidelijk tot de informatie over het private leven in de enge zin van het woord te worden gerekend¹⁴⁴². Doorgaans wordt zelfs aangenomen dat het gaat over informatie met een hoge gevoeligheidsgraad¹⁴⁴³.

Naast deze informatie, dient nog andere informatie in de aangifte voor natuurlijke personen te worden prijsgegeven, die moet worden gerekend tot de informatie over het private leven in de enge zin van het woord. Dit is bijvoorbeeld het geval met het al dan niet feitelijk gescheiden zijn, wat een gegeven is dat niet steeds publieke bekendheid geniet. Hetzelfde kan worden gezegd van de informatie over de kinderen ten laste, voor wie het belastingvoordeel al dan niet moet worden gedeeld met de andere ouder of het ontvangen of betalen van onderhoudsuitkeringen. Daarnaast dient ook medische informatie te worden meegedeeld, die steeds wordt beschermd onder artikel 8 EVRM¹⁴⁴⁴. Met name dient het al dan niet hebben van een zware handicap te worden vermeld, zowel van de aangever zelf, als van de kinderen ten laste, of van andere personen ten laste. Tot slot worden aan een hele reeks private uitgaven, belastingvoordelen toegekend, zodat de informatie over deze private uitgaven ook in de aangifte moet worden opgenomen. Informatie over private uitgaven zal ook steeds tot de informatie over het private leven in de enge zin van het woord moeten worden gerekend¹⁴⁴⁵. Het gaat over onder meer het betaalde bedrag aan onderhoudsuitkeringen, het betaalde bedrag aan interesten en kapitaalaflossingen van leningen en schulden, alsook andere uitgaven die recht geven op belastingvermindering,

¹⁴³⁹ Zie bijvoorbeeld EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen waar de vaststelling dat tot de door de fiscale administratie meegenomen informatie ook private informatie behoorde van de werknemers van de vennootschap, volstond om te oordelen dat de volledige maatregel diende te worden beschouwd als een inmenging in het privéleven; zie ook EHRM 16 juni 2015, OTHYMIA/Nederland; EHRM 16 oktober 2007, WIESER AND BICOS BETEILIGUNGEN/Oostenrijk; EHRM 3 juli 2012, ROBATHIN/Oostenrijk

¹⁴⁴⁰ In de aangifte van niet-inwoners (natuurlijk personen) wordt deze informatie die betrekking heeft op het vermogen van de belastingplichtige niet opgevraagd

¹⁴⁴¹ vak XIV van de aangifte in de personenbelasting

¹⁴⁴² ECRM 6 oktober 1982, X/VK; ECRM 29 juni 1992, ANDERBERG/Zweden; zie ook GwH 18 april 2013, 54/2013, overweging B.5. (inzake het roerend inkomen)

¹⁴⁴³ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 36

¹⁴⁴⁴ EHRM 25 februari 1997, Z./Finland; EHRM 29 juni 2006, PANTELEYENKO/Oekraïne (§56-58); EHRM 17 juli 2008, I./Finland (§ 35); EHRM 2 oktober 2012, MITKUS/Litouwen (§124)

¹⁴⁴⁵ ECRM 7 december 1982 HARDY-SPIRLET/België

zoals de uitgaven voor het beveiligen van de woning tegen brand of inbraak, uitgaven voor energiebesparende maatregelen of uitgaven voor dienstencheques.

503. Hoewel de vaststelling dat in de aangifte voor natuurlijke personen heel wat informatie wordt opgevraagd die wordt beschermd onder artikel 8 EVRM, op zich volstaat om deze aangifte als een inmenging in het privéleven te beschouwen, past het hier op te merken dat er ook een reeks contextuele elementen zijn verbonden aan de aangifte voor natuurlijke personen die ertoe bijdragen dat zelfs het opvragen van de informatie waarvan kan worden betwijfeld of dit ze tot het private leven kan worden gerekend (zoals identiteitsinformatie, het gehuwd zijn, het hebben van kinderen, het beroep, of het al dan niet overleden zijn), toch een inmenging vormt in het privéleven. Het EHRM heeft immers, onder invloed van de Conventie nr. 108, diverse malen aangenomen dat niet zozeer het private karakter van de ingezamelde informatie van belang is, maar ook en vooral de wijze waarop de informatie over een natuurlijke persoon wordt ingezameld en verwerkt, net als het verder gebruik dat daarvan wordt gemaakt¹⁴⁴⁶. Wat dat laatste punt betreft, moet worden vastgesteld dat de via de aangifte ingezamelde informatie systematisch wordt doorgegeven aan tal van andere overheidsdiensten. Terzake kan worden verwezen naar de machtigingen van het sectoraal comité voor de federale overheid. In de periode 1 oktober 2015 tot 1 oktober 2016 werden 18 machtigingen afgeleverd (op een totaal van 40 machtigingen) voor het geautomatiseerd verstrekken van persoonsgegevens door de FOD Financiën aan andere overheidsdiensten¹⁴⁴⁷. Een groot deel van de aldus verstrekte informatie zal door de FOD Financiën eenvoudigweg uit de aangifte kunnen worden gehaald (zoals bijvoorbeeld het inkomen, het aantal personen ten laste, ...). Hierbij dient er rekening te worden gehouden met het feit dat de inzameling van de informatie via de aangiftes voor natuurlijke personen volledig elektronisch gebeurt wat het doorgeven van deze informatie op systematische en gestructureerde wijze vergemakkelijkt. De aangiftes gebeuren immers via tax-on-web en zo een papieren aangifte wordt ingediend, wordt deze ingescand¹⁴⁴⁸. Daarnaast blijkt uit de beraadslaging FO nr. 08/2015 van het sectoraal comité voor de federale overheid van 19 maart 2015 dat de gegevens van de aangiftes van natuurlijke personen worden toegevoegd aan het datawarehouse van de FOD Financiën voor het geautomatiseerd aanmaken van risicoprofielen die moeten dienen voor het voorbereiden van controles. Het privacyinvasief gebruik dat wordt gemaakt van de informatie die via de aangifte wordt ingezameld, leidt tot de vaststelling dat de hier onderzochte aangifte, zelfs

¹⁴⁴⁶ EHRM 4 december 2008, S. AND MARPER/VK; EHRM 2 augustus 1984, MALONE/VK; EHRM 29 juni 2006, WEBER en SARAVIA; HvJ 20 mei 2003 C-465/00, C-138/01 en C-139/01, OSTERREICHISCHER RUNDFUNK (specifiek over het doorgeven van het inkomen)

¹⁴⁴⁷ Voorbeelden: Machtiging 33/2016 van de Directie Huisvesting van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest om elektronisch persoonsgegevens te ontvangen van de Algemene Administratie van de Patrimoniumdocumentatie van de FOD Financiën om de eigenaars van de leegstaande woningen te identificeren en te bestraffen; Machtiging 32/2016 aan de POD Maatschappelijke Integratie en aan de OCMW's om elektronisch mededeling te krijgen van de FOD Financiën van het aantal personen die fiscaal ten laste is van iemand die onderhoudsgeld verschuldigd is aan een persoon die steun vraagt van het OCMW; Machtiging 26/2016 van de UHasselt om toegang te krijgen tot gegevens met betrekking tot huisverkooptransacties bewaard door de Algemene Administratie van de Patrimoniumdocumentatie; Machtiging 24/2016 in het kader van de administratieve samenwerking op grond van de Richtlijn 2011/16/EU; ...

¹⁴⁴⁸ Zie voor wat betreft het inscannen van de papieren aangifte: www.belgium.be/nl/belastingen/inkomstenbelastingen/particulieren_en_zelfstandigen/aangifte/op_papier (geconsulteerd op 14 oktober 2015): "Als u ervoor kiest om uw aangifte op papier te doen, (...) De bedragen die u op de echte aangifte overschrijft moeten leesbaar zijn want ze worden gescand met een optische lezer. Om geldig te zijn, moet de originele aangifte ondertekend zijn en overgemaakt worden aan het scanningcentrum, waarvan het adres op het aangifteformulier is voorgedrukt".

wanneer zij per hypothese enkel zou bestaan uit het opvragen van informatie die niet raakt aan het private leven in de enge zin van het woord, als een inmenging in het privéleven moet worden beschouwd.

504. Volledigheidshalve moet worden opgemerkt dat de aangifte voor natuurlijke personen ook een inmenging kan vormen in het privéleven van een andere persoon dan de aangever. Dit is het geval in de mate dat de aangifte ook informatie prijsgeeft over het private leven van andere natuurlijke personen, zoals werknemers, of ex-echtgenoten. Zelfs het inzamelen van informatie over deze derden, waarvan kan worden betwijfeld of het kan worden gerekend tot de informatie over het private leven, kan in voorkomend geval een inmenging vormen in het privéleven van deze natuurlijke persoon omwille van het veelvuldig verder gebruik dat van deze informatie wordt gemaakt in het kader van andere overheidsdiensten en in het kader van profilering.

II. De aangifte voor rechtspersonen

505. Ook het vrijgeven van informatie in de aangifte voor rechtspersonen gebeurt onder dwang¹⁴⁴⁹. De informatie is evenwel, in tegenstelling tot wat het geval is voor de aangifte voor natuurlijke personen, in de regel geen informatie die wordt beschermd onder artikel 8 EVRM.

506. Informatie over rechtspersonen wordt onder artikel 8 EVRM slechts beschermd indien het kan worden gerekend tot de confidentiële commerciële informatie van de rechtspersoon¹⁴⁵⁰. Hoewel het onduidelijk is wat allemaal tot deze confidentiële commerciële informatie moet worden gerekend, lijkt wel te kunnen worden gesteld dat de informatie minstens wel geheim moet zijn. Dit impliceert dat informatie die publiek toegankelijk is omdat de wet verplicht ze kenbaar te maken aan het publiek, zoals de informatie in de jaarrekening, nooit tot het zakengeheim kan worden gerekend¹⁴⁵¹. Vermits de aangifte van rechtspersonen in grote mate gebaseerd is op deze publiek toegankelijke jaarrekening, zal de informatie in de aangifte van rechtspersonen doorgaans niet kwalificeren als informatie die moet worden gerekend tot het zakengeheim.

Een uitzondering lijkt wel te moeten worden gemaakt voor informatie die moet worden verstrekt in het kader van de *rapporteringsverplichtingen inzake verrekenprijzen* (artikelen 321/1 tot en met 321/7 W.I.B. 1992). De informatie die dient te worden overgemaakt aan de fiscale administratie kan niet of minstens niet zonder meer uit publieke jaarrekeningen of andere publieke informatie worden afgeleid. Zo dient in het kader van het landenrapport, dat bij de Belgische fiscale administratie moet worden ingediend wanneer – in de regel – de

¹⁴⁴⁹ Het niet of onvolledig indienen van de aangifte wordt op dezelfde wijze gesanctioneerd als de aangifte voor natuurlijke personen. Deze sancties gelden ook voor het niet meedelen van de informatie gevraagd in de aangifte en in de bijlagen waarnaar in de aangifte wordt gevraagd. Het niet-indienen van één of meer van dergelijke documenten tast immers op grond van artikel 307 § 3 W.I.B. 1992 de geldigheid van de volledige aangifte aan. Het niet voldoen aan de aanvullende rapporteringsverplichtingen van artikel 321/1 tot en met 321/6 W.I.B. 1992 kan enkel gesanctioneerd worden met een administratieve boete, vermeld in artikel 445 § 3 W.I.B. 1992.

¹⁴⁵⁰ EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen (§129); zie ook in Belgische context: GwH 19 september 2007, nr. 118/2007; zie ook HvJ 14 februari 2008, C-450/06, VAREC, overweging 48

¹⁴⁵¹ D. D'HOOGHE, N. KIEKENS, "Bescherming van vertrouwelijke bedrijfsinformatie in het bestuursrecht" in B. ALLEMEERSCH, K. ANDRIES, G.L. BALLON, K. DE SCHEPPER, D. D'HOOGHE, N. KIEKENS, F. VERBRUGGEN, *Zakengeheim*, Brugge, Die Keure, 2012, 192

Belgische groepsentiteit de moederentiteit is van de multinationale groep (artikel 321/2 W.I.B. 1992) informatie wordt meegedeeld *per rechtsgebied* waar de multinationale groep actief is (artikel 321/1, 15°, a W.I.B. 1992), waaronder niet alleen het bedrag van opbrengsten en winst of verlies voor inkomstenbelastingen, maar ook het aantal personeelsleden uitgedrukt in voltijdse equivalenten, en – in de regel – alle activa. Het bedrag van de opbrengsten moet daarbij bijvoorbeeld worden opgesplitst in de opbrengsten ten gevolge van transacties met verbonden ondernemingen en transacties met niet-verbonden ondernemingen¹⁴⁵². Deze informatie wordt bovendien elektronisch ingezameld en automatisch doorgestuurd naar de andere rechtsgebieden waar de multinational actief is¹⁴⁵³. In het kader van het groepsdossier, dat door bepaalde Belgische groepsentiteiten moet worden ingediend, moet een overzicht worden gegeven van de multinationale groep, inclusief de aard van de bedrijfsactiviteiten, de immateriële vaste activa, de intragroep financiële verrichtingen en de geconsolideerde financiële en fiscale positie van de multinationale groep, haar algehele verrekenrijspolitiiek en de wereldwijde allocatie van haar inkomsten en economische activiteiten (artikel 321/4 W.I.B. 1992). Uit de toelichting bij het modelformulier dat terzake werd opgesteld door de OESO blijkt dat in dat kader onder meer de distributieketen moet worden meegedeeld voor de 5 belangrijkste producten of diensten van de groep en de belangrijkste geografische afzetmarkten voor deze producten of diensten, een omschrijving van de wijze waarop de groep is gefinancierd, een overzicht van reorganisaties en overnames, een overzicht van de rulings die zijn afgeleverd in verband met de toewijzing van inkomsten tussen landen, ...¹⁴⁵⁴. Ten slotte dienen bepaalde Belgische groepsentiteiten een lokaal dossier toe te voegen aan de aangifte, dat bestaat uit een gedetailleerd inlichtingenformulier aangaande de verrekenrijsanalyse van de verrichtingen tussen de lokale entiteit en de buitenlandse entiteiten van de multinationale groep, in het bijzonder de relevante financiële informatie van deze verrichtingen, de vergelijkbaarheidsstudie en de selectie en de toepassing van de meest aangewezen verrekenrijsmethodes (artikel 321/5 W.I.B. 1992). Uit de toelichting bij het modelformulier dat terzake werd opgesteld door de OESO blijkt dat in dat kader een beschrijving moet worden gegeven van de managementstructuur van de Belgische entiteit, alsook een beschrijving van de individuen aan wie het Belgische management moet rapporteren en de landen waarin deze individuen kantoor houden, een overzicht van de belangrijkste concurrenten, ...¹⁴⁵⁵. Veel van de hierbovengenoemde bedrijfsinformatie zal een onderneming doorgaans als confidencieel beschouwen. Zo dit niet het geval is voor welbepaalde informatie afzonderlijk, zal dit minstens wel het geval zijn voor de op de hierboven vermelde wijze samengebrachte informatie. Door het samenbrengen van deze

¹⁴⁵² Zie toelichting bij het modelformulier voor het landenrapport: OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Transfer Pricing documentation and Country by Country reporting. Action 13: final report, OECD Publishing, 2015, 33; zie K.B. van 28 oktober 2016 tot vastlegging van het model van formulier als bedoeld in artikel 231/2, paragraaf 5 W.I.B. 1992, BS 2 december 2016

¹⁴⁵³ Memorie van toelichting bij de wet van 1 juli 2016, *Parl. St.* De Kamer, doc 54, 1875/001, 40 en 48. Hierin wordt toegelicht dat de uitwisseling van dit landenrapport gebeurt hetzij op grond van het Multilateraal OESO-verdrag van 1988, hetzij op grond van een dubbelbelastingverdrag, hetzij op grond van een TIEA

¹⁴⁵⁴ Zie toelichting bij het modelformulier voor het landenrapport: OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Transfer Pricing documentation and Country by Country reporting. Action 13: final report, OECD Publishing, 2015, 25-26; zie ook K.B. van 28 oktober 2016 tot vastlegging van het model van formulier als bedoeld in artikel 231/4, paragraaf 4 W.I.B. 1992, BS 2 december 2016

¹⁴⁵⁵ Zie toelichting bij het modelformulier voor het landenrapport: OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Transfer Pricing documentation and Country by Country reporting. Action 13: final report, OECD Publishing, 2015, 27-28; zie ook K.B. van 28 oktober 2016 tot vastlegging van het model van formulier als bedoeld in artikel 231/5, paragraaf 4 W.I.B. 1992, BS 2 december 2016

informatie wordt immers een duidelijk beeld gegeven over heel veel aspecten van de organisatie en werking van een onderneming, die anders niet of minstens zeer fragmentair beschikbaar zijn. Rekening houdend met de omschrijving van het begrip zakengeheim die in de onderafdeling over de draagwijdte van het recht op privéleven werd gegeven, moet worden gesteld dat deze informatie, aldus samengebracht, niet alleen door het bedrijf als confidentieel zal worden beschouwd, maar ook een zekere waarde heeft voor derden en bovendien het bedrijf kan schaden wanneer deze informatie in haar totaliteit zou worden bekend gemaakt aan derden, waaronder concurrenten. Hierbij moet ook rekening worden gehouden met het feit dat deze informatie in standaardformulieren wordt ingezameld waardoor de onderlinge vergelijkbaarheid van ondernemingen en dus het privacyinvasief karakter van de inzameling verhoogt. De OESO gaat er ook zelf van uit dat de te verstrekken informatie confidenciële informatie kan bevatten¹⁴⁵⁶. Het verplicht moeten verstrekken van al deze informatie bedoeld in de artikelen 321/1 tot en met 321/7 W.I.B. 1992 vormt aldus inmenging in de zin van artikel 8 EVRM.

507. Daarnaast wordt door het Hof van Justitie een uitzondering gemaakt voor informatie over rechtspersonen zover uit de officiële naam van de rechtspersoon de identiteit van een of meer natuurlijke personen blijkt. Deze informatie wordt toch beschermd onder artikel 8 EVRM of artikel 7 van het Handvest¹⁴⁵⁷. Indien dit het geval is kan de rechtspersoon zelf het recht op privéleven inroepen, al is deze rechtsbescherming uiteraard gericht op de bescherming van de natuurlijke persoon die aldus kan worden geïdentificeerd. Hoewel het Hof van Justitie dit standpunt in algemene zin verwoordt, lijkt het niet zo te zijn dat in elk geval rechtsbescherming moet worden verleend aan informatie over rechtspersonen uit wier officiële naam de identiteit van één of meer natuurlijke personen blijkt. In de context van dit onderzoek kan wel worden gesteld dat de rechtsbescherming van artikel 8 EVRM geldt voor *vennootschappen* uit wier officiële naam de identiteit blijkt van de natuurlijke persoon die (enige) *vennoot* is in die vennootschap. De informatie over (o.m.) het belastbaar inkomen van de vennootschap die in de aangifte wordt vermeld betreft immers onrechtstreeks ook de natuurlijke persoon-vennoot. Hetzelfde geldt voor vennootschappen uit wier officiële naam de identiteit van meerdere natuurlijke personen blijkt en deze natuurlijke personen ook de vennoten zijn. Dit laatste was het geval in de zaak SCHECKE¹⁴⁵⁸, waar de vennootschap genoemd was naar de gebroeders Schecke, die beiden vennoot waren van de betrokken vennootschap. Voor vennootschappen wier officiële naam verwijst naar een natuurlijke persoon, terwijl deze persoon geen vennoot (meer) is van de vennootschap, of vennoot is samen met een *reeks* andere vennoten, lijkt de rechtsbescherming niet zonder meer te kunnen opgaan. Er zal in dat geval naar de volledige context moeten worden gekeken om te bepalen of de informatie van de rechtspersoon onrechtstreeks ook als informatie kan worden beschouwd van de natuurlijke persoon die in de officiële naam wordt geïdentificeerd. Ook voor andere rechtspersonen dan vennootschappen lijkt de stelling van het Hof van Justitie in deze context niet steeds op te gaan. Een VZW van wie de officiële naam verwijst naar een natuurlijke persoon, bijvoorbeeld ter ere van de initiatiefnemer van de VZW die een bepaald goed doel benaastigt, lijkt niet in dezelfde zin een beroep te kunnen doen op de rechtsbescherming van artikel 8 EVRM omdat

¹⁴⁵⁶ OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Transfer Pricing documentation and Country by Country reporting. Action 13: final report, OECD Publishing, 2015, 19-20

¹⁴⁵⁷ HvJ 9 november 2010, C-92/09 en C-93/09, VOLKER und MARKUS SCHECKE GbR

¹⁴⁵⁸ HvJ 9 november 2010, C-92/09 en C-93/09, VOLKER und MARKUS SCHECKE GbR

de informatie van de VZW (opgenomen in de aangifte) niet rechtstreeks of onrechtstreeks kan worden beschouwd als informatie over de natuurlijke persoon. Een private stichting die anderzijds in haar officiële naam een natuurlijke persoon identificeert, zal in de context van dit onderzoek wel een beroep kunnen doen op de rechtsbescherming van artikel 8 EVRM, wanneer zij bijvoorbeeld is genoemd naar de persoon ter behartiging van wiens belangen (vanuit het oogpunt van de verzorging bijvoorbeeld) zij is opgericht. De aangifte in de rechtspersonenbelasting zal in die context als een inmenging in het privéleven van de natuurlijke persoon kunnen worden beschouwd, op dezelfde wijze als dit het geval is voor de aangifte voor natuurlijke personen. Anderzijds lijkt er ook geen goede reden voorhanden te zijn om de rechtsbescherming van artikel 8 EVRM te beperken tot vennootschappen uit wier officiële naam de naam van een natuurlijke persoon blijkt. Ook hier lijkt rekening te moeten worden gehouden met de context. Indien uit de context duidelijk blijkt dat de informatie van de rechtspersoon onrechtstreeks betrekking heeft op een natuurlijke persoon, dan lijkt er geen zinnige reden te zijn om deze rechtspersoon van de rechtsbescherming van artikel 8 EVRM uit te sluiten. Hierdoor zouden bijvoorbeeld eenpersoonsvennootschappen die toevallig niet zijn genoemd naar de natuurlijke persoon die de enige vennoot is, ook van de rechtsbescherming moeten kunnen genieten van artikel 8 EVRM, wanneer omwille van andere contextuele elementen er duidelijk kan worden aangenomen dat de informatie van de rechtspersoon onrechtstreeks betrekking heeft op een welbepaalde natuurlijke persoon. In dat kader zou een aangifte in de vennootschapsbelasting van een eenpersoonsvennootschap mijns inziens steeds als een inmenging in het privéleven moeten worden aanzien vermits de identificatie van de natuurlijke persoon op wie de informatie onrechtstreeks betrekking heeft door de fiscale administratie die de aangifte ontvangt, op een zeer eenvoudige manier kan gebeuren. Het uitbreiden van de rechtsbescherming van artikel 8 EVRM tot welbepaalde rechtspersonen, ook al verwijst hun officiële naam niet naar een natuurlijke persoon, is evenwel vooralsnog niet door de rechtspraak ondersteund.

Hierna zullen de rechtspersonen die dezelfde rechtsbescherming genieten als natuurlijke personen omdat de informatie van deze rechtspersoon onrechtstreeks verwijst naar een natuurlijke persoon, zoals hierboven toegelicht en genuanceerd, verder de “met de natuurlijke personen gelijkgestelde rechtspersonen” genoemd worden.

508. De beperkte invulling die op dit moment door het EHRM wordt gegeven aan de rechtsbescherming van informatie over rechtspersonen onder artikel 8 EVRM, verhindert evenwel niet dat de hier onderzochte aangiftes voor rechtspersonen toch vaak als een inmenging in het privéleven dienen te worden beschouwd van *derden*. In deze aangiftes voor rechtspersonen wordt immers vaak ook informatie over het private leven in de enge zin van het woord (zoals inkomen) prijsgegeven van natuurlijke personen, zoals werknemers en bedrijfsleiders (bijvoorbeeld de uit te keren winst aan de bestuurders of zaakvoerders). De informatie die in de aangifte voor rechtspersonen wordt prijsgegeven over *derden*-natuurlijke personen zal evenwel niet steeds kunnen worden gerekend tot informatie over het private leven in de enge zin van het woord. Voorbeelden zijn de informatie die moet worden gegeven over de contactpersoon van de rechtspersoon¹⁴⁵⁹ (zoals adres, telefoon – of

¹⁴⁵⁹ Zie voor de aangifte in de vennootschapsbelasting: K.B. van 26 mei 2015 tot vastlegging van het model van het aangifteformulier inzake vennootschapsbelasting voor het aanslagjaar 2015, BS 29 mei 2015; zie voor de aangifte in de rechtspersonenbelasting: K.B. van 26 mei 2015 tot vastlegging van het model van het aangifteformulier inzake rechtspersonenbelasting voor het aanslagjaar 2015, BS 29 mei 2015; zie voor de

faxnummer en e-mailadres), of over de externe accountant, bedrijfsrevisor, erkende boekhouder of boekhouder-fiscalist (in het geval dit natuurlijke personen zijn). Het prijsgegeven van deze informatie over derden-natuurlijke personen kan evenwel toch als een inmenging in het privéleven worden beschouwd van deze derden, rekening houdend met de hiervoor al aangehaalde context waarin deze aangiftes plaats vinden. Net als bij de aangiftes voor natuurlijke personen, wordt ook de informatie ingezameld via de aangiftes voor rechtspersonen gebruikt voor veel meer doeleinden dan alleen het berekenen van de inkomstenbelastingen van de rechtspersoon-aangever. De elektronisch¹⁴⁶⁰ ingezamelde informatie wordt systematisch doorgegeven aan tal van overheidsdiensten, en wordt tevens gebruikt voor het creëren van elektronisch aangemaakte risicoprofielen die moeten bijdragen tot een meer efficiënte controle¹⁴⁶¹. Hierbij mag bovendien niet uit het oog worden verloren dat het hier gaat over informatie die niet bij de betrokkene zelf is ingezameld, waardoor het verder gebruik van deze informatie over natuurlijke personen, ingezameld via aangiftes voor rechtspersonen, een inmenging zal vormen in het privéleven van deze natuurlijke personen.

III. De kadastraangifte

509. De kadastraangifte van artikel 473 W.I.B. 1992 dient in essentie om de gebeurtenissen aan te geven die een wijziging van het kadastraal inkomen veroorzaken. De kadastraangifte van artikel 474 W.I.B. 1992 dient in essentie voor het ter beschikking stellen aan de administratie van de “noodzakelijke gegevens” om het kadastraal inkomen te bepalen van materieel en outillering.

510. De informatie die wordt verstrekt via deze aangiftes wordt niet vrijwillig ter beschikking gesteld. Op basis van zowel artikel 473 als artikel 474 W.I.B. 1992 kan worden gesteld dat er een aangifteplicht is¹⁴⁶², waarvan de niet-nakoming kan worden gesanctioneerd¹⁴⁶³. Toch dient enig voorbehoud te worden gemaakt bij het verplicht karakter van de mededeling van *alle* informatie die wordt opgevraagd in met name het formulier 43 b dat de fiscale administratie heeft opgesteld in het kader van artikel 473 W.I.B. 1992. In tegenstelling tot wat het geval is voor de hierboven besproken aangiftes op grond van artikel 305 W.I.B. 1992, stelt de wet niet dat er voor deze kadastraangiftes een verplichting is tot het verstrekken van alle informatie die wordt opgevraagd in het formulier dat de Koning

aangifte in de belasting van niet-inwoners voor rechtspersonen: K.B. van 26 mei 2015 tot vastlegging van het model van het aangifteformulier inzake de belasting van niet-inwoners/vennootschappen voor het aanslagjaar 2015, BS 29 mei 2015

¹⁴⁶⁰ Sinds aanslagjaar 2014 dient een uitdrukkelijke vrijstelling te worden aangevraagd indien men niet over de nodige informaticamiddelen beschikt om nog een papieren aangifte te kunnen indienen.

¹⁴⁶¹ beraadslaging FO nr. 08/2015 van het sectoraal comité voor de federale overheid van 19 maart 2015

¹⁴⁶² Artikel 473 W.I.B. 1992: “*De eigenaar, bezitter, erfpachter, opstalhouder of vruchtgebruiker van het goed, in deze titel belastingplichtige genoemd, is ertoe gehouden* (eigen onderlijning), *uit eigen beweging, bij de Algemene Administratie van de Patrimoniumdocumentatie aan te geven: (...)*” Artikel 474 W.I.B. 1992: “*Op verzoek van de Algemene Administratie van de Patrimoniumdocumentatie is de belastingplichtige er bovendien toe gehouden* (eigen onderlijning) *een aangifte over te leggen van de voor het vaststellen van het kadastraal inkomen van het materieel en de outillage noodzakelijke gegevens. (...)*”

¹⁴⁶³ door het opleggen van administratieve sancties (artikel 445 W.I.B. 1992), en ingeval van fraude strafsancities (artikel 449 W.I.B. 1992), maar ook door een verlenging van de vestigingstermijn van de onroerende voorheffing op grond van artikel 354 lid 3 W.I.B. 1992 (zie *Vr. en Antw.*, Kamer, 2 mei 2005, p. 12740 (Parl. Vr. nr. 684 van 8 maart 2005 van mevrouw PIETERS)

vaststelt¹⁴⁶⁴. De verplichting tot aangifte kan derhalve enkel slaan op de informatie zoals vermeld in de wet. Artikel 473 W.I.B. 1992 omschrijft duidelijk welke informatie moet worden meegedeeld. Het gaat met name om de gebeurtenissen die aanleiding geven tot een wijziging van het kadastraal inkomen (zoals data van ingebruikname of verhuring, voltooiing van werken, verandering van exploitatie, de ingebruikstelling of buitengebruikstelling van materieel en outillering, ...). In het formulier 43 b wordt evenwel ook gevraagd naar de kostprijs van de nieuwe gebouwen of wijzigingen. Hieruit afleiden dat er geen verplichting bestaat om de kostprijs van de nieuwe gebouwen te vermelden in de aangifte, is in deze context evenwel een te sterke conclusie. Vermits de administratie dit formulier zelf heeft opgesteld, zal zij wellicht oordelen dat het niet vermelden van deze informatie, gelijk te stellen is met een onvolledige aangifte en hiervoor desgevallend sancties opleggen. In die omstandigheden is er wel sprake van een aangifteplicht van deze informatie, of minstens van een onvrijwillig meedelen van deze informatie. Voor de kadastraal aangifte van artikel 474 W.I.B. 1992 stelt dit probleem zich niet.

511. De via de kadastraal aangifte verstrekte informatie wordt dus onvrijwillig aan de overheid meegedeeld. Vervolgens rijst de vraag of in de beide kadastraal aangiftes naar informatie wordt gevraagd die tot het private leven in de enige zin van het woord kan worden gerekend, in de mate dat ze worden ingediend door natuurlijke personen, of door "gelijkgestelde rechtspersonen". Dit is het geval voor de opgave van de waarde van de werkzaamheden (formulier 43 b) en de waarde van het materieel en outillering (formulier 43 d). Deze vaststelling volstaat om te stellen dat deze kadastraal aangiftes, wanneer zij worden ingediend door natuurlijke personen of door gelijkgestelde rechtspersonen, steeds een inmenging vormen in het privéleven. Behoudens deze informatie lijkt de overige in de kadastraal aangifte opgevraagde informatie (in hoofdzaak de gebeurtenissen die aanleiding geven tot wijziging van het kadastraal inkomen), vaak publiek waarneembaar te zijn, zodat er geen sprake kan zijn van een voorbehoudsloze bescherming onder artikel 8 EVRM. Net zoals voor de hierboven besproken gewone aangiftes geldt ook hier de vaststelling dat de context waarin de kadastraal aangiftes gebeuren van aard is te stellen dat ook de inzameling van deze eerder publieke informatie een inmenging vormt in het privéleven. Ook de kadastraal aangiftes worden niet enkel gebruikt voor de wijziging van het kadastraal inkomen, maar de erin vermelde informatie wordt veelvuldig systematisch doorgegeven. Van de 18 hiervoor besproken machtigingen die werden verleend door het sectoraal comité voor de federale overheid om persoonsgegevens door de FOD Financiën door te geven aan andere overheidsdiensten, over een tijdspanne van 1 jaar, waren er 6 machtigingen die betrekking hadden op de informatie die ter beschikking is van de administratie van de patrimoniumdocumentatie.

In de kadastraal aangiftes ingediend door rechtspersonen wordt geen informatie opgevraagd over derden-natuurlijke personen. Aldus kunnen deze aangiftes niet alleen niet worden beschouwd als een inmenging in het privéleven van de rechtspersoon (behoudens wanneer

¹⁴⁶⁴ Voor de aangiftes van artikel 305 W.I.B. 1992 geldt een verplichting om een aangifte over te leggen in de vormen en binnen de termijnen omschreven in de artikelen 307 tot 311. Deze bepaling, gecombineerd met artikel 307 § 1 eerste lid van het W.I.B. 1992 dat inzake "vorm" voorschrijft dat de aangifte moet worden gedaan op een formulier waarvan het model door de Koning wordt vastgesteld, noopt tot de vaststelling dat de aangifteplicht zich uitstrekt tot alle informatie die wordt opgevraagd in het door de Koning opgestelde model van formulier.

het een als een natuurlijke persoon gelijkgestelde rechtspersoon is), maar ook niet als inmenging in het privéleven van derden. Deze kadastraangiften vallen dus buiten het toepassingsgebied van artikel 8 EVRM.

IV. Besluit

512. Als besluit kan worden gesteld dat de aangiften (de gewone en de kadastraangiften) door natuurlijke personen of daarmee gelijkgestelde rechtspersonen, *steeds* als een inmenging in het privéleven dienen te worden beschouwd.

De aangiften voor rechtspersonen kunnen doorgaans niet als een inmenging worden beschouwd in het privéleven van de rechtspersoon zelf, maar vormen vaak wel een inmenging in het privéleven van de natuurlijke personen over wie in de aangifte informatie moet worden prijsgegeven. Het gaat dan in hoofdzaak over het recht op privéleven van zaakvoerders of bestuurders en werknemers. Een uitzondering vormen de rapporteringsverplichtingen betreffende verrekenprijzen, die door de bijzondere vorm wel als een inmenging in het privéleven van de rechtspersoon moeten worden beschouwd. De kadastraangifte voor rechtspersonen, valt buiten het toepassingsgebied van artikel 8 EVRM.

§ 3 De legaliteitsvereiste en de aangifte als inmenging in het privéleven

513. In de mate dat de aangifte als inmenging moet worden beschouwd in het privéleven van de aangever of van een derde die in de aangifte wordt vernoemd, dient een dergelijke aangifte te voldoen aan de vereiste van een kwalitatieve wettelijke basis. Op grond van artikel 22 van de Grondwet moet deze aangifte gebaseerd zijn op een formele (in casu federale) wet. De federale wet moet voldoende toegankelijk en voorzienbaar zijn.

514. Voor wat betreft de voorzienbaarheidsvereiste dient in deze context een onderscheid te worden gemaakt tussen een inmenging in het privéleven die het gevolg is van het bestaan van een wettelijke bepaling (zoals het verplicht moeten indienen van de aangifte op grond van artikel 305 W.I.B. 1992, artikel 473 en artikel 321/1 tot en met 321/7 W.I.B. 1992) en een inmenging in het privéleven die het gevolg is van een concrete overheidsdaad (zoals de uitoefening van de bevoegdheid van de fiscale administratie om een aangifte te eisen in de gevallen bedoeld in artikel 474 W.I.B. 1992¹⁴⁶⁵ en artikel 306 § 1 W.I.B. 1992¹⁴⁶⁶). In dat laatste geval wordt door de rechtspraak van het EHRM erkend dat een zekere onvoorspelbaarheid inherent is aan deze vorm van inmenging, in de mate dat de concrete overheids-handeling het gevolg is van de uitoefening van een door de wet verleende discretionaire bevoegdheid. De discretionaire bevoegdheid moet in dat laatste geval

¹⁴⁶⁵ Artikel 474 W.I.B. 1992: “*Op verzoek van de Algemene Administratie van de Patrimoniumdocumentatie is de belastingplichtige er bovendien toe gehouden een aangifte (...)*”

¹⁴⁶⁶ Artikel 306 § 1 W.I.B. 1992: “*Volgens de regels en onder de voorwaarden die Hij bepaalt, kan de Koning, bij een in Ministerraad overlegd besluit, bepaalde categorieën van belastingplichtigen vrijstellen van de in artikel 305 vermelde aangifteplicht in de personenbelasting. Die belastingplichtigen zijn niettemin verplicht een aangifte te doen wanneer hen dat uitdrukkelijk gevraagd wordt door een daartoe gemachtigd ambtenaar van de administratie belast met de vestiging van de inkomstenbelastingen*”

evenwel steeds duidelijk worden afgebakend¹⁴⁶⁷, zodat de wet haar functie kan vervullen van waarborg tegen arbitraire inmenging in het privéleven.

I. De inmenging in het privéleven als gevolg van de naleving van de wettelijke aangifteverplichting

A. Inleiding

515. De hier bedoelde aangifteverplichtingen vloeien allen – in algemene zin gesteld – voort uit *formele* wetten, met name artikel 305 ev. W.I.B. 1992, artikel 473 W.I.B. 1992 en artikel 321/1 tot en met 321/7 W.I.B. 1992. Deze wetten zijn voldoende toegankelijk. De vraag rijst of deze wettelijke bepalingen ook voldoende voorzienbaar zijn. Het moet voldoende duidelijk zijn waarin deze aangifteverplichting bestaat, wat betekent dat voldoende duidelijk moet zijn wat het *toepassingsgebied* is van de aangifteverplichting en *hoe* de verplichting moet worden nagekomen¹⁴⁶⁸. De mate van precisie wordt bepaald enerzijds door privacyinvasieve karakter van de maatregel¹⁴⁶⁹, maar ook van het aantal en de status van de personen tot wie de maatregel is gericht¹⁴⁷⁰. De aangifte haalt weliswaar informatie op bij de betrokkene zelf, en is dus beperkt privacyinvasief. Anderzijds is de aangifteverplichting van artikel 305 en 473 W.I.B. 1992 gericht tot een wel zeer ruime groep personen, met uiteenlopende status (beroepsactief en niet beroepsactief, ...), wat grote precisie vereist. Hierna zal blijken dat er op verschillende vlakken een probleem is wat betreft de voorzienbaarheid van de wettelijke basis voor wat betreft de aangifte die op grond van artikel 305 en 473 W.I.B. 1992 moet worden ingediend, in de mate dat zij als een inmenging in het privéleven dient te worden beschouwd.

B. Voorzienbaarheid van de uitvoeringsmodaliteiten

516. Wat betreft de *wijze waarop* de aangifte moet gebeuren, scheidt een artikel 305 W.I.B. 1992 duidelijkheid over de regelmaat waarmee de aangifte moet gebeuren (artikel 305 lid 1 W.I.B. 1992), de administratie bij wie de aangifte moet toekomen (artikel 305 lid 1 W.I.B. 1992 en artikel 307 § 4 W.I.B. 1992), de termijn (artikel 306, 310 en 311 W.I.B. 1992) en de vorm (artikel 307 § 1 lid 1 en § 2 en § 3 en § 5 en artikel 307 bis W.I.B. 1992). Ook artikel 473 W.I.B. 1992 scheidt voldoende duidelijkheid over het tijdstip waarop de kadastraangifte dient te gebeuren en de administratie bij wie de kadastraangifte moet toekomen. Over de vorm wordt niets bepaald, wat geen probleem lijkt te vormen vanuit het oogpunt van de voorzienbaarheid, vermits een aangifte in dat geval ook zonder

¹⁴⁶⁷ EHRM 25 maart 1983, SILVER/VK (§88); EHRM 12 januari 2010, GILLAN & QUINTON/VK (§77); EHRM 21 juni 2011, SHIMOVOLOS/Rusland (§68)

¹⁴⁶⁸ EHRM 26 april 1979, SUNDAY TIMES/VK (zie §§ 48 en 49); EHRM 2 augustus 1984, MALONE/VK (§67); EHRM 26 maart 1987, LEANDER/Zweden (§51); EHRM 4 mei 2000, ROTARU/Roemenie (§55); EHRM 10 maart 2009, BYKOV/Rusland (§78); EHRM 12 januari 2010, GILLAN & QUINTON/VK (§77); EHRM 21 juni 2011, SHIMOVOLOS/Rusland (§68); EHRM 15 januari 2015, DRAGOJEVIC/Kroatië (§81); HvJ 17 december 2015, C-419/14, WEBMINDLICENCES Kft, overweging 81; EHRM 22 december 2015, G.S.B./Zwitserland (§68)

¹⁴⁶⁹ EHRM 25 maart 1998, KOPP/Zwitserland; EHRM 28 juni 2007, ASSOCIATION FOR EUROPEAN INTEGRATION AND HUMAN RIGHTS & EKIMDZHIEV/Bulgarije (§75); EHRM 25 september 2001, P.G. & J.H./VK (§62); EHRM 2 september 2010, UZUN/Duitsland (§66); EHRM 21 juni 2011, SHIMOVOLOS/Rusland (§68)

¹⁴⁷⁰ EHRM 28 maart 1990, GROPPERA RADIO/Zwitserland (§68)(inzake artikel 10 EVRM); EHRM 15 november 1996, CANTONI/Franrijk (§35)(inzake artikel 7 EVRM), later overgenomen in de rechtspraak over artikel 8 EVRM in EHRM 4 december 2008, S. AND MARPER/VK (§96), EHRM 12 januari 2010, GILLAN & QUINTON/VK (§77); EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen; EHRM 22 december 2015, G.S.B./Zwitserland (§69)

vormvereisten kan worden ingediend. Een aangifte via bijvoorbeeld gewone brief lijkt immers perfect rechtsgeldig te zijn, wanneer geen gebruik werd gemaakt van het door de administratie opgestelde aangifteformulier 43 b. Ook de aanvullende rapporteringsverplichtingen van artikel 321/1 tot en met 321/7 W.I.B. 1992 lijken voldoende duidelijk wat betreft de wijze waarop de aangifte moet gebeuren.

C. Voorzienbaarheid van het toepassingsgebied

1. Wie moet de aangifte doen?

517. Artikel 473 W.I.B. 1992 bepaalt ook voldoende duidelijk *wie* de kadasteraangifte moet doen¹⁴⁷¹. Ook de ondernemingen onderworpen aan de rapporteringsverplichtingen betreffende verrekenprijzen zijn voldoende duidelijk omschreven in artikel 321/1 tot en met 321/7 W.I.B. 1992. Ook artikel 305 lid 1 bepaalt *wie* de aangifte moet doen, met name de belastingplichtige (artikel 305 lid 1 W.I.B. 1992). Daarnaast bepaalt artikel 305 ook wat moet gebeuren indien de belastingplichtige overleden of wettelijk onbekwaam is (artikel 305 lid 2 W.I.B. 1992), indien de vennootschap ontbonden is (artikel 305 lid 3 W.I.B. 1992)¹⁴⁷², indien de belastingplichtige niet kan lezen, noch ondertekenen (artikel 305 lid 4 W.I.B. 1992) of indien de gronden van belastbaarheid zijn weggevallen (artikel 308 en 309 W.I.B. 1992).

518. De wet laat evenwel ook toe dat belastingplichtigen van de aangifteplicht worden vrijgesteld, ten minste voor wat betreft de aangifte in de personenbelasting (artikel 306 W.I.B. 1992). De wetgever heeft hierbij de bevoegdheid om de categorieën van belastingplichtigen te bepalen die onder deze vrijstelling vallen, gedelegeerd aan de Koning. Hoewel artikel 178 K.B.W.I.B. 1992 waarin deze categorieën zijn bepaald, voldoende duidelijkheid schept over wie is vrijgesteld van de aangifteplicht, en er dus vanuit het oogpunt van de voorzienbaarheid geen probleem rijst, rijst wel de vraag of het delegeren van de bevoegdheid om de categorieën van vrijgestelde belastingplichtigen te bepalen, geen probleem vormt vanuit het oogpunt van de legaliteitsvereiste van artikel 22 GW (vereiste van de formele wet). De formele wet moet minstens de meest essentiële onderdelen van de inmenging in het privéleven regelen, zodat over deze meest essentiële onderdelen een democratisch debat kan bestaan. Het bepalen van de personen die onderworpen zijn aan de aangifteplicht (in deze: de inmenging in het privéleven) lijkt tot één van de meest essentiële zaken te moeten worden gerekend. Het feit dat de formele wet niet toelaat te weten wie aan de aangifteplicht wordt onderworpen, is vanuit dat oogpunt problematisch. Het argument dat de Koning niet de bevoegdheid krijgt om te bepalen wie aan de aangifteplicht is onderworpen, maar enkel wie ervan is vrijgesteld, zodat hij niet de bevoegdheid heeft te bepalen wie onderworpen wordt aan de inmenging in het privéleven, dient meteen te worden tegengesproken. De vrijstelling van de aangifteplicht gaat immers gepaard met een maatregel die in wezen nog privacyinvasiever is dan het verplicht opvragen van informatie bij de belastingplichtige¹⁴⁷³. Met name wordt in de regel aan eenieder die vrijgesteld is van

¹⁴⁷¹ nl. de eigenaar, bezitter, erfpachter, opstalhouder of vruchtgebruiker van het goed

¹⁴⁷² of indien de vennootschap zonder vereffening is ontbonden in het kader van een fusie, een aan een fusie gelijkgestelde verrichting of een splitsing als bedoeld in de artikelen 671 tot en met 677 van het Wetboek van vennootschappen, of een gelijkaardige vennootschapsrechtelijke verrichting onder buitenlands recht

¹⁴⁷³ Hoewel dit niet uitdrukkelijk in de wet werd ingeschreven bij het invoeren van de vrijstelling van aangifteplicht (zie artikel 17 van de wet van 28 december 1992), blijkt uit de parlementaire voorbereiding dat het duidelijk is dat deze vrijstelling gepaard gaat met het "automatisch" vestigen van de aanslag op basis van

de aangifte een voorstel van vereenvoudigde aangifte toegestuurd, waarin de informatie wordt ter kennis gebracht die de fiscale administratie over de belastingplichtige bij derden en bij andere overheden heeft ingezameld en die zij als basis wenst te gebruiken voor het vestigen van de aanslag. Hoewel een dergelijk voorstel van aangifte eenvoudiger lijkt voor de belastingplichtige, is het tegelijkertijd ook privacyinvasiever. In het parlementair debat dat aan de grondslag heeft gelegen van de wet waarbij delegatie wordt verleend aan de Koning, komen ook privacygerelateerde vraagstukken aan bod. Met name vraagt men zich af of de belastingplichtige door deze geautomatiseerde verwerking geen fiscale voordelen zal verliezen¹⁴⁷⁴, en of de belastingplichtige nog wel in staat zal zijn de vooringevulde informatie te controleren' wat in essentie vraagstukken zijn over het behoud van controle over de eigen persoonsgegevens. Uit dit debat heeft men evenwel niet de conclusie getrokken dat de wetgever zelf de categorieën van personen moet kunnen bepalen die van de aangifteplicht worden vrijgesteld.

2.Omschrijving van de verplicht te verstrekken inlichtingen

519. De *omschrijving van de inlichtingen* die verplicht moeten worden verstrekt in het kader van de aanvullende rapporteringsverplichtingen betreffende verrekenprijzen, staan allen vermeld in de artikelen 321/1 tot en met 321/7 W.I.B. 1992. De wet lijkt ook voldoende duidelijk te zijn, minstens blijkt verdere verduidelijking uit de modelformulieren die terzake werden opgesteld bij KB¹⁴⁷⁵.

520. Ook wat betreft de verplichte kadastraanangifte van artikel 473 W.I.B. 1992, is de wet voldoende duidelijk. De gebeurtenissen die aanleiding geven tot een wijziging van het kadastraal inkomen en die aan de administratie moeten worden gemeld, worden duidelijk in de wet vermeld. Nochtans werd wat betreft deze kadastraanangifte hierboven al aangehaald dat in het aangifteformulier dat door de fiscale administratie (formulier 43 b) werd opgesteld ook naar informatie wordt gevraagd die niet in de wet staat vermeld. Met name wordt ook gevraagd naar de kostprijs van de nieuwe gebouwen of wijzigingen. Voor het opvragen van deze informatie bestaat dus geen wettelijke basis. Aangenomen dat de fiscale administratie het niet verschaffen van deze informatie wel zal beschouwen als een schending van artikel 473 W.I.B. 1992, lijkt het toch zinvol dat de formele wetgever uitsluitend geeft over het al dan niet moeten doorgeven van deze informatie. Het opvragen van deze informatie is immers niet voor de hand liggend. De aangifte is er op gericht het kadastraal inkomen te wijzigen. Dit kadastraal inkomen wordt in artikel 471 § 2 W.I.B. 1992 gedefinieerd als het gemiddeld normaal netto-inkomen van één jaar, wat voor gebouwde onroerende goederen moet worden begrepen als de netto-huurwaarde (artikel 477 W.I.B. 1992). De wetgever geeft geen toelichting bij de wijze waarop deze netto-huurwaarde moet

gegevens die via andere overheidsdiensten en derden worden verstrekt: Memorie van toelichting bij de wet van 28 december 1992, *Parl. St.* De Kamer, zittingsperiode 1992-1993, 717/1, 9, waar wordt aangekondigd dat deze vrijstelling voor 75 % van alle loontrekkers mogelijk zou worden. Via artikel 1 van de Wet van 5 juli 1994 zou men later uitdrukkelijk in de wet opnemen dat aan deze belastingplichtigen die vrijgesteld zijn van de aangifte een voorstel van aanslag zou worden toegestuurd. Via artikel 27 van de wet van 29 december 2010 werd de term "voorstel van aanslag" veranderd naar "voorstel van vereenvoudigde aangifte".

¹⁴⁷⁴ Verslag namens de Commissie voor Financiën bij de wet van 28 december 1992, *Parl. St.* De Kamer, zittingsperiode 1992-1993, 717/5, 87

¹⁴⁷⁵ K.B. van 28 oktober 2016 tot vastlegging van het model van formulier als bedoeld in artikel 231/4, paragraaf 4 W.I.B. 1992, *BS* 2 december 2016; K.B. van 28 oktober 2016 tot vastlegging van het model van formulier als bedoeld in artikel 231/5, paragraaf 4 W.I.B. 1992, *BS* 2 december 2016

worden berekend. Terwijl elementen zoals de kenmerken van het gebouw en de ligging van belang lijken om de minstens de brutohuurwaarde van een gebouw te kennen (zie ook de huurschatter.be, waarnaar wordt verwezen op de website van www.vlaanderen.be), lijkt de kostprijs van het gebouw of van de werken niet noodzakelijk een factor die in de berekening van de huurwaarde meespeelt. Artikel 477 W.I.B. 1992 schrijft voor hoe moet worden gehandeld indien de normale netto-huurwaarde niet kan worden bepaald. Met name wordt het kadastraal inkomen in dat geval bepaald bij vergelijking met gelijkaardige gebouwde percelen waarvan het kadastraal inkomen definitief is. Voor deze berekeningsmethode lijkt de waarde van de werken ook niet nodig. Artikel 478 W.I.B. 1992 bepaalt ten slotte dat wanneer voor een gebouwd perceel geen gepast referentieperceel voorhanden is, het kadastraal inkomen wordt berekend door het tarief van 5,3 % toe te passen op de normale verkoopwaarde van het perceel. Ook voor deze verkoopwaarde van het perceel lijkt de kostprijs van de werken, niet noodzakelijk een relevant element. In het kader van een nieuwbouw bevestigde de Minister van Financiën ook dat de “eigenlijke kostprijs van de nieuwbouw op zich niet dienstig is voor de bepaling van het kadastraal inkomen maar enkel een indicatieve factor vertegenwoordigt met betrekking tot de uitgevoerde werken”¹⁴⁷⁶.

521. Wat betreft de aangiftes bedoeld in artikel 305 W.I.B. 1992 zijn er gelijkaardige problemen betreffende de legaliteitsvereiste van artikel 22 GW en het bepalen van de *verplicht te verstrekken informatie*.

Artikel 305 W.I.B. 1992 stelt dat de aangifte moet worden ingediend door middel van het formulier dat door de Koning wordt vastgesteld (artikel 305 juncto artikel 307 § 1 eerste lid W.I.B. 1992). Het is dus in wezen de Koning die bepaalt welke informatie moet worden meegedeeld. Daarnaast bepaalt artikel 307 § 1 lid 2 tot en met lid 11 W.I.B. 1992 dat een aantal bijzondere inlichtingen in de aangifte moeten worden verstrekt (zoals aangifte van de buitenlandse bankrekening, ...).

Dat de inlichtingen die moeten worden verstrekt in de aangifte, behoudens de inlichtingen bedoeld in artikel 307 § 1 lid 2 tot en met 11 W.I.B. 1992, niet bij formele wet worden bepaald, lijkt evenwel geen probleem te zijn in het licht van de legaliteitsvereiste van artikel 22 van de GW in de mate dat in het door de Koning vastgestelde formulier ook naar de informatie wordt gevraagd die nodig is om de *berekening* van het juiste bedrag van de inkomstenbelastingen verschuldigd door de aangever, mogelijk te maken. In de mate dat dit het geval is, wordt de aan te geven informatie immers onrechtstreeks bepaald door het wetboek inkomstenbelastingen zelf (formele wet), dat bepaalt hoe het juiste bedrag van de verschuldigde inkomstenbelastingen moet worden berekend. Het feit bijvoorbeeld dat in de aangifte private informatie wordt opgevraagd zoals het al dan niet feitelijk gescheiden zijn, of het al dan niet gehandicapt zijn, heeft dan rechtstreeks te maken met het feit dat de formele wetgever ervoor heeft geopteerd om deze elementen fiscaal relevant te maken door ze mee te nemen in de berekening van de inkomstenbelastingen¹⁴⁷⁷. In de mate dat in

¹⁴⁷⁶ *Vr. en Antw.*, Kamer, 2 mei 2005, p. 12740 (Parl. Vr. nr. 684 van 8 maart 2005 van mevrouw PIETERS)

¹⁴⁷⁷ Dat in het aangifteformulier alleen informatie mag worden gevraagd die relevant is voor de *berekening* van de belasting werd als dusdanig ook bevestigd door de Raad van State in een arrest van 29 mei 1985 (RvS. 29 mei 1985, nr. 25.409, *FJF* 85/188, 310 ev.) waarbij drie Koninklijke Besluiten werden vernietigd inzake de aanslagjaren 1981 en 1982 waarbij het aangifteformulier werd vastgesteld. In dit aangifteformulier werd informatie opgevraagd die niet nodig was voor de berekening van de belastingen. Deze informatie kon wel worden opgevraagd in een bijlage aan de aangifte, waarvan de nomenclatuur en het model moeten worden

de aangifte evenwel ook informatie wordt opgevraagd die niet van belang is voor het berekenen van het juiste bedrag van de verschuldigde inkomstenbelastingen, gaat dit argument niet langer op. In dat geval dient de beslissing om die informatie op te vragen te worden gebaseerd op een formele wet, zeker wanneer het informatie betreft die voorbehoudsloos wordt beschermd door artikel 8 EVRM en dus met name wanneer het informatie betreft over het private leven van een natuurlijke persoon.

522. In de aangifte wordt heel wat informatie gevraagd die niet nodig is voor het berekenen van het juiste bedrag van de inkomstenbelastingen van de aangever. Dit is het geval voor zowel bepaalde informatie waarvan het opvragen is ondersteund door een formele wet (met name deze bedoeld in artikel 307 § 1 lid 2 tot en met 11 W.I.B. 1992), als voor informatie waarvan het opvragen niet ondersteund is door een formele wet. Voor de eerste categorie van informatie is er vanuit het oogpunt van de legaliteitsvereiste geen probleem zolang er maar een democratisch debat aan de basis heeft kunnen liggen van de beslissing om deze informatie op te vragen. Het feit dat dit democratisch debat in de praktijk afwezig is gebleven, omwille van het feit dat de inmenging is geregeld in een K.B., dat later wordt bekrachtigd in een wet¹⁴⁷⁸, of door een programmawet of andere globale wet waarin nog een hele reeks andere bepalingen worden aangenomen¹⁴⁷⁹, is een problematiek eigen aan het Belgische wetgevingsproces, dat in wezen buiten het bestek van dit onderzoek valt. Het opvragen van informatie die niet nodig is voor de berekening van de belasting, ook al is daar een wettelijke basis voor, wordt wel verder besproken bij de noodzakelijkheidsvereiste (hierna § 4).

523. Vanuit het oogpunt van de legaliteitsvereiste is het opvragen van informatie in de aangifte, die niet nodig is voor de berekening van de belasting, terwijl het opvragen van deze informatie niet ondersteund is door een wettelijke bepaling, wel problematisch. In de hier onderzochte aangiftes kunnen tal van voorbeelden worden gevonden. Wat betreft de aangifte in de personenbelasting, die steeds als een inmenging in het privéleven dient te worden beschouwd, zijn er volgende voorbeelden: de naam en het adres van de schuldenaar van de ontvangen onderhoudsuitkeringen, de naam en het adres van de genietter van de betaalde onderhoudsuitkeringen, de naam van de verzekeringsinstelling waarbij bepaalde levensverzekeringen werden afgesloten en het nummer van het verzekeringscontract, de naam en het adres van de genietter van de in aftrek gebrachte opstal- of erfpachtvergoedingen, het nummer van de bankrekening waarop de administratie teruggaven kan overschrijven, ... In de belasting van niet-inwoners (natuurlijke personen) wordt gelijkaardige informatie opgevraagd. Ook in de bijlagen die aan de aangifte moeten worden toegevoegd om van een bepaalde fiscale regeling te kunnen genieten, wordt vaak

vastgesteld in overleg met de meest representatieve organisaties uit de nijverheid, de landbouw, de handel en het ambachtswesen en de meest representatieve werknemersorganisaties (artikel 214 § 3 derde lid WIB 1962, huidig artikel 307 § 3 derde lid WIB 1992). Door deze informatie op te vragen in de aangifte werd de proportionaliteitscontrole van deze organisaties buiten spel gezet. Het gaat hier over een controle op vlak van het materieel werk die het invullen van deze bijlage met zich brengt of het eventuele dubbel werk met andere verplichtingen (Memorie van toelichting bij de wet van 3 november 1976, *Parl. St. Kamer*, zitting 1975-1976, nr. 879/001, 21).

¹⁴⁷⁸ Het opvragen van informatie over de buitenlandse bankrekening werd ingevoerd door het K.B. van 20 december 1996, later bekrachtigd bij wet van 13 juni 1997 tot bekrachtiging van het K.B. van 20 december 1996

¹⁴⁷⁹ Het opvragen van informatie over de buitenlandse levensverzekering of de juridische constructies werd ingevoerd bij programmawet van 27 december 2012

informatie opgevraagd die niet nodig is voor de berekening van de belastingen. Voorbeelden zijn: naam en adres van de schuldenaar van de schuldvordering waarop de aangever een waardevermindering heeft geboekt (formulier 204.3) of de identiteit van het personeelslid waarvoor een vrijstelling wordt gevraagd voor bijvoorbeeld wetenschappelijk personeel (formulier 276 W1). Bij de invoering van de wettelijke basis om de bescheiden, opgaven en inlichtingen waarvan de overlegging in het formulier wordt gevraagd, een integrerend deel te laten vormen met de aangifte (huidig artikel 307 § 3 eerste lid W.I.B. 1992), werd ook uitdrukkelijk gesteld dat het de bedoeling is om via de bijlagen naar informatie te vragen die de controle van de aangifte moeten bespoedigen eerder dan de berekening van de belasting mogelijk te maken¹⁴⁸⁰.

524. Bij de hierboven vermelde voorbeelden van informatie dient wellicht een onderscheid te worden gemaakt tussen enerzijds de informatie die vanuit louter uit praktisch oogpunt wordt opgevraagd (zoals e-mailadres en telefoonnummer waarop de administratie de belastingplichtige kan bereiken en bankrekeningnummer waarop de teruggaven kunnen worden gestort) en anderzijds informatie die al wordt opgevraagd als eerste stap in de controle van andere aangegeven informatie (zoals naam en adres van de genierter van de betaalde onderhoudsuitkeringen of naam en adres van de schuldenaar van de schuldvordering waarop een waardevermindering werd geboekt).

Wat betreft de informatie die vanuit praktisch oogpunt wordt opgevraagd, kan worden gesteld dat de afwezigheid van een wettelijke basis weinig problematisch is. Er kan immers geen zinvol democratisch debat worden gevoerd over de vraag of deze informatie moet worden opgevraagd. Evenwel rijst de vraag of deze voor de hand liggende *finaliteit* niet moet worden geëxpliciteerd in de wet, waardoor het hergebruik van deze informatie voor andere doeleinden dan de voor de hand liggende praktische doeleinden niet zonder meer mogelijk wordt.

Het opvragen van de informatie die wordt gevraagd als klaarblijkelijke eerste stap in de controle van de aangegeven informatie, vormt wel een groter probleem vanuit het oogpunt van de legaliteitsvereiste. Hier is een democratisch debat over deze inmengingen in het privéleven wel zinvol. De vraag die de wetgever dan moet beantwoorden is niet zozeer de vraag of het soort informatie dat hier aan de orde is wel mag worden opgevraagd. Artikel 316 W.I.B. 1992 geeft de fiscale administratie immers de bevoegdheid om vragen om inlichtingen te stellen teneinde de correctheid van de aangifte te controleren. Op grond van dit artikel kan aan de belastingplichtige de informatie worden gevraagd zoals hier aan de orde (bijvoorbeeld de genierter van de onderhoudsgelden, de naam van de verzekeringsinstelling,). De vraag die de wetgever daarentegen eerder moet beantwoorden is de vraag of hij ook wenst dat deze informatie systematisch en zonder onderscheid wordt opgevraagd bij *elke* belastingplichtige, en dus niet slechts naar aanleiding van een controle die per definitie niet-systematisch is. Door het systematisch en zonder onderscheid opvragen van deze informatie, is ze ook voor alle belastingplichtigen beschikbaar voor hergebruik (waarvan hierboven is aangetoond dat dit hergebruik zich ook veelvuldig voordoet), waardoor deze vorm van inzameling van informatie duidelijk veel

¹⁴⁸⁰ Memorie van toelichting bij de wet van 3 november 1976, *Parl. St. Kamer*, zitting 1975-1976, nr. 879/001, 21

privacyinvasiever is dan wanneer deze informatie enkel wordt opgevraagd naar aanleiding van een controle.

D.Duidelijkheid over finaliteit en bewaartermijn

525. Een voorzienbare wet die een inmenging in het privéleven toelaat en die erin bestaat dat onder artikel 8 EVRM beschermde informatie wordt ingezameld, omschrijft niet alleen duidelijk welke personen onderworpen zijn aan de inmenging, welke informatie moet worden verstrekt en de wijze waarop dit dient te gebeuren. Indien de inmenging in het privéleven bestaat uit een bepaalde vorm van inzameling van *persoonsgegevens*, zoals dit voor de aangiftes van artikel 305 en 473 W.I.B. 1992 het geval is, zeker in de mate dat de aangiftes gebeuren door natuurlijke personen, dient er voor de beoordeling van de voorzienbaarheid van de wettelijke basis ook rekening te worden gehouden met de basisprincipes van het persoonsgegevensbeschermingsrecht, wat met name betekent dat elementen zoals de finaliteit en bewaartermijn moeten worden verduidelijkt¹⁴⁸¹.

526. Nu de belangrijkste finaliteit van de aangifte op grond van artikel 305 W.I.B. 1992 en artikel 473 W.I.B. 1992 nog kan worden afgeleid uit de plaats van deze artikelen in het wetboek inkomstenbelastingen zelf, met name respectievelijk het vestigen van de inkomstenbelastingen en het bepalen van het kadastraal inkomen, zijn er toch vraagtekens te plaatsen bij de omschrijving van de finaliteit van de aangifteplicht van bepaalde informatie. Hierboven werd al aangegeven dat bepaalde informatie niet nodig is voor de berekening van de inkomstenbelastingen (bijvoorbeeld aangifte van de buitenlandse bankrekening) of voor het bepalen van het kadastraal inkomen (waarde van de bouwwerken). Het is aangewezen dat de wetgever de finaliteit hiervan verduidelijkt.

Ook de bewaartermijn is een essentieel element in het persoonsgegevensbeschermingsrecht. Een formeel-wettelijke bepaling betreffende de bewaartermijn ontbreekt evenwel. In de afdeling 2 van hoofdstuk 2 over de bescherming van de persoonsgegevens werd al vastgesteld dat duidelijkheid over deze bewaartermijn ontbreekt.

¹⁴⁸¹ EHRM 4 mei 2000, ROTARU/Roemenie; EHRM 4 december 2008, S. AND MARPER/VK; GwH 18 maart 2010, nr. 29/2010; GwH 13 januari 2011, 1/2011, B.12.1

II. De inmenging in het privéleven als gevolg van de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid van de administratie om de belastingplichtige tot aangifte uit te nodigen

A. Inleiding

527. De fiscale administratie kan de belastingplichtige uitnodigen om een aangifte te doen, op grond van artikel 306 W.I.B. 1992, alsook op grond van artikel 474 W.I.B. 1992 (kadastraangifte). De discretionaire bevoegdheid van de fiscale administratie op dit vlak is geregeld in een formele wet (artikel 306 en artikel 474 W.I.B. 1992), die voldoende toegankelijk is, maar waarvan de vraag rijst of deze bepaling voldoende voorzienbaar is. Hiertoe moet de bevoegdheid van de fiscale administratie voldoende duidelijk worden afgebakend in de wet, opdat zij een waarborg zou kunnen vormen tegen arbitraire inmengingen in het privéleven. Hierna zal blijken dat de bevoegdheid om de belastingplichtige uit te nodigen tot de aangifte op grond van artikel 306 of artikel 474 W.I.B. 1992 in wezen onvoldoende is afgebakend. Evenwel zal hierna worden toegelicht dat dit wat betreft de aangifte op grond van artikel 306 W.I.B. 1992 met enige soepelheid kan worden benaderd. Wat betreft de aangifte op grond van artikel 474 W.I.B. 1992 zal hierna bovendien worden toegelicht dat deze bevoegdheid wellicht eerder als een gebonden bevoegdheid moet worden beschouwd, in welk geval er eveneens geen probleem is betreffende voorzienbaarheid.

B. De aangifte op grond van artikel 306 § 1 W.I.B. 1992

528. Op grond van artikel 306 § 1 lid 2 W.I.B. 1992 zijn belastingplichtigen, die op grond van artikel 306 § 1 lid 1 W.I.B. 1992 zijn vrijgesteld van de aangifteplicht in de personenbelasting, gehouden een aangifte te doen *“wanneer hen dat uitdrukkelijk wordt gevraagd door een daartoe gemachtigde ambtenaar”*. De wet zelf bakent de bevoegdheid van de administratie op geen enkele manier af. In de administratieve commentaar wordt de bevoegdheid van de fiscale administratie daarentegen wel beperkt. Uit de rechtspraak van het EHRM kan worden afgeleid dat bij de beoordeling van de voorzienbaarheid van de wet ook rekening kan worden gehouden met niet-wettelijke bepalingen¹⁴⁸² zoals administratieve nota's, in de mate dat deze voldoende kenbaar zijn gemaakt aan de personen tot wie zij zijn gericht¹⁴⁸³. Enerzijds wordt er bepaald dat de administratie de belastingplichtige zal vragen een aangifte te doen wanneer zij in het bezit is van gegevens waaruit blijkt dat de belastingplichtige klaarblijkelijk niet meer aan de vrijstellingsvoorwaarden voldoet (bijvoorbeeld: begin van een nieuwe werkzaamheid enz.)¹⁴⁸⁴. Daarnaast wordt er in de administratieve commentaar bepaald dat *“aan bepaalde belastingplichtigen ook kan worden gevraagd om een aangifte in de PB in te dienen hoewel het aanvankelijk de bedoeling was hen een voorstel toe te sturen”*¹⁴⁸⁵. Er is geen enkele duidelijkheid over welke gevallen hier

¹⁴⁸² EHRM 25 maart 1983, SILVER/VK

¹⁴⁸³ EHRM 26 maart 1987, LEANDER/Zweden (§51)

¹⁴⁸⁴ Comm.IB 306/21. Op grond van artikel 178 K.B.W.I.B. 1992 geldt de vrijstelling van aangifte voor het belastbaar tijdperk volgend op het kalenderjaar waarin de belastingplichtige voldeed aan de voorwaarden om te genieten van de aangiftevrijstelling. Wanneer de betrokken belastingplichtige in dat kalenderjaar niet langer voldoet aan de vrijstellingsvoorwaarden, kan de administratie dus vragen een aangifte te doen.

¹⁴⁸⁵ Comm.IB 306/22

worden bedoeld¹⁴⁸⁶. In die zin is de bevoegdheid van de fiscale administratie om aan belastingplichtigen die vrijgesteld zijn van de aangifteplicht, te vragen om toch een aangifte te doen, onvoldoende afgebakend. De wet kan daarom geenszins een rol vervullen als waarborg tegen misbruik. Het feit dat belastingplichtigen evenwel steeds gehouden zijn tot het indienen van een aangifte op grond van artikel 305 W.I.B.1992 (en de wet hen dus in principe onderwerpt aan een inmenging in het privéleven), zorgt er wel voor dat deze niet-afgebakende discretionaire bevoegdheid van de fiscale administratie om zich te mengen in het privéleven, wellicht met enige soepelheid moet worden bekeken.

C.De aangifte op grond van artikel 474 W.I.B. 1992

529. Ook artikel 474 W.I.B. 1992 geeft de fiscale administratie – klaarblijkelijk - een discretionaire bevoegdheid om de belastingplichtige tot een kadastraal aangifte inzake materieel en outillering uit te nodigen. De wet bepaalt dat er een verplichting is tot aangifte, *“wanneer de administratie daarom verzoekt, van de voor het vaststellen van het kadastraal inkomen van het materieel en de outillage noodzakelijke gegevens”*. De vraag rijst of deze bepaling voldoende voorzienbaar is en dus in wezen of de bevoegdheid van de fiscale administratie om in het kader van dit artikel gegevens op te vragen bij de belastingplichtige, voldoende afbakent.

530. Wat betreft de *gevallen* waarin de fiscale administratie om een aangifte op grond van artikel 474 W.I.B. 1992 mag verzoeken, is de wet totaal onduidelijk. Enkel in de mate dat de wet zo moet worden geïnterpreteerd dat de fiscale administratie om deze aangifte mag/moet vragen *telkens* wanneer er materieel en outillage aanwezig is bij de belastingplichtige, waarvoor nog geen of geen aangepast kadastraal inkomen werd bepaald, is deze bepaling voldoende voorzienbaar. In dat geval is er overigens ook geen sprake meer van een discretionaire bevoegdheid. De vraag rijst dan ook of deze bepaling niet ongelukkig is geformuleerd door melding te maken van *“een verzoek”* wat de indruk geeft dat het hier over een discretionaire bevoegdheid gaat.

531. Wat betreft de omschrijving van de informatie die in het kader van deze aangifte moet worden verstrekt, kan worden gesteld dat *“de voor het vaststellen van het kadastraal inkomen van het materieel en de outillage noodzakelijke gegevens”* voldoende duidelijk en afgebakend zijn, rekening houdend met de omschrijving die in het wetboek van de inkomstenbelastingen wordt gegeven van de wijze van het berekenen van dit kadastraal inkomen. Artikel 483 W.I.B. 1992 stelt immers dat het kadastraal inkomen van het materieel en de outillage wordt berekend door op hun gebruikswaarde het bij artikel 478 bepaalde percentage toe te passen, waarbij de gebruikswaarde wordt verondersteld gelijk te zijn aan 30 % van de aanschaffings- of beleggingswaarde als nieuw, eventueel vermeerderd met de kosten van de opeenvolgende veranderingen. Uit deze bepalingen blijkt dus dat de noodzakelijke gegevens voor de berekening van het kadastraal inkomen voor materieel en

¹⁴⁸⁶ In de oude commentaren (van voor 2010) bij artikel 306 W.I.B. werd in Comm.IB.306/22 nog gesteld dat de administratie kon vragen een aangifte te doen wanneer het *niet mogelijk was* een voorstel van aangifte toe te sturen. Hierbij werd verwezen naar Comm.IB.306/31 en 32 waarin voorbeelden werden gegeven van gevallen waarin het niet mogelijk was om een voorstel van aanslag toe te sturen, met name: het systeem Belcotax heeft geen enkele inkomstenfiche verzameld op naam van de belastingplichtige of heeft een negatieve fiche ingezameld; het dossier van het desbetreffende aanslagjaar werd gesplitst of gefusioneerd. Deze voorbeelden werd evenwel in de huidige commentaar bij het W.I.B. 1992 opgeheven.

outillage, de aanschaf – en beleggingswaarde als nieuw is, alsook de kostprijs van de werken, veranderingen en kosten.

§ 4 De noodzakelijkheidsvereiste en de aangifte als inmenging in het privéleven

I. Inleiding

532. *In de mate dat* een aangifte dient te worden beschouwd als een inmenging in het privéleven van de aangever of van een derde van wie informatie in de aangifte wordt prijsgegeven, dient deze aangifte niet alleen te voldoen aan de vereiste van een voorzienbare wettelijke basis. De aangifte dient, als inmenging in het privéleven, ook noodzakelijk te zijn om het beoogde legitieme doel te bereiken, zijnde de heffing van het juiste bedrag van de belastingen. Dit houdt niet alleen in dat de aangifte pertinent en relevant moet zijn om dit doel te bereiken. De aangifte moet daarnaast ook proportioneel zijn met het beoogde doel. Voor wat betreft de kadastraangiftes blijken er terzake vragen te rijzen rond het opvragen van de kostprijs van de nieuwe gebouwen of wijzigingen. Wat betreft de gewone aangiftes lijkt de noodzakelijkheidsvereiste uiteindelijk enkel problematisch voor het opvragen van informatie over de meeste buitenlandse bankrekeningen en levensverzekeringen alsook voor welbepaalde in de aangifte opgevraagde informatie die enkel bedoeld is als eerste stap in de controle¹⁴⁸⁷.

II. De kadastraangifte

533. Wat betreft de kadastraangifte van artikel 473 W.I.B. 1992 (in de mate dat deze als een inmenging in het privéleven dient te worden beschouwd), werd al vastgesteld dat in het aangifteformulier dat door de fiscale administratie werd opgesteld (formulier 43 b) ook naar informatie wordt gevraagd die niet in de wet staat vermeld, met name de kostprijs van de nieuwe gebouwen of wijzigingen. Er werd al gesteld dat het opvragen van deze informatie niet voor de hand liggend is. Uit de omschrijving die in de wet wordt gegeven over hoe het kadastraal inkomen worden bepaald, blijkt immers niet dat de kostprijs van de nieuwe gebouwen hierin relevant, laat staan noodzakelijk zou zijn (zie hierboven). Het weze herhaald dat in het kader van een nieuwbouw de Minister van Financiën ook zelf bevestigde dat de “eigenlijke kostprijs van de nieuwbouw op zich niet dienstig is voor de bepaling van het kadastraal inkomen maar enkel een indicatieve factor vertegenwoordigt met betrekking tot de uitgevoerde werken”¹⁴⁸⁸.

534. De kadastraangifte van artikel 474 W.I.B. 1992 (eveneens in de mate dat zij als een inmenging in het privéleven kan worden beschouwd) stelt anderzijds geen probleem betreffende de noodzakelijkheidsvereiste. De fiscale administratie heeft in uitvoering van artikel 474 W.I.B. 1992 een formulier opgesteld (formulier 43d) waaruit blijkt dat zij vraagt naar de aanschaf - of beleggingswaarde van het materieel en de outillering, alsook naar de waarde van de veranderingen of herstellingen enerzijds en de waarde van het materieel en

¹⁴⁸⁷ Merk op dat ook D. DE BOT in zijn doctoraatsonderzoek een onderscheid maakt tussen gegevens die worden uigewisseld met het oog op controle en deze die worden uitgewisseld met het oog op dienstverlening naar de burger toe. De BOT onderzoekt alleen de laatste vorm en stelt dat bij de gegevensuitwisseling met het oog op controle er veel sneller sprake zal zijn van een inmenging in het privéleven alsook van problemen inzake onverenigbaar hergebruik (D. DE BOT, *E-government in het federale België*, Brussel, Politeia, 2015, 199)

¹⁴⁸⁸ *Vr. en Antw.*, Kamer, 2 mei 2005, p. 12740 (Parl. Vr. nr. 684 van 8 maart 2005 van mevrouw PIETERS)

ouillering dat werd vernieuwd of weggenomen anderzijds. Deze informatie is duidelijk noodzakelijk voor de bepaling van het kadastraal inkomen, waarvan de berekenwijze in de wet wordt toegelicht en waarin duidelijk wordt verwezen naar deze waarden (artikel 483 W.I.B. 1992)¹⁴⁸⁹.

III. De gewone aangifte

A. Opvragen van informatie die niet nodig is voor de berekening van de belasting

535. Wat betreft de aangiftes bedoeld in artikel 305 W.I.B. 1992 die als een inmenging in het privéleven worden beschouwd, werd hierboven al vastgesteld dat in de aangifte bepaalde informatie wordt gevraagd die niet noodzakelijk is voor de *berekening* van het juiste bedrag van de inkomstenbelasting volgens de regels van het Wetboek Inkomstenbelastingen.

Dit is het geval voor bepaalde informatie waarvan het opvragen zelfs *niet* door de wet is geregeld (zie voorbeelden hierboven: identiteit van de onderhoudsgerechtigde, identiteit van het personeelslid waarvoor een vrijstelling van belastingen wordt gevraagd, ...).

Hetzelfde kan evenwel worden gezegd van bepaalde informatie waarvan het opvragen *wel* door de wet is geregeld. Met name is de informatie die wordt opgevraagd van de buitenlandse rekening (het al dan niet titularis zijn van een buitenlandse bankrekening en het land waarin men de bankrekening heeft) (artikel 307 § 1 lid 2 van het W.I.B. 1992), niet nodig voor de berekening van de belasting¹⁴⁹⁰. Hetzelfde kan worden gesteld voor de buitenlandse levensverzekering (artikel 307 § 1 lid 3 van het W.I.B. 1992). In de aangifte dient te worden opgegeven of een individuele levensverzekering werd afgesloten in het buitenland en zo ja in welk land, wat geen zinvolle informatie is om het bedrag van de belastingen te berekenen¹⁴⁹¹. Wat betreft de aangifteplicht betreffende de juridische constructies (artikel 307 § 1 lid 4 van het W.I.B. 1992) dient er te worden genuanceerd. De melding dat men oprichter is van een zogenaamde juridische constructies is niet relevant voor het bepalen van de belastingen voor aanslagjaar 2014 en 2015, het eerste en tweede aanslagjaar waarvoor deze aangifteplicht werd ingevoerd. Met ingang van aanslagjaar 2016 werd de zogenaamde Kaaimantaks ingevoerd¹⁴⁹². Voor de juiste heffing van deze belasting is de in artikel 307 § 1 lid 4 van het W.I.B. 1992 opgevraagde informatie (en de ter gelegenheid van de invoering van deze Kaaimantaks, meer uitgebreide informatie over deze juridische constructie) wel relevant (zie in hoofdzaak de artikelen 5/1 e en 220/1 van het W.I.B. 1992). Voor de aanslagjaren 2014 en 2015 is evenwel geen belastingheffing mogelijk op basis van

¹⁴⁸⁹ Artikel 483 W.I.B. 1992 stelt dat het kadastraal inkomen van het materieel en de outillage wordt berekend door op hun gebruikswaarde het bij artikel 478 bepaalde percentage toe te passen, waarbij de gebruikswaarde wordt verondersteld gelijk te zijn aan 30 % van de aanschaffings- of beleggingswaarde als nieuw, eventueel vermeerderd met de kosten van de opeenvolgende veranderingen.

¹⁴⁹⁰ R. WINAND, "les droits et les obligations du contribuable et de l'administration fiscale", in P. JAILLOT, *les pouvoirs d'investigation du fisc et les délais d'imposition*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, 17;

¹⁴⁹¹ Vermits inkomsten van de aan te geven levensverzekeringen in de praktijk meestal niet belastbaar zijn (tak 23) of vrijgesteld zijn na acht jaar (tak 21) (cf. art. 19, § 1, lid 1, 3° en art. 21, 9° WIB 1992), is de verplichting niet bedoeld om belastbare inkomsten op te sporen, maar eerder om de in deze levensverzekeringen belegde kapitalen te kennen en te kunnen nagaan of op deze kapitalen geen belastingen zijn ontdoken (zie hierover: B. PHILIPPART DE FOY, "aangifte levensverzekeringen: psychologische oorlogsvoering", *Fiscoloog* 2013, nr. 1323, 1).

¹⁴⁹² Artikel 38-47 van de Programmawet van 10 augustus 2015, BS 18 augustus 2015,

de aan te geven informatie (oprichterschap van een juridische constructie) zonder bijkomende controle¹⁴⁹³. Voor de aangifteverplichting van artikel 307 § 1, 11^{de} W.I.B. 1992 betreffende het aantal leningen die de aangever heeft afgesloten als kredietgever met tussenkomst van een crowdfundingplatform zoals bedoeld in artikel 21, 13^o van het W.I.B. 1992, kan wel zonder enige uitzondering worden gesteld dat deze informatie niet relevant is voor de berekening van de inkomstenbelastingen¹⁴⁹⁴.

Ook wat betreft de aanvullende rapporteringsverplichting betreffende verrekenprijzen, waarvan hierboven werd verdedigd dat dit als een inmenging in het privéleven kan worden beschouwd, kan worden gesteld dat de in dat kader door de wet opgevraagde informatie niet bijdraagt tot de berekening van de inkomstenbelastingen. Artikel 321/6 W.I.B. 1992 bepaalt overigens uitdrukkelijk dat aanpassingen van de verrekenprijzen niet louter gebaseerd mogen zijn op het landenrapport. Correcties zijn slechts mogelijk na bijkomend onderzoek¹⁴⁹⁵.

B.Opvragen van informatie als eerste stap in een controle

536. De meeste van de hier bedoelde informatie (zowel deze met een wettelijke grondslag als deze zonder wettelijke grondslag) wordt opgevraagd, niet zozeer om het juiste bedrag van de belastingen te berekenen, maar wel als *eerste stap in een controle van de aangifte*.

Voor wat betreft de informatie die in de aangifte wordt opgevraagd op basis van een wettelijke bepaling, blijkt dit vaak letterlijk uit de voorbereidende werken van de wet. Zo werd bij de parlementaire bespreking van de invoering van de verplichting om de buitenlandse rekening aan te geven, gesteld dat deze informatie belangrijke informatie is om het onderzoeksapparaat van de fiscale administratie in werking te stellen¹⁴⁹⁶. Soms ook wordt gesteld dat het opvragen van deze informatie in de aangifte een afschrikkingseffect beoogt¹⁴⁹⁷. In de praktijk zijn er ook systematische controles gestart naar aanleiding van de

¹⁴⁹³ Ook niet indien zou worden overgegaan tot belastingheffing op grond van de op basis van de in de rechtsleer geopperde mogelijkheid om de inkomsten uit het kapitaal dat in deze constructies is ondergebracht te belasten op grond van artikel 344 § 2 W.I.B. 1992 (zie hierover o.m. G. GOYVAERTS, "De kaaimantaks : een kritische beschouwing", *TFR* 2015, 865 ev.; A. VAN ZANTBEEK, "Constructies aangeven", *TFR* 2014, 511)

¹⁴⁹⁴ Merk op dat de verplichting voor vennootschappen om de betalingen aan zogenaamde balastingparadijzen te melden, waarvan sprake in artikel 307, § 1, 5^o tot 8^o W.I.B. 1992, wel relevant is voor de berekening van de inkomstenbelastingen vermits de betaling niet aftrekbaar is, in de mate dat de genietter niet is geïdentificeerd (artikel 198, §1, 10^o W.I.B. 1992)

¹⁴⁹⁵ Memorie van toelichting bij de Programmawet van 1 juli 2016, *Parl. St. De Kamer*, doc 54, nr. 1875/001, 53

¹⁴⁹⁶ Verslag namens de Commissie Financiën in het kader van de totstandkoming van de wet van 13 juni 1997 tot bekrachtiging van het K.B. van 20 december 1996, *Parl. St. De Kamer*, 1996-1997, 925/8, 30; zie ook Verslag aan de Koning bij het K.B. van 20 december 1996: "*het is noodzakelijk om tot een betere kennis te komen van de inkomsten waarop de roerende voorheffing zou moeten worden geheven en die aan de controlemechanismen ontsnappen*"; zie ook in verband met de aangifte van de buitenlandse levensverzekeringen: memorie van toelichting bij de wet van 27 december 2012: "*de nieuwe aangifteverplichting moet een vluchtweg sluiten voor vermogens die verborgen willen blijven via constructies met buitenlandse levensverzekeringen* (*Parl.St. Kamer* 2012-2013, nr. 53-2561/001, 71); in verband met de aangifte van juridische constructies: Verslag namens de Commissie Financiën in het kader van de totstandkoming van de wet van 30 juli 2013, *Parl. St. De Kamer*, Doc 53, 2891/007, 24; In verband met de aangifteplicht van het aantal leningen via een crowdfundingplatform wordt gesteld dat de fiscale administratie door het soepele karakter van deze leningen over geen enkele inlichting beschikt met betrekking tot deze leningen, wat de motivering vormt voor de wetgever om in de aangifte informatie over het aantal leningen op te vragen: memorie van toelichting bij de wet van 10 augustus 2015, *Parl. St. De kamer*, Doc 54 nr. 1125/001, 67

¹⁴⁹⁷ Met betrekking tot de aangifte van de buitenlandse rekeningen: Verslag namens de Commissie Financiën in het kader van de totstandkoming van de wet van 13 juni 1997 tot bekrachtiging van het K.B. van 20 december 1996, *Parl. St. De Kamer*, 1996-1997, 925/8, 3030; met betrekking tot de aangifte van de buitenlandse

aangifte van bijvoorbeeld de juridische constructies¹⁴⁹⁸. Ook wat betreft het opvragen van informatie in de aangifte waarvoor geen formeel-wettelijke grondslag bestaat, en die ook niet nodig is voor het berekenen van de belasting, werd al vastgesteld dat een groot deel van deze informatie de eerste stap vormt in de controle van de aangegeven informatie (zie bijvoorbeeld identiteit van de onderhoudsplichtige en onderhoudsgerechtigde). Wat betreft de informatie in de bijlagen aan de aangifte heeft de wetgever dit uitdrukkelijk erkend, zoals hierboven al gesteld¹⁴⁹⁹. Slechts van een beperkt deel van de aldus opgevraagde informatie die niet nodig is om het juiste bedrag van de belastingen te berekenen, kan worden gesteld dat ze eerder wordt opgevraagd vanuit louter praktisch oogpunt (zie hierboven: e-mailadres en telefoonnummer om de belastingplichtige te kunnen bereiken, en bankrekeningnummer waarop de teruggaven kunnen worden gestort). Voor het opvragen van deze laatste informatie kan er overigens niet aan worden getwijfeld dat deze voldoet aan de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 EVRM, aangenomen dat de doelstelling er effectief in bestaat om enerzijds de belastingplichtige te bereiken en anderzijds teruggaven te kunnen terugstorten.

Wat betreft de aanvullende rapporteringsverplichting op grond van artikel 321/1 tot en met 321/7 W.I.B. 1992 werd in de voorbereidende werken eveneens gesteld dat de rapportering (met name het landenrapport, het groepsdossier en het lokaal dossier) tot doel heeft niet alleen de belastingplichtige *“toe te laten tot een eerste beoordeling te komen over de gevoerde verrekenrijspolitiek”*, maar tevens de belastingadministratie *“toe te laten een goede risicoanalyse inzake verrekenrijzen uit te voeren en zo tot een betere dossierselectie te komen”* alsook *“de belastingadministratie toe te laten tot een efficiëntere controle te komen inzake verrekenrijzen”*¹⁵⁰⁰. Enkel wat betreft het landenrapport stelt de wet zelf ook uitdrukkelijk dat de informatie in dit landenrapport enkel kan worden gebruikt voor het maken van een risicoanalyse en daarnaast ook kan worden gebruikt als basis om verder onderzoek uit te voeren (artikel 321/6 W.I.B. 1992).

1.Relevantie en pertinentie voor de belastingheffing

537. De informatie die wordt opgevraagd als eerste stap in de controle van de juistheid van de overige aangegeven informatie (bezit van buitenlandse bankrekening, buitenlandse levensverzekering, identiteit van de onderhoudsgerechtigde en onderhoudsplichtige, landenrapport ...) draagt weliswaar niet rechtstreeks bij tot de heffing van het juiste bedrag van de belasting, maar wel onrechtstreeks. In die zin kan van de aldus opgevraagde informatie worden gesteld dat het opvragen van deze informatie, een inmenging vormt in

levensverzekeringen stelt de vice-eerste minister dat een psychologisch effect wordt beoogd met de aangifteplicht: Verslag namens de Commissie Financiën in het kader van het tot stand komen van de wet van 27 december 2012, *Parl. St. De Kamer, Doc 53, 2561/006, 13* (zie hierover ook: B. PHILIPPART DE FOY, “aangifte levensverzekeringen: psychologische oorlogsvoering”, *Fiscoloog* 2013, nr. 1323, 1)

¹⁴⁹⁸ Waarvan sprake in *Vr. en Antw.*, Kamer, zittingsperiode 54, nr. 080, blz. 385-386 (Parl. Vr. nr. 1001 van 27 mei 2016 van de heer VANVELTHOVEN).

¹⁴⁹⁹ Memorie van toelichting bij de wet van 3 november 1976, *Parl. St. Kamer, zitting 1975-1976, nr. 879/001,*

¹⁵⁰⁰ Memorie van toelichting bij de programmawet van 1 juli 2016, *Parl. St. , Kamer, doc 54, nr. 1875/001, 40.* Vermits de invoering van deze rapporteringsverplichting gebeurt in opvolging van het BEPS-project van de OESO (Base Erosion and Profit Shifting), is de doelstelling van de drie rapporten letterlijk overgenomen uit het rapport van de OESO inzake het actiepunt 13 inzake het BEPS-Project, met name de verhoogde transparantie: OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Transfer Pricing documentation and Country by Country reporting. Action 13: final report, OECD Publishing, 2015, 12

het privéleven die *pertinent* en *relevant* is om het beoogde doel te bereiken. Zelfs het opvragen van deze informatie als afschrikmiddel, is een doelstelling die onrechtstreeks bijdraagt tot de juiste heffing van de belasting waardoor het opvragen van deze informatie *pertinent* en *relevant* is.

538. Een *uitzondering* moet worden gemaakt voor de aangifte van de buitenlandse bankrekening en de buitenlandse levensverzekering. De informatie wordt immers al ter beschikking gesteld aan de Belgische fiscale administratie door een grote reeks landen en dit in het kader van internationale instrumenten betreffende uitwisseling van informatie voor belastingdoeleinden. Sinds de Richtlijn 2014/107/EU van 9 december 2014 van de Raad tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU wat betreft verplichte automatische uitwisseling van inlichtingen op belastinggebied (hierna verder “de Richtlijn 2014/107/EU”) die in het intern recht van de lidstaten diende te worden omgezet voor 31 december 2015¹⁵⁰¹, dienen de Europese lidstaten aan België informatie door te geven over de rekening en de kapitaals- of lijfrente-verzekering¹⁵⁰² die een Belgisch inwoner in een andere Europese lidstaat aanhoudt. Er wordt aldus informatie aan België bezorgd die dateert vanaf 1 januari 2016¹⁵⁰³ (de uitwisseling vindt plaats vanaf 30 september 2017). Deze informatie gaat veel verder dan alleen het bezit van de bankrekening of levensverzekering en het land waarin deze rekening wordt aangehouden. Ook rekeningsaldo of de waarde van de kapitaals- of lijfrente-verzekering en het brutobedrag van de gestorte rente indien het over een depositorekening gaat, dienen bijvoorbeeld automatisch te worden doorgegeven. Dezelfde informatie wordt aan België bezorgd voor bankrekeningen en verzekeringen aangehouden in Zwitserland¹⁵⁰⁴, Monaco, Liechtenstein¹⁵⁰⁵, Andorra¹⁵⁰⁶ en San Marino¹⁵⁰⁷, als gevolg van bijzondere akkoorden die door de EU met deze staten werden gesloten. Dezelfde informatie wordt daarnaast nog door een hele reeks andere landen buiten de Unie aan België bezorgd

¹⁵⁰¹ Wat in België is gebeurd door de wet van 16 december 2015 tot regeling van de mededeling van inlichtingen betreffende financiële rekeningen, door de Belgische financiële instellingen en de FOD Financiën, in het kader van een automatische uitwisseling van inlichtingen op internationaal niveau en voor belastingdoeleinden, BS 31 december 2015

¹⁵⁰² Artikel 1 van de Richtlijn 2014/107 waarbij artikel 3 van de Richtlijn 2011/16 wordt gewijzigd

¹⁵⁰³ Artikel 2.1 van de Richtlijn 2014/107, met uitzondering van Oostenrijk voor wie de verplichtingen uit hoofde van deze Richtlijn 2014/107 slechts van toepassing werden vanaf 1 januari 2017 (artikel 2.2 van de Richtlijn 2014/107)

¹⁵⁰⁴ Zie het wijzigingsprotocol nr. 8297/15 van 21 mei 2015 bij de Overeenkomst tussen de Europese Gemeenschap en de Zwitserse Bondstaat waarbij wordt voorzien in maatregelen van gelijke strekking als die welke zijn vervat in Richtlijn 2003/48/EG van de Raad betreffende belastingheffing op inkomsten uit spaargelden in de vorm van rentebetaling, alsook het besluit (EU) 2015/860 van de Raad van 26 mei 2015 betreffende de *ondertekening*, namens de Europese Unie, van dit wijzigingsprotocol en het Besluit (EU) 2015/2400 van de Raad van 8 december 2015 betreffende de *sluiting*, namens de Europese Unie, van dit wijzigingsprotocol

¹⁵⁰⁵ Wijzigingsprotocol van 28 oktober 2015 bij de Overeenkomst tussen de Europese Gemeenschap en het Vorstendom Liechtenstein waarbij wordt voorzien in maatregelen van gelijke strekking als die welke zijn vervat in Richtlijn 2003/48/EG van de Raad betreffende belastingheffing op inkomsten uit spaargelden in de vorm van rentebetaling, alsook het Besluit (EU) 2015/2453 van 8 december 2015 van de Raad betreffende de *sluiting*, namens de Europese Unie, van dit wijzigingsprotocol

¹⁵⁰⁶ Wijzigingsprotocol van 12 februari 2016 bij de Overeenkomst tussen de Europese Gemeenschap en het Vorstendom Andorra waarbij wordt voorzien in maatregelen van gelijke strekking als die welke zijn vervat in Richtlijn 2003/48/EG betreffende belastingheffing op inkomsten uit spaargelden in de vorm van rentebetaling en het Besluit (EU) 2016/1751 van 20 september 2016 van de Raad betreffende de *sluiting*, namens de Europese Unie, van dit wijzigingsprotocol

¹⁵⁰⁷ Wijzigingsprotocol van 8 december 2015 bij de Overeenkomst tussen de Europese Gemeenschap en de Republiek San Marino waarbij wordt voorzien in maatregelen van gelijke strekking als die welke zijn vervat in Richtlijn 2003/48/EG betreffende belastingheffing op inkomsten uit spaargelden in de vorm van rentebetaling, alsook het Besluit (EU) 2015/2469 van 8 december 2015 van de Raad betreffende de *ondertekening*, namens de Unie, en de voorlopige toepassing van dit wijzigingsprotocol en het Besluit (EU) 2016/828 van 21 april 2016 van de Raad betreffende de *sluiting*, namens de Unie, van dit wijzigingsprotocol

op basis het multilateraal akkoord dat door de OESO werd ontwikkeld in verband met de automatische uitwisseling van informatie over financiële rekeningen (Multilateral Competent Authority Agreement on the Automatic Exchange of Financial Account Information, afgekort de “CRS¹⁵⁰⁸ MCAA”). België heeft dit multilateraal akkoord ondertekend, samen met 108 andere landen¹⁵⁰⁹. Deze 108 landen, behoudens wanneer zij al automatisch informatie doorgeven aan België over bankrekeningen en kapitaals – en lijfrenteverzekeringen die in hun jurisdictie worden aangehouden op grond van de Richtlijn 2014/107, zullen dezelfde informatie aan België bezorgen op het ogenblik dat de tweede van de twee betrokken staten een kennisgeving heeft overgemaakt aan de OESO met een lijst van de rechtsgebieden met wie ze de overeenkomst wil uitvoeren¹⁵¹⁰. Dit is op 20 oktober 2016¹⁵¹¹ het geval voor nog 18 bijkomende landen, namelijk Argentinië, Bermuda, Bonaire-Saint Eustatius & Saba, British Virgin Islands, Cayman Islands, Faroe Islands, Groenland, Guernsey, IJsland, India, Isle of Man, Jersey, Korea, Mexico, Noorwegen, Seychellen, Zuid-Afrika en Turks & Caicos Islands. Het opvragen van informatie over de bankrekeningen en levensverzekeringen aangehouden in lidstaten die onder de hierboven vermelde automatische uitwisselingsplicht vallen, is – zo gesteld – irrelevant voor de berekening van de belastingen om de eenvoudige reden dat de fiscale administratie er al over beschikt. In die mate kan het opvragen van deze informatie dus als niet noodzakelijk worden beschouwd, waardoor de opvraging in wezen een schending vormt van het recht op privéleven¹⁵¹². Uiteraard rijst dezelfde noodzakelijkheidsvraag voor de internationale inzameling van deze informatie op zich evenzeer (doch deze valt buiten het bestek van dit onderzoek¹⁵¹³).

Al eerder dan de hier vernoemde data werd op automatische basis informatie uitgewisseld over de *interesten* die in een andere Europese lidstaat werden genoten dit op basis van de zogenaamde Spaarrichtlijn¹⁵¹⁴, die inmiddels met ingang van 1 januari 2016 werd opgeheven¹⁵¹⁵. Deze automatische uitwisseling maakte het opvragen van informatie over het bezit van de buitenlandse bankrekening sinds 1 juli 2005¹⁵¹⁶ al minder relevant voor het aanhouden van een bankrekening in de lidstaten die onderworpen waren aan de

¹⁵⁰⁸ “CRS” staat voor “Common Reporting Standards”

¹⁵⁰⁹ Stand van zaken op 29 maart 2017 (zie https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/Status_of_convention.pdf)

¹⁵¹⁰ Artikel 7.2.1 van de CRS MCAA. Door deze kennisgeving bevestigt een rechtsgebied dat het de nodige wetten heeft doorgevoerd om de CRS te implementeren en dat de implementatie ervan voldoet aan de vereiste normen inzake vertrouwelijkheid en gegevensbescherming (zie hierover: K. DEFERM en R. BIRON, “Globale automatische uitwisseling van informatie in fiscale aangelegenheden: tussen mythe en realiteit”, *TFR* 2016, 165 ev.)

¹⁵¹¹ Datum van raadpleging van de lijst met uitwisselingsrelaties van elke verdragsstaat: <http://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/international-framework-for-the-crs/exchange-relations/#d.en.345426>

¹⁵¹² Merk op dat F. SMET verdedigt dat de aangifte van het bezit van buitenlandse bankrekeningen strijdig zou zijn met de Europese vrijheden, omdat de aangifte van de buitenlandse rekening een belemmering vormt voor het vrij verkeer van kapitaal (verwijzing naar H.v.J. 28 april 1998, C-118/96, *Safir*, waarvoor geen rechtvaardigingsgronden voorhanden zijn, o.m. omwille van het bestaan van de Spaarrichtlijn: zie F. SMET, “De Belgische privéspaarder en de Europese vrijheden”, *TFR* 2008, afl. 344, 619-632. Dezelfde suggestie wordt gedaan door A. VANZANTBEEK in A. VAN ZANTBEEK, “Constructies aangeven”, *TFR* 2014, 511. Dezelfde vraag rijst volgens hem voor de verplichting op buitenlandse levensverzekeringen aan te geven. Zie ook eerder al: M. DASSESE, “Recente hervormingen inzake fraudebestrijding en fiscale ontduiking: onverenigbaarheid met het Europees recht”, *TFR* 1999, 102 ev.)

¹⁵¹³ Zie voor toelichting: hoofdstuk 1

¹⁵¹⁴ Richtlijn 2003/48/EG van 3 juni 2003 betreffende belastingheffing op inkomsten uit spaargelden in de vorm van rentebelasting, *PB*. L. 157/38, 26 juni 2003

¹⁵¹⁵ Richtlijn (EU) 2015/2060 van 10 november 2015 van de Raad tot intrekking van Richtlijn 2003/48/EG betreffende belastingheffing op inkomsten uit spaargelden in de vorm van rentebetaling

¹⁵¹⁶ Datum inwerkingtreding van de Spaarrichtlijn

Spaarrichtlijn. Via de Spaarrichtlijn bekwam de Belgische fiscale administratie evenwel geen informatie over bijvoorbeeld buitenlandse bankrekeningen waarop geen interesten worden genoten zoals bedoeld in de Spaarrichtlijn, zodat de fiscale administratie voor deze rekening de herkomst van het belegde kapitaal niet kon nagegaan. De aangifteplicht van het bestaan van de buitenlandse bankrekening, ook wat betreft bankrekeningen aangehouden in lidstaten die onder de aangifteplicht vielen, was door de Spaarrichtlijn dus niet irrelevant geworden.

2. Proportionaliteitsvereiste

539. Behoudens de hierboven vermelde uitzondering (informatie over buitenlandse bankrekeningen en levensverzekeringen), is de andere in de aangifte en in de verrekenprijformulieren van artikel 321/1 tot en met 321/7 van het WIB 1992 opgevraagde informatie, die niet nodig is om de belastingen te berekenen en die louter bedoeld is als eerste stap in de controle, wel relevant om het beoogde doel te bereiken. Evenwel moet een inmenging in het privéleven, om te voldoen aan de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 EVRM, ook proportioneel zijn aan het beoogde doel. Er moet met andere woorden een redelijke verhouding zijn tussen de aantasting van het grondrecht enerzijds en de legitieme doelstelling die wordt nagestreefd anderzijds. De ernst van de fiscale overtreding die men tracht op te sporen aan de hand van de maatregel die een inmenging vormt in het privéleven, bepaalt dus mee het gewicht dat wordt gegeven aan het legitieme doel van de overheid. In die zin kan de overtreding die men tracht op te sporen door het opvragen van de identiteit van bijvoorbeeld de onderhoudsgerechtigde, wellicht niet worden vergeleken met de overtreding die men tracht op te sporen met het opvragen van informatie over juridische constructies of het opvragen van informatie over de verrekenprijspolitiek. De laatste overtredingen zullen doorgaans als veel ernstiger worden beschouwd, dan de eerste. Anderzijds zal het opvragen van informatie die tot het private leven van een natuurlijke persoon behoort (zoals diens inkomen, vermogen, onderhoudsplicht, ...) ook als een zwaardere inmenging in het privéleven worden beschouwd dan de verplichting voor een rechtspersoon om informatie prijs te geven die deze rechtspersoon tot zijn confidentiële informatie rekent.

540. Een maatregel wordt ook niet proportioneel geacht met het beoogde doel wanneer er verschillende alternatieve manieren zijn om eenzelfde doel te bereiken en er werd geopteerd voor een manier die privacyinvasiever is dan een alternatieve manier die toelaat hetzelfde doel te bereiken¹⁵¹⁷. Wat dat punt betreft rijst in essentie de vraag of de maatregel die erin bestaat om bepaalde gegevens op te vragen in de aangifte, als eerste stap in een controle, waardoor deze gegevens systematisch en zonder onderscheid bij *alle* belastingplichtigen worden opgevraagd, en dus niet slechts naar aanleiding van een controle, wel proportioneel is aan het beoogde doel om het juiste bedrag van de belastingen te heffen. Door het systematisch en zonder onderscheid opvragen van deze informatie, is ze ook voor alle belastingplichtigen beschikbaar voor hergebruik, waardoor deze vorm van

¹⁵¹⁷ EHRM 28 januari 2003, PECK/VK; EHRM 28 april 2005, BUCK/Duitsland (§49); EHRM 2 september 2010, UZUN/Duitsland (§78); HvJ 20 mei 2003, C-465/00, C-138/01 en C-139/01, OSTERREICHISCHER RUNDFUNK randnummers 88 en 89; HvJ 17 december 2015, C-419/14, WEBMINDLICENCES KFT, randnummer 82; zie ook HvJ 16 december 2008, C73/07, SATAMEDIA (§56)

inzameling van informatie duidelijk veel privacyinvasiever is dan wanneer deze informatie enkel wordt opgevraagd naar aanleiding van een controle. Het systematisch en zonder onderscheid bewaren van informatie was aan de orde in de zaak DIGITAL RIGHTS IRELAND¹⁵¹⁸, alwaar werd geoordeeld dat het bijhouden zonder onderscheid van alle communicatiegegevens van alle personen, een maatregel is die een inmenging vormt in het privéleven, die niet noodzakelijk is om het beoogde doel te bereiken, te weten het opsporen van criminele activiteiten. Het Hof van Justitie lijkt aldus te suggereren dat het bewaren van deze gegevens moet worden beperkt tot personen voor wie minstens een link met criminele activiteiten voorhanden is. Naar analogie kan worden gesteld dat ook de plicht voor alle belastingplichtige natuurlijke personen, zonder onderscheid, om informatie op te geven als eerste stap in de controle van bepaalde aangegeven informatie, zonder dat er enige aanwijzing bestaat dat de betrokken belastingplichtigen deze informatie ook verkeerd of niet hebben aangegeven, niet voldoet aan de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 EVRM.

In dat kader moet worden vastgesteld dat de rapporteringsverplichting betreffende verrekenprijzen niet alle belastingplichtigen zonder onderscheid treft en zelfs niet alle belastingplichtigen die deel uitmaken van een multinationale groep. Het groepsdossier en het lokaal dossier moeten enkel worden ingediend door een Belgische groepsentiteit van een zekere omvang uitgedrukt in opbrengsten, balanstotaal of personeelsleden (artikel 321/4 § 3 en 321/5 § 3 eerste lid W.I.B. 1992)¹⁵¹⁹. Het gedetailleerd inlichtingenformulier bij het lokaal dossier waarin informatie moet worden opgenomen aangaande de verrekenprijsanalyse van de verrichtingen tussen de lokale entiteit en de buitenlandse entiteit van de multinationale groep dient bovendien slechts ingevuld te worden indien voor ten minste één van de bedrijfseenheden binnen de Belgische groepsentiteit de drempelwaarde van een totaal van 1.000.000 EUR aan grensoverschrijdende transacties met groepsentiteiten werd overschreden in het laatst afgesloten boekjaar (artikel 321/5, § 3, tweede lid W.I.B. 1992). De doelgroep van de maatregel die als een inmenging in het privéleven wordt beschouwd, wordt aldus ingeperkt. De inperking gebeurt wel niet in functie van een verhoogd risico op overtredingen, maar louter in functie van de omvang. In de voorbereidende werken wordt terzake gesteld dat deze drempels overeenkomen met de “materialiteitsdrempels van de te onderzoeken ondernemingen”, waarmee de wetgever aangeeft dat ondernemingen van dergelijke omvang steeds moeten worden gecontroleerd in het kader van verrekenprijzen¹⁵²⁰.

Daarnaast moet worden vastgesteld dat het privacyinvasief karakter van de inmenging ook wordt ingeperkt door de wet zelf, daar het hergebruik van deze informatie wordt beperkt, zij het dat dit enkel geldt voor het landenrapport. Artikel 321/6 W.I.B. 1992 bepaalt immers in wezen dat de informatie van het landenrapport enkel kan worden gebruikt voor risicoanalyses en als basis voor een verdere controle. Hiermee wordt tegemoet gekomen aan de vrees van sommige lidstaten dat de informatie van het landenrapport zou worden

¹⁵¹⁸ HvJ 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, DIGITAL RIGHTS IRELAND, overweging 56-57 en volgende

¹⁵¹⁹ Met name dient enkel een groepsdossier te worden ingediend door een Belgisch groepsentiteit van een multinationale groep die, voor het boekjaar dat onmiddellijk voorafgaat aan het laatste afgesloten boekjaar, één van de volgende criteria overschrijdt, zoals blijkt uit haar enkelvoudige jaarrekening: (1) een totaal van 50 miljoen euro aan bedrijfs – en financiële opbrengsten met uitsluiting van de niet-recurrente opbrengsten, (2) een balanstotaal van 1 miljard euro, (3) het jaargemiddelde van het personeelsbestand van 100 voltijdse equivalenten

¹⁵²⁰ Memorie van toelichting bij de wet van 1 juli 2016, *Parl. St.* De Kamer, doc 54, nr. 1875/001, 51

gebruikt voor het berekenen van de belastbare basis op basis van arbitraire verdeelsleutels zoals het aantal werknemers¹⁵²¹. Hoewel onduidelijk is waarom alleen het hergebruik van de informatie uit het landenrapport aan een wettelijke beperking wordt onderworpen en niet ook de informatie uit het groepsdossier of het lokaal dossier, moet wel worden gesteld dat door deze bepaling er wel een beperking wordt gesteld aan het privacyinvasief karakter van de inmenging.

De (lichte) beperking van het toepassingsgebied van de rapporteringsverplichting en de (lichte) beperking van het hergebruik van de informatie, moet hoe dan ook samen worden genomen met de ernst van de fiscale overtredingen die men met deze inmenging tracht op te sporen alsook met het feit dat de inmenging niet een natuurlijke persoon treft, maar een rechtspersoon. De ernst van de fiscale overtredingen die men met deze rapporteringsverplichting tracht op te sporen zal ervoor zorgen dat het belang van de overheid zwaar zal doorwegen ten opzichte van de belangen van de rechtspersoon die geconfronteerd wordt met een inmenging. De inmenging in het privéleven kan immers verregaander zijn wanneer de maatregel gericht is tot een rechtspersoon, dan wanneer deze gericht is tot een natuurlijke persoon. Deze elementen samen genomen dient de rapporteringsverplichting als proportioneel te worden beschouwd met het beoogde legitieme doel.

541. Het EHRM aanvaardt daarnaast dat voor de privacyinvasievere methode wordt gekozen wanneer de minder privacyinvasieve methode niet doeltreffend is gebleken¹⁵²². Wat betreft het opvragen van informatie over de buitenlandse bankrekening en levensverzekering (andere dan de bankrekening en levensverzekering waarover België al automatisch informatie bekomt van de staat waarin de bankrekening of levensverzekering wordt aangehouden op grond van de Richtlijn 2016/107 dan wel op grond van de CRS MCAA van de OESO), en – voor de aanslagjaren 2014 en 2015 – over de juridische constructie, zou in dat kader kunnen worden gesteld dat de minder privacyinvasieve methode die erin bestaat dat deze informatie wordt gevraagd ter gelegenheid van een controle, minder doeltreffend is gebleken voor wat betreft de inning van het juiste bedrag van de belastingen. Terzake kan bijvoorbeeld worden verwezen naar de toegenomen aanvragen voor het bekomen van een regularisatie ter gelegenheid van de invoering van deze aangifteplicht¹⁵²³. In die zin kan de inmenging in het privéleven die erin bestaat de voormelde informatie op te vragen wellicht ook proportioneel worden beschouwd met het beoogde doel.

Het argument dat een minder privacyinvasieve methode minder doeltreffend is gebleken gaat wellicht niet op voor alle andere informatie die in de aangifte wordt opgevraagd en die niet relevant is voor de berekening van de belastingen, zoals de identiteit van de onderhoudsgerechtigde en de onderhoudsplichtige, de identificatie van de levensverzekeringsondernemingen, ... waarvan geenszins is aangetoond dat de alternatieve methode, die erin bestaat dat deze informatie wordt gevraagd ter gelegenheid van een controle, niet even doeltreffend is vanuit het oogpunt van de juiste heffing van de belasting. Wanneer dan ook rekening wordt gehouden met de andere criteria die de

¹⁵²¹ Memorie van toelichting bij de wet van 1 juli 2016, *Parl. St.* De Kamer, doc 54, nr. 1875/001, 52-53

¹⁵²² EHRM 2 september 2010, UZUN/Duitsland (§78)

¹⁵²³ Hiernaar wordt verwezen in *Vr. en Antw.*, Kamer, 2014-2015, nr. 029, blz. 185-187 (Parl. Vr. nr. 274 van 31 maart 2015 van de heer VANVELTHOVEN)

proportionaliteitscontrole bepalen, waaronder de ernst van de overtreding die men tracht op te sporen door de inmenging in het privéleven, moet worden geconcludeerd dat het opvragen van deze informatie in de aangifte vaak niet voldoet aan de noodzakelijkheidsvereiste.

§ 5 De aangifte als verwerking van persoonsgegevens

I. Inleiding en vraagstelling

542. Nu bekend is in welke mate de aangifte als een inmenging in het privéleven moet worden beschouwd, alsook in welke mate deze inmengingen problematisch zijn vanuit het oogpunt van de legaliteitsvereiste en de noodzakelijkheidsvereiste, rijst de vraag welke bescherming uitgaat van het persoonsgegevensbeschermingsrecht bij de inzameling van informatie via de aangifte. Hiertoe moet eerst worden nagegaan in welke mate het persoonsgegevensbeschermingsrecht van toepassing is.

543. Hierboven is al gebleken dat elke vorm van inzameling van informatie door de fiscale administratie als een *verwerking* dient te worden beschouwd in de zin van het persoonsgegevensbeschermingsrecht. Het is hierbij niet van belang dat de betrokkene verplicht wordt de persoonsgegevens te verschaffen. Ook de inzameling door de fiscale administratie van informatie die vrijwillig wordt verstrekt (in bijvoorbeeld een vrijwillig toegevoegde bijlage aan de aangifte met toelichting over de in de aangifte ingevulde rubrieken) vormt een vorm van verwerking, die onder het toepassingsgebied valt van het persoonsgegevensbeschermingsrecht. In die zin is het toepassingsgebied van het persoonsgegevensbeschermingsrecht dus ruimer dan het toepassingsgebied van het recht op de bescherming van het privéleven.

544. Daarnaast rijst de vraag of er in de aangifte *persoonsgegevens* worden verwerkt. Er is sprake van een “persoonsgegeven” van zodra er informatie is die kan worden gekoppeld aan een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon. In dat kader wordt hierna opnieuw een onderscheid gemaakt tussen de aangiftes voor natuurlijke personen enerzijds en anderzijds de aangiftes voor rechtspersonen.

Hierna zal blijken dat bij het verzamelen van informatie via de aangiftes voor natuurlijke personen, alsook via de aangiftes voor met natuurlijke personen gelijkgestelde rechtspersonen, steeds persoonsgegevens worden verwerkt. Daarnaast worden er bij de aangifte voor rechtspersonen, behoudens bij de kadastraangifte voor rechtspersonen, ook tal van persoonsgegevens verwerkt van derden-natuurlijke personen.

II. De aangifte voor natuurlijke personen

545. Het is duidelijk dat de informatie die wordt opgevraagd in de aangiftes voor natuurlijke personen steeds zal kunnen worden gekoppeld aan een geïdentificeerd natuurlijke persoon, met name de aangever zelf. Alle informatie die wordt meegedeeld in deze aangiftes dient dus als persoonsgegevens te worden beschouwd¹⁵²⁴. In de mate dat de

¹⁵²⁴ zie voor vergelijking: Opinion 4/2007 of the Article 29 Working Party on the concept of personal data, 9, waarin wordt gesteld dat informatie een natuurlijke persoon “betreft” wanneer deze informatie in een

hier bedoelde aangiftes ook informatie verstrekken over andere natuurlijke personen dan de aangever (bijvoorbeeld het loon van een werknemer in dienst van de aangever), worden ook persoonsgegevens verwerkt van andere personen dan de aangever. De natuurlijke persoon over wie deze informatie gaat zal doorgaans geïdentificeerd zijn of minstens zeer eenvoudig kunnen worden geïdentificeerd. Hierboven werd al vastgesteld dat de identificatievereiste in de context van dit onderzoek doorgaans geen problemen stelt aangezien de identificatie normaliter eenvoudig kan plaatsvinden, al was het maar doordat de fiscale administratie hiertoe haar wettelijke onderzoeksbevoegdheden kan aanwenden.

III. De aangifte voor rechtspersonen

546. De informatie die wordt opgevraagd in de aangiftes voor rechtspersonen zal niet steeds kwalificeren als een persoonsgegeven. Dit zal slechts het geval zijn indien de rechtspersoon een met een natuurlijke persoon gelijk te stellen rechtspersoon is, zoals hierboven al toegelicht en genuanceerd¹⁵²⁵. Daarnaast zal de gewone aangifte (niet de kadastraan aangifte voor rechtspersonen) die wordt ingediend door rechtspersonen vaak informatie bevatten over geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke personen, zoals werknemers, bedrijfsleiders, schuldenaars, ... Hierboven werd dit al vastgesteld met betrekking tot de vraag of de aangifte voor rechtspersonen een inmenging kan vormen in het privéleven. In het kader van het persoonsgegevensbeschermingsrecht zal de vaststelling dat er informatie over natuurlijke personen wordt meegedeeld volstaan om te stellen dat het persoonsgegevensbeschermingsrecht van toepassing is. De aard van deze informatie (met betrekking tot het private leven in de enge zin van het woord of niet) en de context waarin het wordt verzameld, spelen geen enkele rol. Bijgevolg vormt niet alleen de vermelding in de aangifte van een rechtspersoon, van het inkomen van bijvoorbeeld een bestuurder of zaakvoerder, een verwerking van een persoonsgegeven. Ook minder gevoelige informatie zoals naam en beroep vormen persoonsgegevens. Een aangifte ingediend door een rechtspersoon zal in die zin vaak *talrijke* persoonsgegevens bevatten, over zowel reeds geïdentificeerde natuurlijke personen (bijvoorbeeld de contactpersoon van de betrokken rechtspersoon, de bestuurders of zaakvoerders, de externe accountant, bedrijfsrevisor, erkende boekhouder of boekhouder-fiscalist, de schuldenaars), als identificeerbare natuurlijke personen, die evenwel door de fiscale administratie eenvoudig identificeerbaar zijn. Hier kan bijvoorbeeld worden gedacht aan informatie over bedrijfsvoertuigen, over geldboeten en straffen van alle aard, over lonen (met inbegrip van voordelen van alle aard), over pensioenen, over relatiegeschenken, over restaurantkosten, over beroepskledij, over sociale voordelen, over maaltijd-, cultuur-, eco-, en sportcheques en dergelijke meer.

547. Rekening houdend met de vermenging van persoonsgegevens met de gegevens die de rechtspersoon betreffen en die niet als persoonsgegevens kunnen worden gekwalificeerd, dient het advies 4/2007 van de Article 29 Working Party in herinnering te worden gebracht. In dit advies wordt aanbevolen om de regels betreffende persoonsgegevensbeschermingsrecht ook toe te passen op gegevens van rechtspersonen in de mate dat deze gegevens worden verwerkt op een wijze die niet toelaat deze gegevens te

persoonlijk dossier van een natuurlijke persoon zit; dit zal het geval zijn voor de informatie die wordt opgevraagd in het kader van een natuurlijke persoon onderworpen aan de personenbelasting of de belasting der niet-inwoners/natuurlijke personen
¹⁵²⁵ HvJ 9 november 2010 C-92/09 en C-93/09, SCHECKE, overweging 53

onderscheiden van de gegevens die wel als persoonsgegevens kunnen worden beschouwd¹⁵²⁶.

§ 6 De toelaatbaarheid van de aangifte als gegevensverwerking

548. De verwerking van persoonsgegevens door de fiscale administratie moet gebaseerd zijn op één van de zes toelaatbaarheidsgronden. De problemen die wat dat betreft kunnen worden vastgesteld lopen samen met de problemen die terzake de legaliteitsvereiste en de noodzakelijkheidsvereiste voor een toegelaten inmenging in het privéleven konden worden vastgesteld.

549. De verwerking van de persoonsgegevens door de fiscale administratie via de aangifte is doorgaans toelaatbaar op grond van de toelaatbaarheidsgrond van de *wettelijke opdracht* (artikel 7 c van de Richtlijn 95/46, artikel 5 c van de Wet Verwerking Persoonsgegevens, artikel 6.1.c van de Verordening 2016/679). De verwerking door de fiscale administratie van persoonsgegevens via de hier bedoelde aangiftes is immers doorgaans noodzakelijk om een wettelijke verplichting na te komen waaraan de fiscale administratie als verwerkingsverantwoordelijke is onderworpen. De wet (artikelen 305, 306, 473 en 474 W.I.B. 1992) legt immers de inzameling van persoonsgegevens aan de fiscale administratie op en is daarbij duidelijk over de aard en het voorwerp van de verwerking, waardoor de fiscale administratie geen vrije keuze heeft in de wijze waarop zij dient tegemoet te komen aan haar wettelijke verplichting¹⁵²⁷. Een uitzondering vormt het verzamelen van informatie over de kostprijs van de bouwwerken in de kadastraanangifte van artikel 473 W.I.B. 1992. Het opvragen van deze informatie kent geen wettelijke grondslag en zal om die reden geen toelaatbaarheidsgrond vinden in de wettelijke opdracht.

550. De wet die de verwerking van persoonsgegevens oplegt, dient evenwel ook zelf in overeenstemming te zijn met het persoonsgegevensbeschermingsrecht, wat inhoudt dat geen verwerking van persoonsgegevens kan worden opgelegd indien dit niet *noodzakelijk* is om het beoogde legitieme doel te bereiken. De noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 EVRM vormt hier de toetssteen. Praktisch gesproken betekent dit dat indien een verwerking van persoonsgegevens als een inmenging in het privéleven moet worden beschouwd en de inmenging niet voldoet aan de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 lid 2 EVRM, de verwerking per definitie niet toelaatbaar kan zijn op grond van een toelaatbaarheidsgrond die een band van noodzakelijkheid vereist (waaronder 7 c en 7 e van de Richtlijn 95/46)¹⁵²⁸. Wat betreft het opvragen van de kostprijs van de bouwwerken in de kadastraanangifte betekent dit dat, zelfs indien de wet of een uitvoeringsbesluit het opvragen van deze informatie zou vereisen, er geen toelaatbaarheidsgrond voorhanden is, bij gebrek aan aangetoonde noodzakelijkheid van de inzameling van deze informatie voor de vaststelling

¹⁵²⁶ Opinion 4/2007 van de Article 29 Working Party; zie ook redenering in HvJ 13 mei 2014, C-131/12, GOOGLE SPAIN, randnummer 28; zie ook Zie ook Wetsontwerp van 6 juli 2012 houdende bepalingen betreffende de verwerking van persoonsgegevens door de FOD Financiën in het kader van zijn opdrachten, inbegrepen het advies van de Raad van State, doc 53/2343/001 waarin de wetgever erkent dat de verwerkingen die de FOD Financiën doet in het kader van zijn opdracht, grotendeels verwerkingen betreft van persoonsgegevens in de zin van de Wet Verwerking Persoonsgegevens

¹⁵²⁷ Opinion 06/2014 of the article 29 Working Party on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, 19

¹⁵²⁸ HvJ 20 mei 2003, C-465/00, C-138/01 en C-139/01, OSTERREICHISCHER RUNDFUNK, overweging 91

van het kadastraal inkomen (en dus de juiste heffing van de inkomstenbelastingen). Hetzelfde kan worden gesteld voor het opvragen van informatie over de buitenlandse bankrekening en de buitenlandse levensverzekering waarvan sinds het in werking treden van Richtlijn 2014/107/EU en de CRS MCAA het opvragen irrelevant is geworden voor de heffing van de belasting. Het verwerken van deze persoonsgegevens wordt weliswaar duidelijk door de wet opgelegd, maar is niet (langer) noodzakelijk voor de juiste heffing van de inkomstenbelastingen, zodat ook hier een toelaatbaarheidsgrond ontbreekt. Om dezelfde reden heeft ook het verzamelen van andere informatie via de aangifte op grond van artikel 305 W.I.B. 1992, die niet nodig is voor de berekening van de belastingen, geen toelaatbaarheidsgrond. Dit geldt voor zowel de informatie die in de aangifte wordt opgevraagd zonder dat hiervoor een wettelijke basis bestaat (maar wel een K.B. dat het aangifteformulier vaststelt, zoals de identiteit van de onderhoudsgerechtigde), als de informatie waarvoor een wettelijke basis bestaat (zoals het aantal leningen via een crowdfundingplatform verstrekt). Hierboven is immers gebleken dat het inzamelen van deze informatie via de aangifte (waardoor de informatie zonder onderscheid van alle belastingplichtigen wordt gevraagd) weliswaar relevant is voor de juiste heffing van de belastingen, maar niet proportioneel met het beoogde doel.

551. Tot slot rest dan nog de vraag naar de toelaatbaarheidsgrond van de verwerking van de persoonsgegevens die vrijwillig door de belastingplichtige aan de administratie zijn verstrekt ter gelegenheid van de aangifte, in een bijlage aan de aangifte waarbij alvast toelichting wordt verstrekt bij bepaalde onderdelen van de aangifte. Zoals al gesteld in de onderafdeling over de draagwijdte van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens is de *toestemming* in de relatie met de overheid geen bruikbare toelaatbaarheidsgrond¹⁵²⁹. Dit is ook hier het geval. Hoewel er geen wettelijke verplichting bestaat om deze bijlage toe te voegen aan de aangifte, kan niet worden gesteld dat de belastingplichtige deze informatie prijsgeeft zonder enige druk¹⁵³⁰. De belastingplichtige zal dit doorgaans doen met bepaalde bedoelingen, zoals het vermijden van een controle in het algemeen of een controle ter plaatse in het bijzonder. Bovendien zal de belastingplichtige in deze bijlage doorgaans geen informatie prijsgeven die hij niet verplicht zou zijn te geven ter gelegenheid van een controle waarbij om toelichting bij bepaalde aangifteposten wordt gevraagd. De toelaatbaarheidsgrond van de verwerking van deze persoonsgegevens lijkt dan ook te moeten worden gevonden in het algemeen belang.

552. Naast de aanwezigheid van een algemene toelaatbaarheidsgrond, dient ook te

¹⁵²⁹ Opinion 15/2011 of the article 29 Working Party on the definition of consent, 16; zie ook eerder ook al Opinion 1/2009 of the article 29 Working Party on pre-trial discovery for cross border litigation; zie ook P. BLUME, "The Public Sector and the Forthcoming EU Data Protection Regulation", *EDPL* 2015, 34; A.J. KLINGENBERG en M. LINDENBOOM, "Lost in e-government. Bevat de Algemene Verordening Gegevensbescherming voldoende waarborgen bij gegevensverwerking door de overheid?", *P&I* 2013, 273-278; D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*. Brussel, Politeia 2015, 261

¹⁵³⁰ Zie artikel 2 h van de richtlijn 95/46 die de toestemming definieert als "elke vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting waarmee de betrokkene aanvaardt dat hem/haar betreffende persoonsgegevens worden verwerkt", zie artikel 1, 8° Wet Verwerking Persoonsgegevens: "elke vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting verstaan, waarmee de betrokkene of zijn wettelijke vertegenwoordiger aanvaardt dat persoonsgegevens betreffende de betrokkene worden verwerkt" en artikel 4, 11° Verordening 2016/679: "elke vrije, specifieke, geïnformeerde en ondubbelzinnige wilsuiting waarmee de betrokkene door middel van een verklaring of een ondubbelzinnige actieve handeling hem betreffende verwerking van persoonsgegevens aanvaardt". In de Verordening 2016/679 wordt de toestemming als toelaatbaarheidsgrond nog verder versterkt door bijkomende voorwaarden op te leggen in artikel 7 van de Verordening 2016/679 en artikel 8 van de Verordening 2016/679 (ten aanzien van kinderen)

worden nagegaan of er ter gelegenheid van de aangifte geen gevoelige, medische of gerechtelijke persoonsgegevens worden verwerkt, waarvan de verwerking principieel verboden is.

In dat kader rijst de vraag of de informatie in verband met de handicap van de aangever, of van personen ten laste, kwalificeert als een medisch gegeven. In de onderafdeling over de draagwijdte van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens werd al gesteld dat de Richtlijn 95/46 en de Wet Verwerking Persoonsgegevens niet vereisen dat uit het persoonsgegeven informatie over de gezondheid blijkt¹⁵³¹. Het moet gaan over informatie die al gevoelig is, waardoor de graad van iemands economische arbeidsongeschiktheid in de regel niet wordt beschouwd als een gegeven dat de gezondheid betreft¹⁵³². Voortbouwend op de rechtspraak van het Hof van Justitie waarin al een vrij ruime interpretatie werd gegeven aan dit begrip¹⁵³³ stelt de Verordening 2016/679 nu dat het begrip “gegevens over gezondheid” moet worden begrepen als persoonsgegevens *die verband houden met de fysieke of mentale gezondheid van een natuurlijke persoon* (artikel 4, 15° van de Verordening 2016/679). De overweging 35 van de Verordening 2016/679 stelt daarbij dat *“een aan een natuurlijke persoon toegekend cijfer, symbool of kenmerk dat als unieke identificatie van die natuurlijke persoon geldt voor gezondheidsdoeleinden”* ook als een gegeven over de gezondheid moet worden beschouwd en dat *“elke informatie over bijvoorbeeld ziekte, handicap, ziekterisico, medische voorgeschiedenis, klinische behandeling of de fysiologische of biomedische staat van de betrokkene, ongeacht de bron, tot de gegevens over de gezondheid moeten worden gerekend”*. In de aangifte in de personenbelasting moet worden aangegeven of de aangever (dan wel bepaalde personen ten laste) een “zware handicap” heeft. In de toelichting bij de aangifte wordt hierover gesteld dat tot een zware handicap wordt gerekend een vermindering van het verdienvermogen tot 1/3^{de} van het verdienvermogen van een valide persoon of minder (of anders gesteld een lichamelijke of geestelijke arbeidsongeschiktheid van 66 %), alsook een gebrek aan of een verminderde zelfredzaamheid van ten minste 9 punten gemeten volgens de handleiding en de schaal die bestaat in het kader van de wetgeving betreffende de tegemoetkoming aan gehandicapten. De belastingplichtige moet met andere woorden in de aangifte niet enkel opgeven dat hij gehandicapt is, maar tevens de graad van handicap uitgedrukt in ofwel het overstijgen van een aantal punten in het kader van de verminderde zelfredzaamheid, ofwel het overstijgen van een percentage arbeidsongeschiktheid of vermindering van verdienvermogen. Hoewel daarmee niet het exacte cijfer van de graad van arbeidsongeschiktheid moet worden opgegeven dat in het kader van een bepaalde regelgeving aan de aangever is toegekend (enkel het overschrijden ervan), kan wel worden gesteld dat de belastingplichtige van zijn arbeidsongeschiktheid een zekere concrete indicatie moet geven, wat als een gegeven dat verband houdt met de gezondheid zou kunnen worden beschouwd. In die zin lijkt deze informatie onder de medische gegevens zoals bedoeld in de Verordening 2016/679¹⁵³⁴ te vallen.

¹⁵³¹ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 154 randnummer 204

¹⁵³² D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 155 randnummer 204

¹⁵³³ HvJ 6 november 2003, C-101/01, LINDQVIST, beschikkend gedeelte nr. 3

¹⁵³⁴ Zie ook D. DE BOT en E. KINDT, “Het advies van de Belgische Privacycommissie over het Europese voorstel van Algemene Verordening Gegevensbescherming”, *P&I* 2013, 169;

Hoewel de verwerking van medische gegevens ook onder de Verordening 2016/679 verboden is (artikel 9.1 van de Verordening 2016/679), laat ze in artikel 9.2.g toe dat de gegevens toch worden verwerkt wanneer dit *noodzakelijk* is om redenen van zwaarwegend algemeen belang. In dat geval moet de verwerking voorgeschreven zijn door het Unierecht of het lidstatelijk recht, moet de evenredigheid met het nagestreefde doel zijn gewaarborgd, moet de wezenlijke inhoud van het recht op bescherming van persoonsgegevens worden geëerbiedigd en moeten passende en specifieke maatregelen worden getroffen ter bescherming van de grondrechten en de fundamentele belangen van de betrokkene. De verwerking van informatie over de handicap van de aangever en zijn personen ten laste is duidelijk noodzakelijk om de juiste berekening van de personenbelasting mogelijk te maken. Er lijken geen vragen te rijzen wat betreft de evenredigheid van de verwerking van deze medische gegevens ter gelegenheid van de aangifte met het nagestreefde doel en de verwerking is ook voorgeschreven door lidstatelijk recht, met name door het Koninklijk Besluit dat jaarlijks het modelformulier voor de aangifte in de personenbelasting vaststelt. De Belgische wetgever zal evenwel bij het van toepassing worden van de Verordening 2016/679 ook passende en specifieke maatregelen moeten treffen ter bescherming van de grondrechten van de betrokkenen. De maatregelen die de Belgische wetgever op dit moment hanteert voor het verwerken van medische gegevens, lijken – gelet op het verruimde toepassingsgebied van het begrip medische gegevens - onaangepast. Zo lijkt de principiële verplichting om deze verwerking onder de verantwoordelijkheid van een beroepsbeoefenaar in de gezondheidszorg, te laten verlopen, niet houdbaar in fiscale context. De wetgever zal zich met andere woorden moeten beraden over andere en meer aangepaste waarborgen ter bescherming van de betrokkenen. Andere al bestaande maatregelen lijken daarentegen wel overeen te kunnen blijven, zoals het aanduiden van de categorieën van personen die deze medische gegevens kunnen raadplegen, waardoor ze tot een minimum worden beperkt. Een andere maatregel zou erin kunnen bestaan dat deze medische gegevens niet worden toegevoegd aan het datawarehouse. Elke verwerking van persoonsgegevens gericht op risicoanalyse waarbij een medisch gegeven als parameter wordt gebruikt, lijkt immers van aard te zijn om de grondrechten van de betrokkenen, waaronder het gelijkheids – en non-discriminatiebeginsel, te schenden.

553. Daarnaast worden er in het kader van de aangifte ook soms gerechtelijke gegevens verwerkt. Hierbij kan worden gedacht aan het vonnis dat in uitvoering van de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen, onder meer het reorganisatieplan homologeert. Dit document moet worden bijgevoegd aan de aangifte om vrijstelling te verkrijgen van winsten ten gevolge van minderwaarden opgetekend ter gelegenheid van een gehomologeerd reorganisatieplan (artikel 27/1 § 3 van het K.B.W.I.B. 1992). Het moet wel gaan over het afschrift van het in het Belgisch Staatsblad bekend gemaakte vonnis. Dit laatste verhindert evenwel niet dat dit vonnis als een gerechtelijk gegeven moet worden beschouwd in de zin van de Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens (artikel 8 § 1 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens)¹⁵³⁵. Het principiële verwerkingsverbod van gerechtelijke gegevens wordt evenwel opgeheven indien de verwerking gebeurt onder toezicht van een openbare overheid, indien de verwerking

¹⁵³⁵ Zie inzake vonnissen over burgerlijke of handelsgeschillen als gerechtelijke gegevens in de zin van de Belgische Wet Verwerking persoonsgegevens: H. GRAUX en J. DUMORTIER, *Privacywetgeving in de praktijk*, in de reeks Recht en ICT, Kortrijk, UGA, 2009, 98; D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 168-169, randnummer 228

noodzakelijk is voor de uitoefening van hun taken (artikel 8 § 2 a van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). De verwerking van dit vonnis door de fiscale administratie vormt dus geen probleem nu de verwerking van dit vonnis noodzakelijk is voor de uitvoering van haar taak om het juiste bedrag van de inkomstenbelastingen te heffen. Bovendien valt de federale fiscale administratie onder de geheimhoudingsplicht van artikel 337 W.I.B. 1992 zodat ook voldaan is aan de geheimhoudingsvoorwaarde van artikel 8 § 3 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens. Op grond van artikel 25 van het Uitvoeringsbesluit moet de fiscale administratie wel een lijst maken van de categorieën van personen die deze gerechtelijke gegevens kunnen raadplegen. De Verordening 2016/679 omschrijft de gerechtelijke gegevens weliswaar vergelijkbaar als de Richtlijn 95/46, maar laat niet langer toe dat de lidstaten het toepassingsgebied van de gerechtelijke gegevens uitbreiden tot gegevens betreffende administratieve sancties of burgerrechtelijke beslissingen. Op het ogenblik dat de Verordening 2016/679 van toepassing wordt kan het hier bedoeld vonnis net als andere persoonsgegevens worden verwerkt in de aangifte.

§ 7 Kwaliteitsvolle verwerking van persoonsgegevens via de aangifte

I. Finaliteitsvereiste

554. De meest cruciale kwaliteitsvereiste voor een rechtmatige verwerking van persoonsgegevens is de finaliteitsvereiste. De persoonsgegevens die via de aangifte worden verkregen moeten dus een welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde finaliteit dienen en mogen niet verder worden verwerkt op een wijze die onverenigbaar is met die finaliteit (artikel 6.1.b van de Richtlijn 95/46 in fine, artikel 4 § 1, 2° van de Wet Verwerking Persoonsgegevens en artikel 5.1.b van de Verordening 2016/679). Dit laatste aspect wordt hier niet onderzocht, vermits alleen de instroom van informatie naar de fiscale administratie via de aangifte wordt bekeken. Daarnaast is het aspect van het gerechtvaardigd karakter van de finaliteit in het kader van dit onderzoek niet aan de orde. Elke concrete finaliteit die uiteindelijk bijdraagt tot de fiscale belangen van een land zal immers een gerechtvaardigd doel zijn. Hierna zal blijken dat – met wat goede wil – de concrete finaliteit van de gegevensverwerking via de aangifte voldoende duidelijk is.

555. De verwerking van persoonsgegevens via de aangifte in de inkomstenbelasting moet dus een welbepaalde en uitdrukkelijk omschreven finaliteit dienen. De finaliteit zal voldoende *concreet* moeten worden bepaald. Daar waar de “heffing van de belasting” in algemene zin veelal volstaat als legitiem doel om de verwerking van persoonsgegevens toelaatbaar te maken (zie hierboven), zal de finaliteit van de verwerking van persoonsgegevens via de aangifte concreter moeten zijn¹⁵³⁶, opdat de andere kwaliteitsvereisten, waaronder de proportionaliteit en de bewaartermijn kunnen worden getoetst, maar ook het verenigbaar karakter van de finaliteit van het hergebruik. De uitdrukkelijke omschrijving van de finaliteit van de verwerking van persoonsgegevens via de

¹⁵³⁶ Het feit dat voldaan is aan één of meer toelaatbaarheidsgronden van artikel 7 van de Richtlijn 95/46 (of artikel 6 van de Verordening 2016/679) betekent dus niet dat meteen ook voldaan is aan de finaliteitsvereiste van artikel 6.1.b van de Richtlijn 95/46 (artikel 5.1.b van de Verordening 2016/679): zie Opinion 3/2013 of article 29 Working Party on purpose limitation, 12 en 20-21; zie ook D. DE BOT, *Privacybescherming bij e-government in België*, Brugge, Vandenbroele, 2005, 36; zie ook de aanbeveling van de Europese Toezichthouder voor Gegevensbescherming (EDPS) betreffende de opties van de EU inzake gegevensbescherming van 27 juli 2015 (2015/C 301/01)

aangifte kan zowel uit de wet blijken¹⁵³⁷, als uit een bericht aan de betrokkene, of zelfs uit publieke verklaringen¹⁵³⁸. In de wet van 3 augustus 2012 is er een algemene finaliteitsomschrijving, waarvan al werd vastgesteld dat deze te ruim en te vaag is om te voldoen aan de vereisten van het persoonsgegevensbeschermingsrecht. Bijgevolg moet per verwerking worden nagegaan wat de concrete finaliteit is van de verwerking.

Wat betreft de verwerking van persoonsgegevens via de gewone aangifte wordt in de toelichting bij het aangifteformulier in de *personenbelasting* en de *belasting voor niet-inwoner voor natuurlijke personen* een pagina gewijd aan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer¹⁵³⁹. Hierin wordt enkel gesteld dat de doelstelling van de verwerking van de persoonsgegevens “*de vaststelling, controle, heffing en invordering van de belastingen*” is, dit “*in het kader van de opdracht van de FOD Financiën als overheidsdienst en rekening houdend met de toepasselijke wettelijke bepalingen inzake inkomstenbelastingen*”. Tevens wordt in deze toelichting verwezen naar de aangifte die terzake de geautomatiseerde verwerkingen van de persoonsgegevens werd gedaan bij de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. De burger wordt naar deze publiek raadpleegbare aangifte verwezen en het volgnummer VT4004149 wordt hierbij vermeld. Het openbaar register dat raadpleegbaar is via de website van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer laat evenwel niet toe om te zoeken op basis van dit nummer. Hierboven werd al opgemerkt dat er in dit openbaar register een wel zeer algemene aangifte terug te vinden is over de verwerking van persoonsgegevens in het kader van “*de vestiging, controle en invordering van belastingen (personenbelasting, btw, registratierechten en successierechten)*”¹⁵⁴⁰. Uit navraag bij de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer blijkt dat het over dezelfde aangifte gaat (nl. aangifte met volgnummer VT4004149). Terzake werd al opgemerkt dat de finaliteit waarvoor de verwerkingen worden aangemeld te ruim gekozen is om enige relevante controle op de geautomatiseerde verwerkingen van de persoonsgegevens toe te laten. Doordat in de toelichting bij de aangifte in de *personenbelasting* en de *belasting voor niet-inwoners (natuurlijke personen)* wel wordt verwezen naar de “*toepasselijke wettelijke bepalingen betreffende inkomstenbelastingen*”, kan met wat goede wil wel worden besloten dat in deze toelichting in wezen de vaststelling, controle, heffing en invordering van de *inkomstenbelastingen* wordt vermeld als finaliteit van de verwerking van de persoonsgegevens in deze aangiftes.

Dit komt ook overeen met de finaliteit van de verwerking van persoonsgegevens via deze gewone aangiftes zoals deze blijkt uit de opbouw van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen. De aangifteplicht die voortvloeit uit de artikelen 305 en 306 van het W.I.B. 1992, is opgenomen in titel VII aangaande de “*vestiging en de invordering van de belasting*”, waarmee enkel de inkomstenbelastingen kunnen worden bedoeld. De verwerking van persoonsgegevens verwerkt in de aangifte heeft dus tot doel te komen tot

¹⁵³⁷ Opinion 3/2013 of article 29 Working Party on purpose limitation, annex 3, voorbeeld 13

¹⁵³⁸ Opinion 3/2013 of article 29 Working Party on purpose limitation, 18 waarin overigens verwezen wordt naar paragraaf 54 van de the Explanatory Memorandum to the OESO Guidelines die eenzelfde flexibiliteit toelaten.

¹⁵³⁹ Zie voor wat betreft aanslagjaar 2016, blz. 109 van de toelichting bij de aangifte in de *personenbelasting*; Zie voor wat betreft aanslagjaar 2016, blz. 141 van de toelichting bij de aangifte in de *belasting van niet-inwoners (natuurlijke personen)*

¹⁵⁴⁰ Deze aanmelding werd gepubliceerd sinds 17 maart 2006.

de vestiging en invordering van de *inkomstenbelastingen*. Deze finaliteit lijkt ook het meest te zullen aansluiten bij de redelijke verwachting van de betrokkenen¹⁵⁴¹, die mee wordt genomen in de zoektocht naar het bepalen van de werkelijke finaliteit van de verwerking.

556. Ook de finaliteit van de kadastraangiftes blijkt duidelijk uit de opbouw van de wet vermits de artikelen 473 en 474 W.I.B. 1992 onderdeel vormen van hoofdstuk II over de “vaststelling van het kadastraal inkomen”. Ook de toelichting bij het aangifteformulier 43 d (de aangiftes bedoeld in artikel 474 W.I.B. 1992) maakt duidelijk dat de aangifte tot doel heeft te komen tot de vaststelling van het kadastraal inkomen van het materieel en de outillering.

II. Proportionaliteit en minimale gegevensverwerking

557. Bij de beoordeling van de proportionaliteit van de verwerking van de persoonsgegevens via de aangifte in relatie tot de finaliteit, met name de vestiging en invordering van de inkomstenbelastingen, moet worden vastgesteld dat deze beoordeling aansluit bij de beoordeling van de noodzakelijkheidsvereiste in het kader van het onderzoek naar de toelaatbaarheidsgronden. Met andere woorden: als een verwerking niet noodzakelijk bleek voor de naleving van de wettelijke opdracht van de fiscale administratie dan wel voor de het algemeen belang, dan is deze verwerking per definitie ook niet proportioneel voor de concrete doelstelling van de vestiging en invordering van de inkomstenbelasting. De vraag naar de proportionaliteit rijst dan in wezen niet eens, want deze gegevensverwerkingen zijn niet toelaatbaar.

558. Van de *toelaatbare* gegevensverwerkingen in het kader van de aangifte in de inkomstenbelastingen, lijken er geen bijkomende gegevensverwerkingen denkbaar die weliswaar noodzakelijk zijn voor de wettelijke opdracht van de fiscale administratie, of meer algemeen voor het algemeen (fiscaal) belang van de staat, maar niet proportioneel met het concrete doel van de verwerking van persoonsgegevens via de aangifte, zijnde de vestiging en invordering van de inkomstenbelastingen. Hierboven werd wel al vastgesteld dat de bewaartermijn van de gegevens die via de aangifte worden verzameld, zeker wat betreft de elektronische gegevens, onduidelijk is. Er lijkt in principe een onbeperkte bewaartermijn te worden gehanteerd, waarop bepaalde onduidelijke uitzonderingen bestaan. In de mate dat zou blijken dat de effectief gehanteerde bewaartermijn langer is dan nodig om de beoogde finaliteit te bereiken, is de verwerking van de aldus verzamelde persoonsgegevens altijd strijdig met het proportionaliteitsbeginsel¹⁵⁴².

III. Transparantie van de gegevensverwerking via de aangifte

559. De verwerking van persoonsgegevens via de aangifte dient ook op een transparante wijze te gebeuren opdat de verwerking als rechtmatig kan worden beschouwd. De transparantievereiste wordt geconcretiseerd doordat aan de betrokkenen een aantal concrete transparantierechten wordt toegekend. Hierna zal blijken dat de informatieverstrekking aan de betrokkene, wanneer de persoonsgegevens bij hem zijn

¹⁵⁴¹ Opinion 3/2013 of article 29 Working Party on purpose limitation, 18

¹⁵⁴² B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, Brussel, Larcier, 2008, 135; D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*. Brussel, Politeia 2015, 345

verzameld, vooral bij het van toepassing worden van de Verordening 2016/679, aanpassing vereist. De informatieverstrekking aan de betrokkene, wanneer de persoonsgegevens niet bij hem zijn verzameld, is veel problematischer vermits de kennisgeving doorgaans volledig afwezig blijkt en de wet ook geen enkele passende waarborg voor de betrokkene inlast. Het recht op inzage van de persoonsgegevens zal aan de betrokkene niet kunnen worden geweigerd vermits de betrokkene de persoonsgegevens zelf aan de administratie heeft verstrekt. Het recht op verbetering zal ten slotte op bepaalde vlakken een bijkomende rechtsbescherming bieden bovenop het recht om verbetering te vragen van onjuistheden op grond van het fiscaal procedurerecht.

A.Informatieverstrekking

560. Een eerste recht waarover de betrokkene beschikt, houdt meteen een verplichting in voor de fiscale administratie. Het betreft de *verplichting om spontaan informatie te verstrekken* (artikel 10 en 11 van de Richtlijn 95/45, artikel 9 § 1 en 2 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens en artikel 13 en 14 van de Verordening 2016/679). Ook de fiscale administratie moet deze verplichting nakomen in het kader van het verzamelen van persoonsgegevens via de aangifte. Deze verplichting tot informatieverstrekking verschilt naar gelang het verzamelen van persoonsgegevens bij de betrokkene zelf gebeurt of niet.

1.Kennisgeving aan de betrokkene bij wie de persoonsgegevens zijn bekomen

561. Persoonsgegevens worden bij de betrokkene verkregen via de aangifte die door natuurlijke personen worden gedaan, met name via enerzijds de aangifte in de personenbelasting of de aangifte in de belasting van niet-inwoners (natuurlijke personen) of anderzijds via de kadastraangifte gedaan door een natuurlijke persoon.

a.De aangifte in de personenbelasting en de belasting van niet-inwoners (natuurlijke personen)

562. Rekening houdend met de verplichting tot informatieverstrekking, dient de fiscale administratie bij de hier bedoelde aangiftes de volgende informatie te verstrekken: de identiteit van de verwerkingsverantwoordelijke en diens contactgegevens (dat laatste enkel ingevolge de Verordening 2016/679), alle doeleinden van de verwerking, alsook de rechtsgrond van de verwerking (dat laatste ook enkel ingevolge de Verordening 2016/679), de contactgegevens van de functionaris voor de gegevensbescherming (vanaf het van toepassing worden van de Verordening 2016/679), de ontvangers of categorieën van ontvangers van de persoonsgegevens (de instanties waaraan persoonsgegevens worden meegedeeld in het kader van een bijzondere onderzoeksopdracht uitgesloten), het voornemen om de persoonsgegevens door te geven aan derde landen of internationale organisaties, samen met een reeks andere inlichtingen hierover zoals het al dan niet bestaan van een adequaatheidsbesluit van de Commissie (dit laatste enkel ingevolge de Verordening 2016/679), het al dan niet verplicht karakter van het antwoord en de gevolgen van niet-beantwoording, de rechten van de betrokkene, de bewaartermijn (ingevolge de Verordening 2016/679), het klachtrecht bij een toezichthoudende autoriteit (ingevolge de Verordening

2016/679) en het bestaan van profilering (verplichting tot mededeling ingevolge de Verordening 2016/679)¹⁵⁴³. Deze informatie moet worden verstrekt uiterlijk op het moment dat de gegevens worden verkregen en de rechtspraak lijkt te aanvaarden dat minstens een deel van de te verstrekken informatie ook via een wettelijke bepaling kan worden verstrekt¹⁵⁴⁴. De informatie moet niet worden verstrekt als de betrokkene daarvan al op de hoogte is (artikel 10 van de Richtlijn 95/46 en artikel 9 § 1 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens en artikel 13.4 van de Verordening 2016/679).

563. In de *toelichting bij de aangifte* in de personenbelasting en de belasting voor de niet-inwoners (natuurlijke personen) wordt, zoals al opgemerkt, een pagina gewijd aan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer¹⁵⁴⁵. In deze toelichting wordt verwezen naar de aangifte bij de Commissie voor de bescherming voor de persoonlijke levenssfeer over de elektronische verwerking van persoonsgegevens. Daarnaast wordt bepaalde andere informatie gegeven, waaronder de identiteit van de verwerkingsverantwoordelijke en diens contactgegevens.

Wat betreft de doeleinden van de verwerking wordt zeer algemeen gesteld dat deze de “vaststelling, controle, heffing en invordering van de belastingen betreffen”. Zoals hierboven gesteld kan door de verwijzing naar de “toepasselijke wetgeving betreffende de inkomstenbelastingen” worden aangenomen dat hier de vaststelling, controle, heffing en invordering van de inkomstenbelastingen wordt bedoeld. De rechtsgrond van de verwerking ontbreekt voorlopig (verplichting als gevolg van de Verordening 2016/679).

Wat betreft de ontvangers of de categorieën van ontvangers wordt gekozen voor een niet-limitatieve opsomming van categorieën van ontvangers. Er wordt gesteld dat bestemmingen van de persoonsgegevens zijn, naast de betrokkene zelf; “*andere bestemmingen volgens de wettelijke verplichtingen terzake (...), zoals (...)*”. Wat volgt is een zeer ruime opsomming van categorieën van ontvangers, zodat de vraag rijst welke instanties nog meer worden bedoeld dan deze vermeld in de opsomming. Hierin worden met name vermeld: de andere diensten van de FOD Financiën, andere federale overheidsdiensten, besturen van Gemeenschappen, Gewesten, provincies, agglomeraties, federaties van gemeenten, gemeenten en openbare instellingen en inrichtingen, en ten slotte andere landen waarmee België verdragen of internationale overeenkomsten betreffende administratieve samenwerking of uitwisseling van inlichtingen heeft afgesloten. Ook bij de “andere federale overheidsdiensten” wordt een niet-limitatieve opsomming gegeven, nl. “federale overheidsdiensten *zoals* gerecht, politiediensten, de Cel voor financiële informatieverwerking, instellingen van sociale zekerheid”. De opsomming van de categorieën van ontvangers blijft dus, onder meer door de suggestie dat er nog meer categorieën zijn dan de opgesomde categorieën, vaag. Met de inwerkingtreding van de

¹⁵⁴³ Voor geautomatiseerde besluitvorming is er geen wettelijke basis voorhanden – zie hierover de onderafdeling over de draagwijdte van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens

¹⁵⁴⁴ HvJ 1 oktober 2015, C-201/14, BARA, overweging 37 en 38

¹⁵⁴⁵ Merk op dat de verplichting tot kennisgeving van bepaald informatie ook reeds bestond in het kader van de Wet Verwerking Persoonsgegevens 1992 zoals deze bestond voor de omzetting van de de Richtlijn 95/46. De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer heeft in 1995 reeds op eigen initiatief een advies uitgebracht waarbij werd gesteld dat de aangifte geen van de vermeldingen bevat zoals voorgeschreven door de wet (Advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van 27 juni 1995 (nr. 22/95). De Commissie merkt daarbij op dat vooral de diverse administraties waaraan gegevens worden meegedeeld de belastingplichtige onbekend zijn.

Verordening 2016/679 zal wat betreft de ontvangers of categorieën van ontvangers samen met het voornemen om de persoonsgegevens door te geven aan derde landen of internationale organisaties, ook bijkomende informatie moeten worden verstrekt waaronder het al dan niet bestaan van een adequaatheidsbesluit van de Commissie. Deze informatie ontbreekt voorlopig. Ten slotte wordt in de toelichting bij de aangifte melding gemaakt van de ambtenaren binnen de FOD Financiën die *“op grond van artikel 5 van de wet van 3 augustus 2012 de persoonsgegevens verwerken met het oog op het voeren van gerichte controles op basis van risico-indicatoren en met het oog op het uitvoeren van analyses”*. Ook deze personen worden toegevoegd aan de lijst met ontvangers van de persoonsgegevens. Hoewel deze vermelding zou kunnen kwalificeren als de mededeling dat er met de via de aangifte ontvangen persoonsgegevens aan profilering zal worden gedaan, moet toch worden gesteld dat deze mededeling onvoldoende duidelijk wordt geformuleerd. De mededeling is uiteindelijk gericht tot een zeer ruime groep van personen, bij wie er niet steeds juridische voorkennis is. Rekening houdend met de vereisten van de Verordening 2016/679 om met heldere taal te communiceren met de betrokkenen in het kader van de uitoefening van hun rechten, is de omschrijving van deze categorie van ontvangers van de persoonsgegevens problematisch.

De rechten van de betrokkene worden in deze toelichting wel vermeld, al wordt geen enkele bijkomende toelichting gegeven over de wijze waarop de betrokkene deze rechten moet uitoefenen. Dit is dan wel niet uitdrukkelijk verplicht op grond van de Richtlijn 96/46 en de Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens, maar lijkt problematisch op grond van de Verordening 2016/679 waarin wordt voorgeschreven dat de verwerkingsverantwoordelijke de uitoefening van de rechten moet faciliteren (zie artikel 12.2 van de verordening 2016/679).

Het al dan niet verplicht karakter van de aangifte en de gevolgen van niet-beantwoording worden in deze toelichting niet vermeld. Het verplicht karakter van de aangifte en de sancties op een niet-aangifte blijken wel uit de wet. Rekening houdend met de rechtspraak van het Hof van Justitie¹⁵⁴⁶, lijkt dit te volstaan. Hierboven werd al gesteld dat de vervanging van de individuele kennisgeving door een kennisgeving via een wettelijke bepaling enkel mogelijk lijkt te zijn voor minder essentiële informatie, en in de mate dat de wettelijke bepaling kwalificeert als een voorzienbare wettelijke bepaling. Het al dan niet verplicht karakter van de aangifte lijkt vanuit het oogpunt van het persoonsgegevensbeschermingsrecht minder essentiële informatie die daarom ook door de wet kan worden verstrekt. De wet is voldoende duidelijk zowel wat betreft de aangifteplicht (artikel 305 W.I.B. 1992) als wat betreft de sancties (artikel 351 W.I.B. 1992, artikel 354 lid 1 en 3 W.I.B. 1992, 358 W.I.B. 1992, artikel 444 W.I.B. 1992, 445 W.I.B. 1992 en artikel 449 W.I.B. 1992).

De contactgegevens van de functionaris voor de gegevensbescherming, de bewaartermijn en het klachtrecht bij een toezichthoudende autoriteit ontbreken voorlopig (verplichtingen als gevolg van de Verordening 2016/679).

¹⁵⁴⁶ HvJ 1 oktober 2015, C-201/14, BARA

b.De kadastraangifte

564. Ook bij de kadastraangiftes wordt een toelichting toegevoegd, die evenwel duidelijk niet de kennisgevingsverplichting van het persoonsgegevensbeschermingsrecht tot doel heeft. De vraag rijst of deze toelichting, eventueel gecombineerd met bepaalde wettelijke bepalingen, kan kwalificeren als een kennisgeving conform het persoonsgegevensbeschermingsrecht.

De identiteit van de verwerkingsverantwoordelijke wordt niet vermeld in de toelichting. De FOD Financiën werd evenwel aangeduid als verwerkingsverantwoordelijk in de wet van 3 augustus 2012. De vermelding van de verwerkingsverantwoordelijke lijkt evenwel essentiële informatie. De betrokkene moet immers weten tot wie zich te richten voor de uitoefening van zijn rechten. Het vervangen van de individuele kennisgeving door een wettelijke bepaling lijkt in die zin problematisch. Ook contactgegevens ontbreken, ook in de wet van 3 augustus 2012.

De doeleinden van de verwerking worden voor wat betreft de kadastraangifte van artikel 474 W.I.B. 1992 wel duidelijk vermeld in de toelichting bij het aangifteformulier 43 d. Voor de doeleinden van de kadastraangifte van artikel 473 W.I.B. 1992 wordt enkel de wet weergegeven, waaruit de betrokkene met wat goede wil, kan afleiden dat de finaliteit van deze kadastraangiftes de vaststelling van het kadastraal inkomen is. Een vermelding van de rechtsgrond van de verwerking ontbreekt (verplichting als gevolg van de Verordening 2016/679).

De ontvangers of categorieën van ontvangers van de persoonsgegevens die via de kadastraangifte worden verzameld, worden in deze toelichtingen dan weer niet meegedeeld, laat staan het voornemen om deze persoonsgegevens door te geven aan derde landen of internationale organisaties. Er bestaat ook geen duidelijke wettelijke bepaling waaruit de betrokkene kan afleiden aan wie de verstrekte persoonsgegevens systematisch worden bezorgd. Wel zijn er een reeks machtigingen van het sectoraal comité voor de federale overheid waaruit blijkt aan welke instanties bepaalde persoonsgegevens door de administratie van de Patrimoniumdocumentatie worden doorgegeven, zoals onder meer de notarissen (machtiging sectoraal comité FO 09/2011 van 12 mei 2011) of het beroepsinstituut voor de vastgoedmakelaars (machtiging sectoraal comité FO 07/2010 van 25 maart 2010). De Richtlijn 95/46 noch de Verordening 2016/679 laten evenwel toe aan te nemen dat de kennisgevingsplicht kan worden vervangen door de publicatie van een machtiging van een toezichthoudende overheid. In deze machtiging moet dan overigens nog worden nagekeken *welke* persoonsgegevens onder welke voorwaarden worden doorgegeven. De kennisgeving van de ontvangers of categorieën van ontvangers is in die zin ontoereikend.

Terwijl het verplicht karakter van de aangifte en de sancties erop staan aangegeven in de aangifte overeenkomstig artikel 473 W.I.B. 1992, is dit in de aangifte op grond van artikel 474 W.I.B. 1992 niet het geval. Het verplicht karakter van de aangifte en de sancties op een niet-aangifte blijken wel, net zoals dit het geval is met de aangiftes op grond van artikel 305 W.I.B. 1992, uit de wet zelf. Rekening houdend met de rechtspraak van het Hof van

Justitie¹⁵⁴⁷, en met het minder essentieel karakter van deze informatie vanuit het oogpunt van het persoonsgegevensbeschermingsrecht, lijkt de afwezigheid van individuele kennisgeving geen probleem.

De rechten van de betrokkene ontbreken ten slotte, net als de bewaartermijn, het klachtrecht bij een toezichthoudende autoriteit en het bestaan van profilering, zij het dat de drie laatste elementen slechts als gevolg van het van toepassing worden van de Verordening 2016/679 moeten worden meegedeeld. Door het gebrek aan kennisgeving van de rechten van de betrokkenen is de kennisgeving bij het verstrekken van informatie in de kadastraangiftes in ieder geval vandaag al gebrekkig.

2. Kennisgeving aan betrokkenen bij wie de persoonsgegevens niet zijn gekomen

565. In de aangiftes die wordt gedaan door natuurlijke personen worden er ook persoonsgegevens ingezameld van andere natuurlijke personen. Bij de aangiftes voor rechtspersonen zullen de persoonsgegevens – in de mate dat er worden ingezameld – steeds van een andere persoon zijn dan de aangever. De fiscale administratie dient evenwel – in principe - ook dan informatie te verstrekken aan de betrokkene, dit op het moment van de registratie van deze persoonsgegevens¹⁵⁴⁸. De te verstrekken informatie komt in grote mate overeen met de informatie die moet worden verstrekt bij het verkrijgen van persoonsgegevens bij de betrokkene zelf. De mogelijkheden om een uitzondering te bekomen op deze kennisgevingsplicht zijn evenwel, zeker voor overheden, uitgebreider dan wanneer de persoonsgegevens bij de betrokkene worden verkregen, wat de bescherming van de persoonsgegevens in grote mate afzwakt. Zo is er geen verplichting tot informatieverstrekking wanneer de registratie verricht wordt *met het oog op* de toepassing van een bepaling voorgeschreven *door of krachtens* een wet, een decreet of een ordonnantie (artikel 9 § 2 b van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). De Verordening 2016/679 behoudt deze uitzondering, zij het dat “het *verkrijgen* of *verstrekken* van de gegevens *uitdrukkelijk* moet zijn voorgeschreven bij Unie- of lidstatelijk recht dat op de verwerkingsverantwoordelijke van toepassing is en dat recht voorziet in passende maatregelen om de gerechtvaardigde belangen van de betrokkene te beschermen (artikel 14.5.c van de Verordening 2016/679). Daarnaast kan de fiscale administratie vrijgesteld worden van de kennisgevingsplicht wanneer de verstrekking van informatie aan de betrokkene onmogelijk blijkt of onevenredig veel moeite kost (artikel 11.2 van de Richtlijn 95/46 en artikel 9 § 2 lid 2, a van de Wet Verwerking Persoonsgegevens) zoals wanneer het over een zeer groot aantal betrokkenen gaat¹⁵⁴⁹. De vrijstelling van de kennisgevingsplicht is in dat geval overigens maar tijdelijk¹⁵⁵⁰. De informatie moet immers toch worden verstrekt wanneer de verwerkingsverantwoordelijke voor de eerste keer in contact treedt met de betrokken persoon (artikel 30 lid 1 van het Uitvoeringsbesluit). Indien de

¹⁵⁴⁷ HvJ 1 oktober 2015, C-201/14, BARA

¹⁵⁴⁸ Artikel 14.3 van de Verordening 2016/679 heeft dit moment sterk verduidelijkt – zie hierover de onderafdeling over de draagwijdte van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens

¹⁵⁴⁹ Zie overweging 40 van de Richtlijn 95/46; zie ook D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 198, randnummer 268

¹⁵⁵⁰ Zie D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*. Brussel, Politeia 2015, 376-377 die het onderscheid maakt tussen de relatieve onmogelijkheid om de informatie te verstrekken en de absolute onmogelijkheid

verwerkingsverantwoordelijke niet in contact treedt met de betrokkene maar de persoonsgegevens aan een derde meedeelt, dan moet de derde de informatie voorgeschreven door de Wet Verwerking Persoonsgegevens verstrekken wanneer deze voor het eerst met de betrokkene in contact treedt (artikel 30 lid 2 van het Uitvoeringsbesluit). Wanneer de verwerkingsverantwoordelijke niet in de mogelijkheid is om de kennisgevingsplicht na te komen, moet melding worden gemaakt van zijn onmogelijkheid om de betrokkenen in te lichten, dan wel van het feit dat dit onevenredig veel moeite kost, in de aangifte die op grond van artikel 17 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens aan de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer moet gebeuren. In de aangifte die de FOD Financiën in dat kader heeft gedaan bij de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer wordt hiervan geen melding gemaakt. Terzake de kennisgeving van de betrokkene wordt in de aangifte enkel vermeld: “réglementation fiscale en vigueur”, zodat het gebrek aan kennisgeving van de betrokkene wanneer de persoonsgegevens niet bij hem of haar zijn verkregen vermoedelijk door de administratie wordt gebaseerd op de aanwezigheid van een wettelijke bepaling.

De fiscale administratie kan weliswaar stellen dat de registratie van persoonsgegevens die niet bij de betrokkene zelf zijn verkregen (in casu met name via de aangifte van een andere persoon) wordt verricht *met het oog op* de toepassing van een bepaling voorgeschreven *door of krachtens* een wet, namelijk de heffing van de belastingen (artikel 9 § 2 b van de Wet Verwerking Persoonsgegevens), doch hiervoor werd al aangegeven dat de Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens niet richtlijnconform lijkt te zijn, nu de Richtlijn 95/46 verlangt dat de registratie zelf bij wet is voorgeschreven en dat de lidstaten bovendien voor passende waarborgen moeten zorgen. De registratie van de persoonsgegevens verkregen in de aangifte van een andere persoon, is doorgaans voorgeschreven door het Belgisch recht (hetzij in een formele wet, hetzij in een uitvoeringsbesluit), doch passende waarborgen voor de betrokkene in het kader van diens recht op transparantie lijken in algemene zin te ontbreken. Ook bij het van toepassing worden van de Verordening 2016/679 lijkt de algemene afwezigheid van kennisgeving van informatie aan de betrokkene wanneer persoonsgegevens worden verwerkt die niet bij de betrokkene zijn verkregen, niet langer zonder meer mogelijk. Op grond van de Verordening 2016/679 is er in dat geval slechts vrijstelling van kennisgeving indien het *verkrijgen* of *verstrekken* van de gegevens *uitdrukkelijk* is voorgeschreven bij Unie- of lidstatelijk recht dat op de verwerkingsverantwoordelijke van toepassing is en dat recht voorziet in passende maatregelen om de gerechtvaardigde belangen van de betrokkene te beschermen (artikel 14 lid 5 c van de Verordening 2016/679). Een passende waarborg zou er kunnen in bestaan dat de betrokkene wel wordt ingelicht zoals voorgeschreven in de Richtlijn 95/46 of de Verordening 2016/679 op het ogenblik dat de fiscale administratie voor het eerst in contact treedt met de betrokkene, of op het ogenblik dat een derde, die de persoonsgegevens van de fiscale administratie heeft verkregen voor het eerst in contact treedt met de betrokkene.

B. Het recht op inzage

566. Een tweede concreet en cruciaal recht waarover de betrokkene beschikt in het kader van zijn recht op transparantie, is het recht op inzage. De vraag rijst dus in welke mate de betrokkene inzage kan krijgen van de persoonsgegevens die via de aangifte zijn ingezameld, alsook van alle informatie die op deze persoonsgegevens betrekking heeft, zoals de doeleinden van de verwerking van die persoonsgegevens, de ontvangers of categorieën ontvangers aan wie de gegevens al zijn of nog zullen worden verstrekt, of de oorsprong van die gegevens (van belang voor het recht op inzage van de persoonsgegevens die via een aangifte zijn bekomen van een andere persoon dan de betrokkene).

567. Het recht op inzage bij de FOD Financiën werd beperkt door artikel 11 van de wet van 3 augustus 2012, bijgestuurd door artikel 96 van de wet van 17 juni 2013 houdende de fiscale en financiële bepalingen en betreffende de duurzame ontwikkeling¹⁵⁵¹, dat een bijkomende paragraaf 7 invoert in artikel 3 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens. Het recht op inzage is niet van toepassing gedurende de periode tijdens dewelke de betrokkene het voorwerp uitmaakt van een controle, een onderzoek of de daarmee verband houdende voorbereidende werkzaamheden, voor zover de toepassing ervan nadelig zou zijn voor de controle, voor het onderzoek of voor de voorbereidende werkzaamheden en alleen voor de duur daarvan. Er werd al verdedigd dat de inzage van de persoonsgegevens die de fiscale administratie heeft bekomen van de eigen aangifte, nooit als nadelig kan worden beschouwd voor de controle, het onderzoek of de voorbereidende werkzaamheden, zodat deze inzage van deze gegevens in principe nooit zal kunnen worden geweigerd. Deze visie wordt ondersteund door de voorbereidende werken van de wet van 3 augustus 2012, waar wordt gesteld dat de fiscale administratie nooit zal kunnen beslissen dat de “basisgegevens” van het fiscaal dossier, die ook beschikbaar zijn via het portaal www.myminf.be, niet kunnen worden ingezien¹⁵⁵², omdat de inzage van deze algemene gegevens het lopende onderzoek of de voorbereiding ervan in geen enkele omstandigheid kan schaden. Als voorbeelden van deze “basisgegevens” worden de inlichtingen genoemd die de persoon zelf aan de administratie geeft via de aangifte.

B. Het recht op verbetering en vervollediging en het recht op wissen

568. Onjuiste of onvolledige informatie die door de aangever wordt opgenomen in de aangifte kan door de aangever worden rechtgezet of aangevuld zolang de bezwaartermijn niet is verstreken¹⁵⁵³. Dit vloeit voort uit artikel 170 van de Grondwet op grond waarvan de fiscale administratie enkel de wettelijk verschuldigde belasting kan heffen. Onjuistheden in de aangifte die ertoe leiden dat een wettelijk niet verschuldigde belasting gevestigd wordt, kunnen dus steeds worden rechtgezet. Dit recht wordt wel beperkt in de tijd, met name kan de rechtzetting maar worden gevraagd tot op het moment dat de termijn om tegen het bedrag van de gevestigde aanslag bezwaar in te dienen, verstrijkt (artikel 366 W.I.B. 1992). Na het verstrijken van de bezwaartermijn, kan onjuiste informatie op grond waarvan een

¹⁵⁵¹ B.S. 28 juni 2013. Deze wijziging ging in op 8 juli 2013 (10 dagen na publicatie).

¹⁵⁵² Parl. St. Kamer, 2012-2013, 53-2756/001, 57

¹⁵⁵³ Cass. 10 maart 2016, www.cass.be

aanslag werd gevestigd slechts worden rechtgezet wanneer het laattijdig inroepen ervan wordt verantwoord door gewettigde redenen (artikel 376 W.I.B. 1992 – de ontheffing van ambtswege). De mogelijkheid om onjuiste informatie recht te zetten, en bij uitbreiding onjuiste persoonsgegevens recht te zetten, wordt in het fiscaal recht dus gekoppeld aan een termijn. De mogelijkheid om persoonsgegevens te laten verbeteren is in het persoonsgegevensbeschermingsrecht evenwel niet gekoppeld aan enige termijn. Het volstaat dat het om persoonsgegevens gaat, die voor verbetering vatbaar zijn, wat niet het geval is voor subjectieve informatie over een natuurlijke persoon¹⁵⁵⁴.

569. In het fiscaal procedurerecht lijkt een rechtzetting van persoonsgegevens die niet van aard zijn dat zij de aanslag beïnvloeden, slechts mogelijk zolang de aanslag niet is gevestigd. Eens de aanslag is gevestigd dient de rechtzetting te worden gevraagd door op te komen tegen het bedrag van de aanslag zelf via hetzij de bezwaarprocedure (artikel 366 WIB 1992), hetzij de procedure van de ontheffing van ambtswege (artikel 376 WIB 1992). Op grond van het persoonsgegevensbeschermingsrecht kan daarentegen steeds een rechtzetting van persoonsgegevens worden gevraagd, ook al beïnvloedt de rechtzetting de aanslag niet.

In de mate dat de rechtzetting van de persoonsgegevens wel van aard is de aanslag te beïnvloeden, zal een rechtzetting van persoonsgegevens op grond van het persoonsgegevensbeschermingsrecht evenwel niet zover reiken dat hierdoor ook aan de beslissingen die op basis van deze onjuiste persoonsgegevens zijn genomen, wordt geraakt. De aanslag zal dus niet worden gewijzigd wanneer, na het verstrijken van de bezwaartermijn, om een verbetering van persoonsgegevens wordt gevraagd. Wel heeft de betrokkene het recht op kennisgeving aan derden aan wie de onjuiste persoonsgegevens zijn verstrekt, van elke verbetering, tenzij dat onmogelijk blijkt of onevenredig veel moeite kost (artikel 12.c van de Richtlijn 95/46 en artikel 19 van de Verordening 2016/679). Beslissingen van derden op basis van de onjuiste persoonsgegevens worden hierdoor vermeden. In die zin vormt dit recht op verbetering op grond van het persoonsgegevensbeschermingsrecht een bijkomende rechtsbescherming. Op grond van de Verordening 2016/679 dient de verwerkingsverantwoordelijke bovendien aan de betrokkene informatie te verstrekken over deze ontvangers van de onjuiste gegevens, indien de betrokkene hierom verzoekt.

570. In toepassing van de Wet Verwerking Persoonsgegevens heeft de betrokkene ook nog het recht om de persoonsgegevens die zijn verwerkt op een wijze die niet overeenstemt met de Richtlijn 95/46, te laten wissen of afschermen (artikel 12.b van de Richtlijn 95/46). In artikel 12 § 1 vijfde lid van de Wet Verwerking Persoonsgegevens wordt gesteld dat dit recht op wissen met name geldt wanneer de persoonsgegevens gelet op het doel van de verwerking, onvolledig of niet ter zake dienend zijn, alsook ingeval de registratie, de mededeling of de bewaring van deze persoonsgegevens verboden is, of ten slotte in het geval persoonsgegevens worden bewaard na verloop van de toegestane duur. Net als bij het recht op verbetering hangt met het recht op wissen, het recht samen op kennisgeving aan derden aan wie de gegevens zijn verstrekt, van het wissen van persoonsgegevens, tenzij dat onmogelijk blijkt of onevenredig veel moeite kost (artikel 12.c van de Richtlijn 95/46). Het

¹⁵⁵⁴ D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*. Brussel, Politeia 2015, 415

recht op vergetelheid van artikel 17 van de Verordening 2016/679 kan niet langer worden ingeroepen in de context van dit onderzoek.

Onderafdeling 2 Informatie bekomen op basis van de uitoefening van de onderzoeksbevoegdheden ten aanzien van de belastingplichtige

§ 1 Afbakening van het onderwerp

571. Een tweede vorm van informatie-inzameling bij de belastingplichtige zelf, betreft de verzameling van informatie waarbij de door de wet toegekende onderzoeksbevoegdheden worden aangewend. De onderzoeksbevoegdheden die de fiscale administratie *ten aanzien van de belastingplichtige* kan aanwenden staan in het wetboek van de inkomstenbelastingen vermeld in afdeling I van het hoofdstuk III over “onderzoek en controle”, genaamd “plichten van de belastingplichtigen”. Naast deze onderzoeksbevoegdheden worden nog een aantal onderzoeksbevoegdheden vermeld in Titel IX van het wetboek van de inkomstenbelastingen, die handelt over het kadastraal inkomen van onroerende goederen (zie afdeling II van hoofdstuk II van deze titel IX). De onderzoeksbevoegdheden die ten aanzien van de belastingplichtige kunnen worden uitgevoerd staan vermeld in de artikelen 475, 1° en 476 W.I.B. 1992.

572. Hierna wordt de draagwijdte van het recht op privéleven en het recht op de bescherming van de persoonsgegevens onderzocht voor de informatieverzameling ten gevolge van de uitoefening van deze onderzoeksbevoegdheden, te weten het boekenonderzoek, het vraagrecht en het visitatierecht.

573. Tot het boekenonderzoek wordt zowel de verplichting gerekend om bepaalde boeken en bescheiden voor te leggen (artikel 315 en 315 bis W.I.B. 1992) als de mogelijkheid voor de fiscale administratie om bepaalde van deze boeken ook te behouden (artikel 315 ter W.I.B. 1992). De mogelijkheid om papieren boeken en bescheiden te behouden werd ingevoerd door de wet van 21 december 2013¹⁵⁵⁵. Voordien al bestond de mogelijkheid om een kopie te vragen en mee te nemen van de boeken en bescheiden die worden bijgehouden op een informaticasysteem of een ander elektronisch apparaat (artikel 315bis derde lid W.I.B. 1992)¹⁵⁵⁶. Tot het boekenonderzoek wordt eveneens de mogelijkheid gerekend om in het kader van de vaststelling van het kadastraal inkomen van de belastingplichtige te eisen om inzage te verlenen van bepaalde boeken en bescheiden (artikel 475, 1° W.I.B. 1992).

574. Tot het vraagrecht wordt zowel de verplichting gerekend om te antwoorden op vragen om inlichtingen bedoeld in artikel 316 W.I.B. 1992, als de gelijkaardige verplichting om inlichtingen over te leggen in het kader van de vaststelling van het kadastraal inkomen (artikel 475, 1° W.I.B. 1992).

¹⁵⁵⁵ Meer in het bijzonder artikel 24 van de wet van 21 december 2013 (B.S. 31 december 2013, ed. 2). De wet trad in werking op 10 januari 2014. De wet harmoniseert hiermee de onderzoeksbevoegdheden in het wetboek van de inkomstenbelastingen met deze in het btw-wetboek.

¹⁵⁵⁶ Circ. AAFisc 26/2014 (Ci.RH.831/633.817 en E.T. 126.407) 27 juni 2014, onder verwijzing naar de memorie van toelichting, *Parl. St.*, Kamer, nr. 53, 3236/001, 18

575. Wat betreft het visitatierecht wordt zowel de mogelijkheid besproken om toegang te vragen tot lokalen op grond van artikel 319 W.I.B. 1992 als het recht zich in gebouwen en eender welke onroerende goederen te begeven in het kader van de vaststelling van het kadastraal inkomen op grond van artikel 476 W.I.B. 1992.

§ 2 De uitoefening van de onderzoeksbevoegdheden ten aanzien van de belastingplichtige als inmenging in het privéleven

576. Hierna wordt bekeken in welke mate de uitoefening van deze onderzoeksbevoegdheden als een inmenging in het privéleven kan worden beschouwd. Hiertoe zal een onderscheid worden gemaakt tussen het boekenonderzoek en het vraagrecht enerzijds en het visitatierecht anderzijds. Deze laatste onderzoeksbevoegdheid raakt immers aan het recht op woning van artikel 8 EVRM en bekleedt in die context een bijzondere positie.

577. Voor de hier besproken onderzoeksbevoegdheden die ten aanzien van de belastingplichtigen kunnen worden uitgeoefend, stelt de rechtspraak doorgaans dat de meewerkverplichting enkel de belastingplichtige zelf treft alsook eventueel zijn wettelijke vertegenwoordiger of gevolmachtigde, maar niet derden, zoals werknemers of familieleden die geen volmacht hebben¹⁵⁵⁷. Dit is van belang voor de beoordeling van het privacyinvasief karakter van de inmenging in het privéleven. Door het feit dat de informatie die ten gevolge van de uitoefening van deze onderzoeksbevoegdheden bij de administratie terecht komt, alleen door de betrokkene zelf ter beschikking kan worden gesteld, dient de uitoefening van deze onderzoeksbevoegdheden, in de mate dat ze als een inmenging in het privéleven kunnen worden beschouwd, als minder privacyinvasief te worden gezien dan wanneer ook derden deze informatie kunnen ter beschikking stellen van de fiscale administratie.

¹⁵⁵⁷ Zie bijvoorbeeld: Antwerpen 31 maart 2009, *Fiscoloog* nr. 1172, 13, waarbij de fiscale administratie een onderzoek ter plaatse uitvoert in het tankstation dat een belastingplichtige uitbaat. De controleambtenaren treffen er enkel de zoon van de belastingplichtige aan. Hij weigert zijn medewerking te verlenen aan het onderzoek en gaat aldus (o.m.) niet in op de vraag bepaalde computerbestanden voor te leggen waaruit de omzet zou blijken. De fiscale administratie vestigt daarom een aanslag van ambtswege. Het Hof van Beroep besluit dat aan de zoon niet kan worden verweten niet te hebben meegewerkt aan de fiscale controle omdat nergens uit blijkt dat de zoon op het moment van de controle meer was dan een "werknemer" van het tankstation. Volgens het Hof is "enkel de belastingplichtige of zijn gevolmachtigde" verplicht mee te werken aan een boekenonderzoek of een onderzoek ter plaatse (in de zin van de artikelen 315, 315bis en 319 W.I.B. 1992), en kunnen ook enkel van deze personen "inlichtingen" worden gevraagd (wanneer toepassing wordt gemaakt van artikel 316 W.I.B. 1992 m.b.t. vragen om inlichtingen aan de belastingplichtige). In het kader van deze onderzoeksdaaden kan de Administratie zich bijgevolg "niet wenden tot bedienden, aangestelden, partners of familieleden van de belastingplichtige", tenzij de belastingplichtige hen zou gemachtigd hebben hem te vertegenwoordigen ten overstaan van de fiscus. Zie ook Brussel 9 oktober 2008, *RGCF* 2009, alf. 3, 224; Rb. Leuven 13 januari 2012, *TFR* 2012, 490, noot A. DELAFONTEYNE. Voor wat betreft de fiscale visitatie interpreteert de rechtspraak deze voorwaarde soms zeer soepel: zie bv. rb. Gent 9 december 2015, www.monkey.be, *Fisc. Koer.* 2016/04, 497 – 503. In deze zaak openden twee Poolse arbeiders de deur nadat de lokale politie ter plekke was gekomen. Een aantal minuten later arriveerde de belastingplichtige die nadien wel de vrije toegang verschaftte tot alle vertrekken in het gebouw. De rechtbank oordeelde dat er terzake geen schending was van artikel 319 W.I.B. 1992; contra: rb. Bergen 26 april 2011, *Fiscoloog* 2011, afl. 1263, 2 (waarin werd aanvaard dat de echtgenote van de belastingplichtige de toestemming kon geven)

I. Het boekenonderzoek en het vraagrecht

A. De vraagstelling

578. Hierna wordt nagegaan in welke mate de concrete overheidshandeling die erin bestaat dat de fiscale administratie een boekenonderzoek uitvoert of een vraag om inlichtingen stelt aan de belastingplichtige, een inmenging kan vormen in het privéleven.

579. Net als bij de aangifte zal dit het geval zijn wanneer door dit boekenonderzoek of deze vraag om inlichtingen gericht tot een belastingplichtige, **die een natuurlijke persoon is**, er sprake is van ongewilde kennisname van informatie die tot het private leven in de enge zin van het woord kan worden gerekend. Daarom zal moeten worden nagegaan of de kennisname van informatie ten gevolge van het vraagrecht of het boekenonderzoek ongewild gebeurt (zie hierna punt B) en vervolgens wat de aard is van de informatie waarvan kennis wordt genomen (zie hierna punt C.). Wat dat laatste punt betreft zal niet alleen de kennisname van informatie die tot het private leven in de enge zin van het woord kan worden gerekend, kunnen leiden tot een inmenging in het privéleven in de zin van artikel 8 EVRM. Ook wanneer via het boekenonderzoek of het vraagrecht op enigerlei wijze wordt geraakt aan het recht op correspondentie, kan er sprake zijn van een inmenging in het privéleven. Van groot belang voor dit onderzoek is de vaststelling dat, hoewel het recht op correspondentie in wezen vereist dat er sprake is van communicatie tussen personen¹⁵⁵⁸, er door het EHRM zeer snel wordt besloten dat er aan het recht op correspondentie wordt geraakt, zonder dat in concreto wordt nagegaan of er sprake is van communicatie tussen personen. Terzake kan worden verwezen naar de rechtspraak over cliëntendossiers die in beslag worden genomen in een advocatenkantoor¹⁵⁵⁹, of de rechtspraak over de inbeslagname van de volledige hard disk van een advocaat¹⁵⁶⁰ waarvan het EHRM klaarblijkelijk aanneemt dat (minstens) een deel van het in beslag genomen materiaal informatie bevat die voortvloeit uit de (vertrouwelijke) communicatie tussen de cliënt en de advocaat. Het in beslag nemen van de back-up van de volledige harde schijf van een bedrijf wordt om dezelfde reden door het EHRM beschouwd als een inmenging in het recht op correspondentie, vanuit de vaststelling dat op deze harde schijf minstens ook private correspondentie van werknemers stond¹⁵⁶¹.

580. De bescherming van het recht op correspondentie is daarnaast ook van groot belang voor **rechtspersonen**. Communicatie gevoerd namens een rechtspersoon geniet evengoed en op dezelfde wijze als voor een natuurlijke persoon¹⁵⁶² van de rechtsbescherming van artikel 8 EVRM¹⁵⁶³. Het boekenonderzoek en de vraag om inlichtingen uitgeoefend ten aanzien van een *rechtspersoon* zal dus als een inmenging in het recht op correspondentie

¹⁵⁵⁸ EHRM 6 december 2012, MICHAUD/Frankrijk (§90)

¹⁵⁵⁹ EHRM 16 december 1992, NIEMIETZ /Duitsland (§32); zie ook EHRM 19 september 2002, TAMOSIUS/VK

¹⁵⁶⁰ EHRM 27 september 2005, SALLINEN/Finland

¹⁵⁶¹ EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen (§129)

¹⁵⁶² EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen (§106); zie ook EHRM 16 juni 2015; OTHYMIA/Nederland (§36-37)

¹⁵⁶³ EHRM 28 juni 2007, ASSOCIATION FOR EUROPEAN INTEGRATION AND HUMAN RIGHTS & EKIMDZHIEV/Bulgarije; EHRM 16 oktober 2007, WIESER AND BICOS BETEILIGUNGEN/Oostenrijk (§ 45); zie ook P.H.P.H.M.C. VAN KEMPEN, "The Recognition of Legal Persons in International Human Rights Instruments: Protection Against and Through Criminal Justice?" In M. PIETH & R. IVORY (Eds.), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*; Heidelberg, Springer, 2011, 379

worden beschouwd wanneer er sprake is van ongewilde kennisname of de mogelijkheid tot ongewilde kennisname van de inhoud van gesprekken, of van communicatiegegevens.

Daarnaast zal een boekenonderzoek of een vraag om inlichtingen gesteld ten aanzien van een rechtspersoon slechts als een inmenging in het privéleven kunnen worden beschouwd wanneer hierdoor ongewild kennis wordt genomen van confidentiële commerciële informatie over de rechtspersoon¹⁵⁶⁴. Tot slot zal een boekenonderzoek of een vraag om inlichtingen gesteld ten aanzien van een rechtspersoon ook als een inmenging in het privéleven kunnen worden beschouwd wanneer de rechtspersoon kan worden gelijkgeschakeld met een natuurlijke persoon, op de wijze zoals hierboven toegelicht.

581. Hierna zal dus worden nagegaan (in punt B) in welke mate het verstrekken van informatie als gevolg van de uitoefening van onderzoeksbevoegdheden ongewild gebeurt. Hoewel het antwoord op deze vraag voor de hand liggend lijkt te zijn, rijst toch de vraag in welke mate het zwijgrecht in het kader van de uitoefening van deze onderzoeksbevoegdheden kan worden ingeroepen en vervolgens in welke mate dit zwijgrecht noopt tot de conclusie dat er geen sprake kan zijn van ongewilde kennisname. Volledigheidshalve moet worden opgemerkt dat de belastingplichtige die onderworpen wordt aan het boekenonderzoek of een vraagrecht van de fiscale administratie ook zijn medewerking kan weigeren wanneer door de bekendmaking van boeken, bescheiden of inlichtingen, informatie bekend zou worden aan de fiscale administratie die onder het *beroepsgeheim* valt. Het beroepsgeheim is er evenwel op gericht om informatie van en over de cliënt of de patiënt te beschermen en niet de informatie van en over de persoon die aan het beroepsgeheim onderworpen is¹⁵⁶⁵. Het beroepsgeheim zal in die zin ook rechtsbeschermend werken ten aanzien van het privéleven van de cliënt of patiënt. Hoewel het niet ondenkbaar is dat ook in het kader van het onderzoek naar de fiscale toestand van de belastingplichtige die tot het beroepsgeheim gehouden is, er informatie wordt opgevraagd die door het beroepsgeheim wordt beschermd, zal de mogelijkheid voor degene die aan het beroepsgeheim onderworpen is om zijn medewerking niet te verlenen, nooit rechtsbeschermend kunnen werken ten aanzien van het privéleven van deze persoon. Het beroepsgeheim en het beschermingsmechanisme van artikel 334 W.I.B. 1992 wordt daarom aangehaald en besproken in de onderafdeling over het verzamelen van informatie bij een derde.

In punt C hierna zal worden nagegaan wat de aard is van de informatie die op grond van het boekenonderzoek en het vraagrecht kan worden bekomen. In de mate dat deze informatie tot het privéleven moet worden gerekend of raakt aan het recht op correspondentie, is er bij ongewilde kennisname immers steeds sprake van een inmenging in het privéleven.

¹⁵⁶⁴ EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen (§129); GwH 19 september 2007, nr. 118/2007, zie ook eerder al: Brussel 30 juni 2010, *JLMB* 2011, afl. 25, 1181 waarin er werd uitgegaan van het feit dat rechtspersonen bescherming genieten van het zakengeheim onder artikel 8 EVRM

¹⁵⁶⁵ F. BLOCKX, *Beroepsgeheim*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 11 ev.; Brussel 30 november 2006, *TFR* 2007, 842 ev.; zie ook M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 177 met verwijzing naar Brussel 15 januari 1986, *Bull.Bel.* 1986, 2462 en 239

B.Het ongewild karakter van de kennisname en het zwijgrecht

1.Het ongewild karakter van de kennisname

582. Er kan geen twijfel bestaan over het ongewild karakter van de kennisname van alle informatie die uit een boekenonderzoek of een vraag om inlichtingen voortvloeit. Deze meewerkverplichting bestaat uiteraard zonder onderscheid voor natuurlijke personen en rechtspersonen.

583. Het boekenonderzoek bedoeld in de artikelen 315, 315bis, 315ter W.I.B. 1992 en het vraagrecht van 316 W.I.B. 1992 maken deel uit van afdeling I van hoofdstuk II over “onderzoek en controle”, genoemd “plichten van de belastingplichtige”. Ook de formulering van deze artikelen wijst duidelijk op een meewerkverplichting¹⁵⁶⁶. Het niet voorleggen van de boeken en bescheiden bedoeld in artikel 315 en 315 bis W.I.B. 1992 wordt gesanctioneerd met het vestigen van een aanslag van ambtswege (artikel 351 W.I.B. 1992), het opleggen van een administratieve boete (artikel 445 W.I.B. 1992) en in de mate dat er bedrieglijk opzet of enig oogmerk te schaden aanwezig is, met strafsancties (artikel 449 W.I.B. 1992). Bepaalde rechtspraak laat zelfs toe dat er een dwangsom kan worden opgelegd¹⁵⁶⁷. Ook betreffende de vraag om inlichtingen is er in de tekst van de wet sprake van een verplichting tot het verstrekken van informatie¹⁵⁶⁸ en wordt de weigering tot het verstrekken van de gevraagde informatie gesanctioneerd op dezelfde wijze als de weigering tot het voorleggen van de boeken en bescheiden bedoeld in de artikelen 315 en 315 bis W.I.B. 1992.

584. Ook artikel 475, 1° W.I.B.1992 betreffende het vraagrecht en het boekenonderzoek in het kader van het kadastraal inkomen wijst op een gedwongen kennisname van de informatie die als gevolg van dit vraagrecht en boekenonderzoek kan worden bekomen¹⁵⁶⁹. De weigering mee te werken aan deze onderzoeksmethodes kan worden gesanctioneerd met administratieve boetes (artikel 445 W.I.B. 1992) en strafsancties (artikel 449 W.I.B. 1992).

¹⁵⁶⁶ De rechtsleer aanvaardt ook unaniem dat er een meewerkverplichting is van de belastingplichtige in het kader van de fiscale controle: M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 696; V. TRANSPARENCE en K. SPAGNOLI, “Het zwijgrecht van de belastingplichtige” in L. HUYBRECHTS, J. MALHERBE, H. HERTOOGHS, B. DAUGINET en B. COOPMAN, *De fundamenrele rechten van de belastingplichtige. Capita Selecta*. Diegem, CED Samsom, 1998, 117

¹⁵⁶⁷ Rb. Brugge 27 april 2009, *Fisc. Act.* 2009/28, 16; Gent 15 juni 2010, *TFR* 2010, afl. 390, 905, noot T.AFSCHRIFT en P. VAN HISSENHOVE; Contra: Brussel 5 januari 2011, *JLMB* 2011, afl. 38, 1872, noot E. VAN BRUSTEM

¹⁵⁶⁸ Artikel 316: “(...)eenieder die (...) is verplicht de administratie, op haar verzoek, (...) schriftelijk alle inlichtingen te verstrekken die van hem gevorderd worden (...)”

¹⁵⁶⁹ De tekst van dit artikel bepaalt immers dat de Algemene Administratie van de Patrimoniumdocumentatie van de belastingplichtigen kan *eisen* dat zij, hetzij alle inlichtingen diensten voor het vaststellen van het kadastraal inkomen voorleggen, hetzij inzage verlenen van de boeken en bescheiden die het mogelijk maken de juistheid van ver strekte inlichtingen na te gaan.

2. Het zwijgrecht¹⁵⁷⁰

a. Inleiding

585. Het zwijgrecht lijkt in een beperkt aantal gevallen toe te laten dat de meewerkverplichting in het kader van het boekenonderzoek, maar vooral in het kader van het vraagrecht van de fiscale administratie, vervalt. Deze omstandigheden worden hierna toegelicht. Evenwel zal hierna worden verdedigd, dat zelfs indien de betrokkene het recht heeft te zwijgen, er toch sprake kan zijn van een inmenging in het recht op privéleven wanneer de betrokkene de informatie ondanks zijn zwijgrecht prijsgeeft. Dezelfde redenering wordt hierna ontwikkeld voor wat betreft het verstrekken van informatie ingeval de fiscale administratie een onwettige onderzoeksdaad stelt.

b. Het zwijgrecht: rechtsgrond en algemene draagwijdte

586. Hoewel het zwijgrecht (ook wel *nemo tenetur* beginsel genoemd) niet expliciet staat vermeld in artikel 6 EVRM, wordt het hoofdzakelijk¹⁵⁷¹ afgeleid uit het recht op eerlijk proces en het vermoeden van onschuld gegarandeerd door respectievelijk artikel 6 § 1 en § 2 EVRM¹⁵⁷². Terwijl het vermoeden van onschuld enkel kan worden ingeroepen door iemand tegen wie vervolging is ingesteld, kan het recht op een eerlijk proces *ook* worden ingeroepen bij het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen. Het vaststellen van de fiscale verplichtingen van een burger ten aanzien van de overheid, kan evenwel niet worden beschouwd als het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen¹⁵⁷³. Het recht op

¹⁵⁷⁰ Merk op dat het zwijgrecht in wezen kan worden ingeroepen in het kader van elke vorm van gedwongen informatieverstrekking. Omwille van de beperkte draagwijdte van dit zwijgrecht (zoals verder in dit punt zal worden aangetoond) lijkt dit zwijgrecht evenwel enkel van belang te zijn in het kader van de uitoefening van onderzoeksbevoegdheden ten aanzien van de belastingplichtige zelf. Zo kan het zwijgrecht niet worden ingeroepen in het kader van de aangifteverplichting van de betrokkene, bij gebrek aan “criminal charge” (zie ook EHRM 10 september 2002 ALLEN/VK, zie ook EHRM 22 maart 2005 RODRIGUEZ-PORTO PEREZ/Spanje)

¹⁵⁷¹ Het zwijgrecht wordt als onderdeel van het recht van verdediging, ook als algemeen rechtsbeginsel beschouwd in België: Cass. 13 mei 1986, *Pas.* 1986, I., nr. 588; Cass. 13 januari 1999, www.cass.be. Daarnaast wordt het zwijgrecht ook uitdrukkelijk opgenomen in artikel 14, 3° g van het BUPO-verdrag. Zie hierover: C. VANDERKERKEN, *Fiscale strafvervolging en rechtsbescherming: wapengelijkheid, zwijgrecht en bewijslastverdeling*, Gent, Larcier, 2006, 256-261 en 286-297

¹⁵⁷² Het EHRM erkent dat het zwijgrecht impliciet onderdeel uitmaakt van de garanties geboden door artikel 6 EVRM: zie EHRM 25 februari 1993, FUNKE/Frankrijk (§44); EHRM 8 februari 1996, MURRAY/VK (§45); EHRM 17 december 1996, SAUNDERS/VK (§68-69); EHRM 20 oktober 1997, SERVES/Frankrijk (§46); EHRM 21 december 2000, QUINN/Ierland (§40); EHRM 3 mei 2001, J.B./Zwitserland (§64); EHRM 10 september 2002, ALLEN/VK (§1); EHRM 8 april 2004, WEH/Oostenrijk (§39); EHRM 5 april 2012, CHAMBAZ/Zwitserland (§52); recent nog: EHRM 16 juni 2015, VAN WEERELT/Nederland (§ 54): “As the Court has frequently held, while the privilege against self-incrimination (*nemo tenetur se ipsum accusare, also nemo tenetur se ipsum prodere*) is not specifically mentioned in Article 6 of the Convention, there can be no doubt that it is a generally recognised international standard which lies at the heart of the notion of a fair criminal procedure under that Article. Its rationale lies, *inter alia*, in the protection of the accused against improper compulsion by the authorities, thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of Article 6. The right not to incriminate oneself presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. In this sense the right is closely linked to the presumption of innocence contained in Article 6 § 2 of the Convention”. Zie over de oorsprong, grondslagen en inhoud van het zwijgrecht: V. DAUGINET en K. SPAGNOLI, “Het zwijgrecht van de belastingplichtige” in L. HUYBRECHTS, J. MALHERBE, H. HERTOOGHS, V. DAUGINET en B. COOPMAN, *De fundamentele rechten van de belastingplichtige. Capita Selecta*. Diegem, CED Samsom, 1998, 105-117

¹⁵⁷³ EHRM 12 juli 2001, FERRAZZINI/Italië (§29); EHRM 23 juli 2002, JANOSEVIC/Zweden (§64); zie ook EHRM 23 februari 2006, STERE/Roemenië

eerlijk proces kan dus, net als het vermoeden van onschuld, in fiscale zaken slechts worden ingeroepen in de mate dat er sprake is van een *strafrechtelijke vervolging*¹⁵⁷⁴.

Vermits in het kader van dit onderzoek enkel wordt nagegaan wat de draagwijdte is van het recht op privéleven bij de inzameling van informatie met het oog op het vestigen van de belastingen (hier ten gevolge van een boekenonderzoek, dan wel een vraag om inlichtingen) en niet met het oog op het strafrechtelijk vervolgen van de betrokkene, rijst de vraag of er situaties zijn waarin het zwijgrecht toch kan worden ingeroepen wanneer de betrokkene wordt onderworpen aan een boekenonderzoek of een vraag om inlichtingen tijdens de fiscale (administratieve) taxatieprocedure.

587. Voorafgaand dient ook te worden opgemerkt dat, hoewel er terzake vooralsnog geen rechtspraak bestaat waarin dit wordt bevestigd, er geen bezwaar lijkt te bestaan tegen de mogelijkheid voor *rechtspersonen* om het zwijgrecht in te roepen¹⁵⁷⁵. Artikel 6 EVRM kan worden ingeroepen door eenieder die strafrechtelijk wordt vervolgd. In de mate dat een staat de strafrechtelijke vervolging van rechtspersonen toelaat¹⁵⁷⁶, lijkt artikel 6 EVRM dus ook te kunnen worden ingeroepen door rechtspersonen. Zoals al hierboven werd opgemerkt is het EHRM bovendien toegankelijk voor rechtspersonen en groeperingen zonder rechtspersoonlijkheid¹⁵⁷⁷ en stelt artikel 1 EVRM in algemene zin dat de verdragsluitende partijen de rechten en vrijheden die zijn vastgesteld in titel I van het Verdrag verzekeren ten aanzien van “eenieder die ressorteert onder haar rechtsmacht”¹⁵⁷⁸. In de preambule van het EVRM wordt ten slotte benadrukt dat mensenrechten moeten worden beschermd voor het behoud en de ontwikkeling van de “rule of law” alsook de vrede, eenheid en rechtvaardigheid in Europa, wat de toepassing van mensenrechten of grondrechten op rechtspersonen geenszins uitsluit¹⁵⁷⁹.

588. Het EHRM onderscheidt zelf twee types zaken waarin het heeft beslist dat er sprake is van een schending van het zwijgrecht¹⁵⁸⁰. Een eerste type zaak is deze waarin de overheid met dwang informatie tracht te bekomen die de betrokken persoon kan incrimineren in een *lopende* strafprocedure tegen hem met betrekking tot een overtreding waarvan deze

¹⁵⁷⁴ Het Belgisch Hof van Cassatie heeft dit principe als dusdanig reeds in 1992 erkend: Cass. 23 januari 1992, www.cass.be

¹⁵⁷⁵ V. DAUGINET en K. SPAGNOLI, “Het zwijgrecht van de belastingplichtige” in L. HUYBRECHTS, J. MALHERBE, H. HERTOOGHS, V. DAUGINET en B. COOPMAN, *De fundamenrele rechten van de belastingplichtige. Capita Selecta*. Diegem, CED Samsom, 1998, 152 die opmerken dat het uiteraard van belang is na te gaan in welke hoedanigheid een natuurlijke persoon wordt ondervraagd, met name als vertegenwoordiger van de rechtspersoon die per hypothese van een overtreding wordt beschuldigd of anderszins. Zie ook M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 715

¹⁵⁷⁶ In België is dit het geval door de Wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersonen, BS 22 juni 1999

¹⁵⁷⁷ Artikel 34 EVRM: “The Court may receive applications from any person, non-governmental organisation or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the Protocols thereto”.

¹⁵⁷⁸ Dit heeft vrij vroeg in de rechtspraak van het EHRM toegelaten dat rechtspersonen werden erkend als houder van het recht op vrije meningsuiting zoals voorgeschreven door artikel 10 EVRM (ECRM 3 oktober 1968, NV TELEVISIER/Nederland, ECRM 21 maart 1975, TIMES NEWSPAPER Ltd, THE SUNDAY TIMES, HAROLD EVANS/VK)

¹⁵⁷⁹ zie hierover ook P.H.P.H.M.C. VAN KEMPEN, “The Recognition of Legal Persons in International Human Rights Instruments: Protection Against and Through Criminal Justice?” In M. PIETH & R. IVORY (Eds.), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*; Heidelberg, Springer, 2011, 359; R. PIERRE, “les droits fondamentaux invoqués par les entreprises devant les juridictions européens”, *JDE* 2016, 46-51

¹⁵⁸⁰ EHRM 8 april 2004, WEH/Oostenrijk (§41)

persoon al wordt beschuldigd (“charged”)¹⁵⁸¹. Een tweede type van zaken betreft deze waarbij *gebruik* wordt gemaakt van incriminerende informatie die onder dwang werd bekomen buiten de context van een strafvervolging (en dus eventueel in het kader van een administratieve onderzoeksprocedure, zoals een fiscale taxatieprocedure), in een *latere* strafvervolging¹⁵⁸². In het eerste type van zaken kan de betrokkene zijn medewerking weigeren door zich te beroepen op het zwijgrecht. Indien hij wordt gesanctioneerd wegens niet-medewerking, dient het opleggen van een sanctie als een schending van het zwijgrecht te worden beschouwd¹⁵⁸³. In het tweede type van zaken, kan de betrokkene zijn medewerking niet weigeren, maar kan de informatie die werd afgedwongen, niet worden gebruikt in de strafvervolging¹⁵⁸⁴. De onder dwang verstrekte informatie mag wel zonder probleem worden gebruikt voor de belastingheffing zelf. Dit laatste werd recent nog verduidelijkt in het arrest VAN WEERELT van 2015¹⁵⁸⁵. In deze Nederlandse zaak had de Hoge Raad bevestigd dat het verstrekken van bepaalde informatie kon worden opgelegd onder verbeurte van een dwangsom. De Hoge Raad maakte daarbij wel de restrictie dat de aldus bekomen informatie die bestaat afhankelijk van de wil van de betrokkene¹⁵⁸⁶ enkel kan worden aangewend voor *belastingheffing* en niet voor fiscale sanctionering of voor strafvervolging. Het EHRM keurde deze praktijk goed en oordeelde dat de Hoge Raad aldus rekening had gehouden met de rechtspraak van het EHRM. Zo lang er geen strafvervolging is, kan de medewerking aan het fiscaal taxatieonderzoek dus niet worden geweigerd. In het kader van de vraag naar de reikwijdte van de ongewilde kennisname van informatie die tot schending van artikel 8 EVRM kan leiden, wordt hierna enkel ingegaan op het eerste type van zaken.

c. Het administratief onderzoek als strafvervolging in de zin van artikel 6 EVRM

589. Voor de zaken waarin de betrokkene kan weigeren informatie te verlenen aan de overheid¹⁵⁸⁷ rijst in essentie de vraag wanneer er sprake is van een strafvervolging. Het EHRM heeft duidelijk gemaakt dat een administratief onderzoek van aard *kan* zijn dat het

¹⁵⁸¹ EHRM 8 april 2004, WEH/Oostenrijk (§42), met verwijzing naar bijvoorbeeld EHRM 25 februari 1993, FUNKE/Frankrijk (douanezaak)

¹⁵⁸² EHRM 8 april 2004, WEH/Oostenrijk (§43), met verwijzing naar bijvoorbeeld EHRM 17 december 1996, SAUNDERS/VK

¹⁵⁸³ Dit betekent overigens niet dat geen enkele conclusie zou mogen worden getrokken uit het stilzwijgen van de betrokkene door de rechter die het geheel van bewijsmateriaal, samen met het stilzwijgen van de betrokkene, moet beoordelen; zie hierover C. VANDERKERKEN, *Fiscale strafvervolging en rechtsbescherming: wapengelijkheid, zwijgrecht en bewijslastverdeling*, Gent, Larcier, 2006, 289-291

¹⁵⁸⁴ Voor een toepassing: Brussel 2 oktober 2013, nr. 2003/AR/663, www.fiscalnet.be; besproken door S. GNEDASJ, "Verbod op zelfincriminatie", *Fisc.Act.* 2014, nr. 18, 4. In deze zaak was de fiscale vordering gebaseerd op een verklaring in een strafonderzoek waarbij de belastingplichtige aanvankelijk als getuige, maar later als verdachte werd verhoord. Hij werd – in het kader van het strafonderzoek – evenwel niet op de hoogte gebracht van het feit dat zijn verklaringen tegen hem konden worden gebruikt. Er was derhalve een schending van zwijgrecht. Het Hof van Beroep oordeelde dat de belastingplichtige niet kon worden gesanctioneerd met een btw- boetes met strafrechtelijk karakter.

¹⁵⁸⁵ EHRM 16 juni 2015, VAN WEERELT/Nederland

¹⁵⁸⁶ Zie hierover meer, hierna

¹⁵⁸⁷ In de literatuur wordt de mogelijkheid om te weigeren tot medewerken, het primair effect van het zwijgrecht genoemd, om het te onderscheiden van het secundair effect dat er enkel in bestaat dat de onder dwang bekomen informatie niet in een latere strafvervolging kan worden gebruikt; zie V. DAUGINET en K. SPAGNOLI, "Het zwijgrecht van de belastingplichtige" in L. HUYBRECHTS, H. HERTOOGHS, J. MALHERBE en B. PEETERS (eds.), *Fundamentele rechten van de belastingplichtige. Capita selecta*, 1998, Diegem, Ced-Samsom, 161-16; zie ook F.EERENS, "De vraag om inlichtingen, vraag maar raak", *TFR* 2015, 386 ev.

een strafvervolgung uitmaakt in de zin van het EVRM¹⁵⁸⁸, al hoeft dit niet van bij de aanvang van dit administratief onderzoek het geval te zijn¹⁵⁸⁹. Anderzijds stelde het EHRM ook al lange tijd terug dat voor een administratieve onderzoeksprocedure waarbij op zich nog geen uitspraak wordt gedaan over onder meer de mogelijke strafrechtelijke aansprakelijkheid van de betrokkene met betrekking tot de onderzochte feiten, de garanties van eerlijk proces van artikel 6 EVRM nog niet aan de orde zijn¹⁵⁹⁰. Bovendien heeft het EHRM meerdere malen opgemerkt dat het gebruik van dwang om informatie te bekomen buiten een strafrechtelijke context in principe niet verboden is¹⁵⁹¹ en dat de dwang in die context zelfs zeer groot mag zijn¹⁵⁹². De belastingplichtige is dus in principe verplicht om in een louter fiscaal-administratieve context, zonder “criminal charge”, alle medewerking te verlenen. De vraag rijst dus vanaf wanneer een administratieve onderzoeksprocedure een strafvervolgung wordt.

590. Het EHRM heeft in meerdere arresten verduidelijkt dat het begrip “criminal charge” moet worden begrepen in de autonome betekenis die er door de rechtspraak van het EHRM aan wordt gegeven¹⁵⁹³. In de zaak J.B./Zwitserland van 3 mei 2001¹⁵⁹⁴ verwijst het EHRM voor de invulling van deze autonome betekenis van het begrip “criminal charge” naar oudere rechtspraak waarin toepassing werd gemaakt van andere waarborgen van artikel 6 § 1 EVRM dan het zwijgrecht¹⁵⁹⁵. In deze rechtspraak werd de vraag of er sprake was van een “criminal charge” beoordeeld rekening houdend met drie criteria. Het eerste criterium is de internrechtelijke kwalificatie van de inbreuk als “strafrechtelijk”. Dit criterium zal later door het EHRM als niet-doorslaggevend worden bestempeld¹⁵⁹⁶. Hierdoor kunnen overtredingen die in een lidstaat als een administratieve overtreding worden beschouwd, toch als een strafrechtelijke overtreding worden beschouwd voor de doeleinden van artikel 6 EVRM. Het tweede criterium betreft de aard van de overtreding (strafrechtelijk of niet, wat in hoofdzaak wordt afgeleid uit het repressief en ontradend effect dat wordt beoogd met de sanctie die op de overtreding staat). Dit criterium is voor het EHRM vrij belangrijk¹⁵⁹⁷. Het derde

¹⁵⁸⁸ EHRM 17 december 1996, SAUNDERS/VK (§67): “While an administrative investigation is capable of involving the determination of a “criminal charge” in the light of the Court’s case-law concerning the autonomous meaning of this concept”

¹⁵⁸⁹ EHRM 27 februari 1980, DEWEER/België. In deze zaak mondt een economische inspectie bij een slager uit in een voorstel van de Procureur des Konings om een som te betalen om strafrechtelijke vervolging te vermijden. Het EHRM oordeelde dat vanaf het voorstel van de Procureur des Konings om een som te betalen om strafrechtelijke vervolging te vermijden, de betrokkene onder “criminal charge” stond in de zin van het EVRM.

¹⁵⁹⁰ EHRM 21 september 1990, FAYED/VK (§61-62)

¹⁵⁹¹ Zie EHRM 8 april 2004, WEH/Oostenrijk (§44)

¹⁵⁹² EHRM 17 december 1996, SAUNDERS/VK waarin er tot 2 jaar gevangenisstraf stonden op het niet verstrekken van de informatie die tijdens een administratieve procedure werden gevraagd. Zie ook EHRM 10 september 2002, ALLEN/VK waarin de belastingplichtige werd veroordeeld tot een gevangenisstraf wegens het afleggen van een valse verklaring over zijn inkomsten ten aanzien van de fiscale administratie. Zie later ook EHRM 8 april 2004, WEH/Oostenrijk (§45)

¹⁵⁹³ EHRM 3 mei 2001, J.B./Zwitserland (§44); EHRM 23 juli 2002, JANOSEVIC/Zweden (§65); EHRM 8 april 2004, WEH/Oostenrijk (§42)

¹⁵⁹⁴ EHRM 3 mei 2001, J.B./Zwitserland. Het EHRM doet dit nadien ook nog in EHRM 23 juli 2002, JANOSEVIC/Zweden (§65); EHRM 23 november 2006, JUSSILA/Finland

¹⁵⁹⁵ EHRM 8 juni 1976, ENGEL/Nederland, EHRM 21 februari 1984, ÖZTÜRK/Duitsland (§50 ev.)

¹⁵⁹⁶ EHRM 23 juli 2002, JANOSEVIC/Zweden (§66); EHRM 23 november 2006, JUSSILA/Finland (§37)

¹⁵⁹⁷ Aanvankelijk stelt het EHRM dat naar het geheel van de elementen samen moet worden gekeken (bijvoorbeeld EHRM 24 februari 1994, BENDENOUN/Frankrijk (§47)). Later wordt gesteld dat het tweede en derde criterium alternatief moeten worden bekeken en niet cumulatief, maar dat – indien geen van beide criteria leiden tot een duidelijke conclusie – de beide criteria toch samen moeten worden bekeken (EHRM 23 juli 2002, JANOSEVIC/Zweden (§67)). Nog later maakt het EHRM duidelijk dat het tweede criterium toch vrij doorslaggevend is omdat het gebrek aan ernst en omvang van de sanctie (derde criterium) geen afbreuk kan doen aan het strafrechtelijke karakter van de overtreding zelf (tweede criterium) (EHRM, 23 november 2006,

criterium betreft de aard van de sanctie (strafrechtelijk of niet, wat onder meer wordt afgeleid uit de ernst en de omvang van de sanctie). Het derde criterium kan een hulpmiddel vormen bij het beoordelen van het tweede criterium in die zin dat de omvang van de sanctie mee kan bepalen of de overtreding strafrechtelijk van aard is en met name of de sanctie die op de overtreding staat een ontradend effect beoogd te hebben¹⁵⁹⁸. Rekening houdend met deze rechtspraak werden diverse fiscale procedures waarbij een fiscale sanctie werd opgelegd als strafvervolging gekwalificeerd, wanneer de sancties erop gericht waren bestraffend en ontradend te zijn en niet vergoedend. Zo werd in de zaak A.P., M.P. en T.P./Zwitserland van 29 augustus 1997¹⁵⁹⁹ geoordeeld dat wanneer de Zwitserse procedure inzake belastingontwijking wordt opgestart lastens een persoon, er sprake is van een “criminal charge” in de zin van artikel 6 EVRM. Deze Zwitserse procedure is gericht op het opleggen van een boete die aanzienlijk kan zijn en die een repressief en ontradend karakter heeft. Het EHRM hecht ook bijzonder belang aan het feit dat het Zwitserse hoogste rechtscollege de procedure betreffende belastingontwijking zelf als penaal van aard beschouwt. Maar ook in andere betwistingen aangaande het opleggen van fiscale sancties allerhande, waaronder belastingverhogingen¹⁶⁰⁰, werd aanvaard – op grond van voormelde criteria – dat artikel 6 EVRM van toepassing is. Er werd daarbij zelfs duidelijk gemaakt dat een sanctie die zonder de aanwezigheid van enig opzet of nalatigheid kan worden opgelegd, een strafsanctie kan zijn¹⁶⁰¹. Ook de sancties die in feite zeer licht zijn (308,80 EUR) kunnen kwalificeren als strafsanctie¹⁶⁰². In de Belgische rechtspraak worden stilaan heel wat administratieve sancties als strafrechtelijke sancties aanzien, zodat betwistingen betreffende het opleggen van deze sancties – in principe - aan de waarborgen van artikel 6 EVRM zijn onderworpen¹⁶⁰³.

d.Aanvang van de “strafvervolging”

591. Wanneer het zwijgrecht wordt ingeroepen, zijn doorgaans nog geen sancties opgelegd, zodat de vraag rijst *vanaf wanneer* er sprake is van een “criminal charge” in de zin van artikel 6 EVRM, zoals hierboven toegelicht. De vraag rijst met andere woorden vanaf wanneer de betrokkene van een overtreding wordt *verdacht* die penaal van aard is en die ook kan worden gesanctioneerd op een wijze die ontradend en repressief bedoeld is. Uit de rechtspraak van het EHRM betreffende een andere waarborg van artikel 6 EVRM, met name het recht om zijn zaak binnen een redelijke termijn behandeld te zien, kan worden afgeleid

JUSSILA/Finland (§37)). Hiermee lijkt het EHRM zich te distantiëren van eerdere rechtspraak waarin het gebrek aan ernst en omvang van de sanctie wel als een doorslaggevend element werd gezien om de procedure in kwestie niet te beschouwen als een strafvervolging (EHRM 3 juni 2003, MOREL/Frankrijk)

¹⁵⁹⁸ EHRM 24 september 1997, GARYFALLOU AEBE/Griekenland

¹⁵⁹⁹ EHRM 27 augustus 1997, A.P., M.P.&T.P./Zwitserland

¹⁶⁰⁰ EHRM 24 februari 1994, BENDENOUN/Frankrijk (belastingverhoging van 30 tot 100 %); EHRM 23 juli 2002, JANOSEVIC/Zweden; EHRM 4 maart 2004, SILVESTERS HORECA SERVICE/België, EHRM 23 november 2006, JUSSILA/Finland (§36).

¹⁶⁰¹ EHRM 23 juli 2002, JANOSEVIC/Zweden (§68)

¹⁶⁰² EHRM 23 november 2006, JUSSILA/Finland

¹⁶⁰³ GwH 24 februari 1999, TFR 1999, 385, noot B. COOPMAN, G. STESENS (erkenning strafrechtelijk karakter BTW-boeten van artikel 70 WBTW), met enige terughoudendeheid gevolgd door: Cass. 25 mei 1999, FJF 1999, 323 (die nog veel belang hechtte aan de omvang van de sanctie); in inkomstenbelastingen: Antwerpen 23 april 2002, FJF 2002, afl. 7, 619 (inzake de administratieve sancties van artikel 444 W.I.B. 1992), later nog diverse malen bevestigd, alsook GwH 18 juni 2008, 91/2008 (inzake de vaste boetes van artikel 445 W.I.B. 1992). Ook maatregelen die internrechtelijk niet als sancties worden gekwalificeerd werden in de Belgische rechtsorde als sancties gezien in de zin van artikel 6 EVRM, met name de aanslag in de geheime commisielonen zoals deze bestond voor de inwerkingtreding van de programmawet van 14 december 2014 (GwH 6 juni 2014, 88/2014, BS 5 augustus 2014).

dat het bestaan van dit cruciale moment niet op een formele wijze moet worden beoordeeld, maar op een inhoudelijke wijze¹⁶⁰⁴. Er hoeft dus geen formele inverdenkingstelling te zijn. Ook wanneer er andere maatregelen worden genomen die een verdenking impliceren en die van aard zijn de toestand van de betrokkene op zo'n wijze te beïnvloeden dat hij daardoor verontrust wordt, kan de "criminal charge" starten¹⁶⁰⁵. Het is dus een feitenkwesitie¹⁶⁰⁶. De vraag rijst hoe deze rechtspraak moet worden toegepast in de context van een Belgische taxatieprocedure. In de rechtsleer worden suggesties gedaan. Zo zou het moment waarop de fiscale administratie tijdens een administratieve onderzoeksprocedure aan de belastingplichtige laat weten dat er klacht zal worden neergelegd bij het parket¹⁶⁰⁷, een moment zijn van aanvang van de criminal charge. Dit is ongetwijfeld zo. Maar er kan wellicht ook eerder al sprake zijn van een "criminal charge" in de zin van artikel 6 EVRM. Ook de aankondiging in een bericht van wijziging dat een belastingverhoging van 50 % zal worden opgelegd¹⁶⁰⁸, de aankondiging op grond van artikel 333 W.I.B. 1992 dat de onderzoekstermijn zal worden verlengd wegens aanwijzingen van fraude¹⁶⁰⁹, of de aankondiging van een bankonderzoek wegens aanwijzingen van fraude op

¹⁶⁰⁴ EHRM 27 februari 1980, DEWEER/België (§44): Het EHRM oordeelt dat de betrokkene vanaf het voorstel van de Procureur des Konings om een som te betalen om strafrechtelijke vervolging te vermijden onder "criminal charge" stond in de zin van het EVRM. Hoewel er geen officiële inbeschuldigingstelling was oordeelt het EHRM dat het concept "criminal charge" inhoudelijk moet worden beoordeeld eerder dan formeel. Zie ook EHRM 10 december 1982, FOTI/Italië (§52): "*Whilst "charge", for the purposes of Article 6 § 1 (art. 6-1), may in general be defined as "the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence", it may in some instances take the form of other measures which carry the implication of such an allegation and which likewise substantially affect the situation of the suspect*"; EHRM 21 december 2000, QUINN/Ierland (§41): "*It recalls that the autonomous meaning of the expression "charge" in Article 6 § 1 of the Convention means that a person can be considered to have been "charged" for the purposes of that Article when that individual's situation has been "substantially affected"*"

¹⁶⁰⁵ C. VANDERKERKEN, *Fiscale strafvervolging en rechtsbescherming: wapengelijkheid, zwijgrecht en bewijslastverdeling*, Gent, Larcier, 2006, 278

¹⁶⁰⁶ C. VANDERKERKEN, *Fiscale strafvervolging en rechtsbescherming: wapengelijkheid, zwijgrecht en bewijslastverdeling*, Gent, Larcier, 2006, 278

¹⁶⁰⁷ V. DAUGINET en K. SPAGNOLI, "Het zwijgrecht van de belastingplichtige" in L. HUYBRECHTS, J. MALHERBE, H. HERTOOGHS, V. DAUGINET en B. COOPMAN, *De fundamenrele rechten van de belastingplichtige. Capita Selecta*. Diegem, CED Samsom, 1998, 166, zie ook Rb. Bergen 28 april 2004, *FJF*, No. 2005/281; Rb. Bergen 12 januari 2005, *FJF*, No. 2005/280; Rb. Bergen 8 en 15 januari 2008, *Fiscoloog* 2008, afl. 1128, 4-6 alsook rb. Hasselt 1 april 2010, *TFR* 2010, 704 waarin wordt gesteld dat indien er geen voornemen kenbaar wordt gemaakt om een strafklacht neer te leggen, de belastingplichtige zich niet op het zwijgrecht kan beroepen

¹⁶⁰⁸ V. DAUGINET en K. SPAGNOLI, "Het zwijgrecht van de belastingplichtige" in L. HUYBRECHTS, J. MALHERBE, H. HERTOOGHS, V. DAUGINET en B. COOPMAN, *De fundamenrele rechten van de belastingplichtige. Capita Selecta*. Diegem, CED Samsom, 1998, 167; M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 718; C. VANDERKERKEN, *Fiscale strafvervolging en rechtsbescherming: wapengelijkheid, zwijgrecht en bewijslastverdeling*, Gent, Larcier, 2006, 399; C. FRANSSSEN en E. TRAVERSA, "La demande de renseignements adressée au contribuable à l'impôt sur les revenus et le droit de se taire", *RGCF* 2012, nr. 1, 44-45

¹⁶⁰⁹ V. DAUGINET en K. SPAGNOLI, "Het zwijgrecht van de belastingplichtige" in L. HUYBRECHTS, J. MALHERBE, H. HERTOOGHS, V. DAUGINET en B. COOPMAN, *De fundamenrele rechten van de belastingplichtige. Capita Selecta*. Diegem, CED Samsom, 1998, 167; M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 718; C. VANDERKERKEN, *Fiscale strafvervolging en rechtsbescherming: wapengelijkheid, zwijgrecht en bewijslastverdeling*, Gent, Larcier, 2006, 417; F. KONING, "Demande de renseignements sur fond de suspicion de fraude et droit au silence", *RGF* 2006, nr. 8, 16; T. AFSCHRIFT, "Le droit du contribuable au silence", in C. DOCCLO (ed). *Alabaster 1938-2013*, Limal, Anthemis, 2013, 327; M. MORIS, "Le fisc et la protection de la vie privée" in X, *L'évolution des principes généraux du droit fiscal*, Brussel, Larcier, 2009, 268; C. BUYSSE, "Kan het 'zwijgrecht' ook aanslagen van ambtswege onderuit halen?", *Fiscoloog* 2010, nr. 1205, 1; I. DIJON, "Devoir de collaboration du contribuable versus droit de se taire du justiciable" in X, *En quête de fiscalité, et autres propos... Mélanges offerts à Jean-Pierre Bours*, Brussel, Larcier, 2011, 504; O. ROBIJNS, "Van de verplichting om mee te werken tot het recht om te zwijgen", *Pacioli* 2011, nr. 310, 3; C. FRANSSSEN en E. TRAVERSA, "La demande de renseignements adressée au contribuable à l'impôt sur les revenus et le droit de se taire", *RGCF* 2012, nr. 1, 44-45; S. GNEDASI, "Verbod op zelfincriminatie", *Fisc.Act.* 2014, nr. 18, 9; gevolgd door rb. Luik 9 februari 2012, *Fiskoloog* 2012, afl. 1313, 10; rb. Luik 18 juni 2012, *Fisk. Koer.* 2013, afl. 11, 503; rb. Luik 30 november 2004, *TFR* 2005, 590, noot B. COOPMAN; Rb. Luik 23 maart 2006, *TFR* 2008, 817, noot C. VANDERKERKEN; en diverse navolgende rechtspraak van het Hof van Beroep te Luik, waaronder: Luik, 3 december 2008 *RGCF* 2009, 250, Luik 31 maart 2010, *JDF* 2010, 313, Luik 19 september 2012, *Fiscoloog*, 2012, nr. 1313, 10

grond van artikel 322 § 2 ev. W.I.B. 1992¹⁶¹⁰ worden in de rechtsleer naar voor geschoven als momenten waarop de strafvervolging start in de zin van artikel 6 EVRM. Deze suggesties lijken ook correct te zijn vermits uit deze kennisgevingen normaliter zal blijken dat de fiscale administratie de betrokkene verdenkt van een overtreding die hij heeft begaan met frauduleus opzet, waardoor belastingverhogingen kunnen worden opgelegd die als penaal kunnen worden beschouwd in de zin van artikel 6 EVRM. Na deze momenten kan het zwijgrecht dus worden ingeroepen, al is het zo dat inlichtingen of stukken doorgaans al voor deze momenten aan de belastingplichtige zullen zijn gevraagd. In ieder geval werd er lange tijd van uitgegaan dat er voldoende *concrete actie* moest zijn geweest van de fiscale administratie waaruit het voornemen kon worden afgeleid dat er een sanctie met een penaal karakter zou worden opgelegd (wat impliceert dat de belastingplichtige van een overtreding word verdacht)¹⁶¹¹. Het arrest CHAMBAZ¹⁶¹² van 2012 werd in bepaalde rechtsleer zo geïnterpreteerd dat er al los van een dergelijke concrete en duidelijke actie een beroep kan worden gedaan op het zwijgrecht, met name telkens een sanctie in de zin van artikel 6 EVRM niet langer kan worden uitgesloten en/of telkens wanneer de betrokkene niet kan uitsluiten dat de informatie die hij onder dwang moet verstrekken kan worden gebruikt voor strafvervolging in de zin van artikel 6 EVRM¹⁶¹³, bijvoorbeeld omdat informatie wordt gevraagd over niet-aangegeven inkomsten¹⁶¹⁴. De vraag rijst evenwel of een dergelijke interpretatie wel uit het arrest kan worden afgeleid. De feiten in deze zaak waren immers vrij specifiek. Lastens de betrokkene werden aanslagen gevestigd alsook boetes wegens het niet overleggen van de gevraagde informatie. Enkele jaren later, werd een procedure wegens belastingontduiking gestart, waarvan het EHRM al in 1997 had gesteld dat dit een procedure was die als een strafvervolging diende te worden beschouwd¹⁶¹⁵. Op dat moment was de betwisting over de gevestigde belastingen en de opgelegde sancties wegens niet-medewerking nog hangende. Het EHRM stelde vast dat de beide procedures die tegelijkertijd aan de gang waren, onderling sterk met elkaar verbonden waren, zodat het manifest strafrechtelijke karakter van de procedure wegens belastingontduiking zich uitstrekt tot de administratieve procedures die ermee verbonden waren¹⁶¹⁶. Het EHRM oordeelde daarom dat de waarborgen van artikel 6 EVRM ook van toepassing waren op de administratieve procedures die hadden geleid tot belastingheffing en sanctionering van de niet-meewerking. Het EHRM stelde vervolgens dat de betrokkene niet kon uitsluiten dat de informatie waarvan hij werd gedwongen ze te geven, zou worden aangewend in de (latere)

¹⁶¹⁰ T. AFSCHRIFT, "Le droit du contribuable au silence", in C. DOCCLO (ed). *Alabaster 1938-2013*, Limal, Anthemis, 2013, 327

¹⁶¹¹ B. COOPMAN en K. LAMMENS, "Zwijgrecht, mildering van boetes, redelijke termijn: naar een concrete invulling van de 'mensenrechten van belastingplichtigen", *TFR* 2002, 739; zie ook C. VANDERKERKEN, *Fiscale strafvervolging en rechtsbescherming: wapengelijkheid, zwijgrecht en bewijslastverdeling*, Gent, Larcier, 2006, 400-402

¹⁶¹² EHRM 5 april 2012, CHAMBAZ/Zwitserland

¹⁶¹³ N. MUYSHONDT, "Zwijgrecht in fiscale zaken: wat zijn wilsafhankelijke gegevens?", *Fiscoloog* 2012, nr. 1302, 6; M. MAUS, "Zwijgrecht en wapengelijkheid in fiscale zaken: al small step for a man, a giant leap for mankind", *Fisc.Act.* 2012, nr. 15, 1; F. KONING, "Cour. Eur. DH., Chambaz contre Suisse, 5 april 2012. Prohibition de l'auto-incrimination en matière fiscale et égalité des armes" *RGCF* 2012, 409; M. MAUS, "EHRM hakt knoop door: zwijgrecht geldt in fiscale zaken", *Fisc. Act.* 2012, 15/3; C. BUYSSE, "Zwijgrecht, vanaf wanneer inroepbaar in fiscale zaken?", *Fiscoloog* 2012, nr. 1313, 10; T. AFSCHRIFT, "Le droit du contribuable au silence", in C. DOCCLO (ed). *Alabaster 1938-2013*, Limal, Anthemis, 2013, 315-338; I. DE TROYER en L. VANDENBERGHE, "Fiscus mag dwangsom laten opleggen aan wie weigert informatie te geven", *Fisc. Act.* 2015, nr. 32, 1-5; F.EERENS, "De vraag om inlichtingen, vraag maar raak", *TFR* 2015, 386 ev.

¹⁶¹⁴ F.EERENS, "De vraag om inlichtingen, vraag maar raak", *TFR* 2015, 386 ev.

¹⁶¹⁵ EHRM 27 augustus 1997, A.P., M.P.&T.P./Zwitserland

¹⁶¹⁶ EHRM 5 april 2012, CHAMBAZ/Zwitserland (§48)

procedure wegens belastingontduiking¹⁶¹⁷, zodat de sanctie die werd opgelegd wegens de weigering tot medewerking in strijd werd geacht met het zwijgrecht. Aannemen dat het zwijgrecht kan worden ingeroepen telkens een sanctie in de zin van artikel 6 EVRM niet kan worden uitgesloten of telkens wanneer niet kan worden uitgesloten dat de informatie die onder dwang wordt gevraagd, wordt gebruikt voor strafvervolgning, betekent in Belgische context dat in wezen in *elke* fiscaal-administratieve procedure het zwijgrecht kan worden ingeroepen vermits elke fiscale controle *kan* leiden tot rechtzetting van de aangegeven inkomsten en dus ook kan leiden tot een sanctie. Een dergelijke verregaande invulling van het zwijgrecht in de Belgische taxatieprocedure, dreigt het verzamelen van informatie met het oog op belastingheffing via de vraag om inlichtingen¹⁶¹⁸ in grote mate onmogelijk te maken, nu elke vraag potentieel van aard kan zijn informatie op te leveren van een overtreding van de fiscale wetgeving, die steeds *kan* worden gesanctioneerd met een belastingverhoging die penaal van aard kan zijn. Een dergelijke benadering lijkt in strijd te zijn met de zienswijze van het EHRM dat meerdere malen heeft herhaald dat het zwijgrecht niet kan worden gezien als een verbod op het gebruik van dwangmaatregelen om van belastingplichtigen informatie te eisen over inkomen en vermogen, die de vestiging van de belasting moet mogelijk maken¹⁶¹⁹.

592. In de Belgische rechtspraak wordt een zeer uiteenlopende invulling gegeven van het zwijgrecht in fiscale zaken, zodat er maar weinig houvast in kan worden gevonden voor het bepalen van de draagwijdte van het zwijgrecht in een Belgische fiscaal-administratieve context¹⁶²⁰. Ook in de Belgische rechtsleer wordt een uiteenlopende invulling gegeven aan de rechtspraak van het EHRM voor de Belgische fiscaal-administratieve context¹⁶²¹. Hoe dan ook lijkt op basis van de rechtspraak van het EHRM te kunnen worden gesteld dat in de context van dit onderzoek het zwijgrecht kan worden ingeroepen wanneer de belastingplichtige wordt aangesproken om – onder dwang – informatie te geven (in het kader van hetzij een boekenonderzoek, hetzij een vraag om inlichtingen) terwijl de taxatieprocedure in die zin is geëvolueerd dat de belastingplichtige kan aannemen dat hij wordt verdacht van een overtreding die penaal is in de zin van het EVRM, vermits daarop

¹⁶¹⁷ EHRM 5 april 2012, CHAMBAZ/Zwitserland (§54)

¹⁶¹⁸ Hierna wordt toegelicht waarom vooral het verzamelen van informatie via de vraag om inlichtingen wordt gehypotheceerd door deze verregaande invulling van het zwijgrecht.

¹⁶¹⁹ EHRM 16 juni 2015, VAN WEERELT/Nederland (§56): “*However, the right does not act as a prohibition on the use of compulsory powers to require taxpayers to provide information about their financial affairs. Indeed, the obligation to make disclosure of income and capital for the purposes of the calculation and assessment of tax is a common feature of the tax systems of member states and it would be difficult to envisage them functioning effectively without it*”; zie ook eerder al EHRM 21 september 1994, FAYED/VK (§61-62): “*a requirement that such a preparatory investigation should be subject to the guarantees of a judicial procedure as set forth in Article 6 para. 1 (art. 6-1) would in practice unduly hamper the effective regulation in the public interest of complex financial and commercial activities*”; EHRM 17 december 1996, SAUNDERS/VK (§72) waarin het EHRM stelde dat het nemo tenetur beginsel niet het gebruik verbiedt van dwangmaatregelen om personen te dwingen om informatie te verstrekken over hun financiële en bedrijfszaken; zie ook EHRM 10 september 2002 ALLEN/VK waarin het EHRM eveneens stelde dat de verplichting om bepaalde vermogensbestanddelen aan te geven geen schending oplevert van artikel 6 EVRM, ook al wordt er een sanctie gekoppeld aan de weigering om gevolg te geven aan deze verplichting, zie ook EHRM 8 april 2003 KING/VK; EHRM 8 april 2004, WEH/Oostenrijk (§44)

¹⁶²⁰ Zie de rechtspraak hiervoor reeds geciteerd; zie ook een overzicht in I. DE TROYER en L. VANDENBERGHE, “Fiscus mag dwangsom laten opleggen aan wie weigert informatie te geven”, *Fisc. Act.* 2015, nr. 32, 1-5; T. AFSCHRIFT, “Le droit du contribuable au silence”, in C. DOCCLO (ed). *Alabaster 1938-2013*, Limal, Anthemis, 2013, 315-338

¹⁶²¹ Zie rechtsleer hiervoor geciteerd, zie ook een overzicht in: M. DE JONCKHEERE, M. DELANOTE, M. MAUS, E. VAN DOOREN, *de fiscale procedure*, Brugge, Die Keure 2012, 339-340; T. AFSCHRIFT, “Le droit du contribuable au silence”, in C. DOCCLO (ed). *Alabaster 1938-2013*, Limal, Anthemis, 2013, 324 ev.

een sanctie staat die repressief en ontradend is (wat met nagenoeg alle sancties die op grond van artikel 444 W.I.B. 1992 en 445 W.I.B. 1992 kunnen worden opgelegd, het geval zal zijn). De belastingplichtige zal tijdens een taxatieprocedure ook het zwijgrecht kunnen inroepen indien er parallel een strafvervolging hangende¹⁶²² is die onderling verbonden is met de fiscale taxatieprocedure en er naar informatie wordt gevraagd die van aard is dat ze de belastingplichtige kan incrimineren in de strafprocedure¹⁶²³. In beide gevallen zal de belastingplichtige de medewerking kunnen weigeren. Een eventuele sanctie die wordt opgelegd wegens de weigering tot medewerking, zal moeten worden vernietigd wegens strijdigheid met artikel 6 EVRM.

e. De informatie die kan worden geweigerd op grond van het zwijgrecht

593. Op het ogenblik dat er sprake is van “criminal charge” in de zin van artikel 6 EVRM, rijst vervolgens nog de vraag welke informatie kan worden geweigerd. Uit het feit dat het EHRM meermaals heeft herhaald dat het niet verboden is dwangmaatregelen te gebruiken voor het verzamelen van informatie met het oog op belastingheffing, wordt in de rechtsleer geopperd dat de medewerking *nooit* kan worden geweigerd voor het verstrekken van informatie die bijdraagt tot het vestigen van de belasting, maar dat de aldus verplicht te verstrekken informatie niet kan bijdragen tot het vestigen van een sanctie¹⁶²⁴. Dit lijkt evenwel in strijd te zijn met de rechtspraak van het EHRM die de sanctionering van een weigering tot medewerking aan vragen die nochtans de belastingheffing tot doel hadden, in strijd achtte met het zwijgrecht omdat er een strafvervolging aan de gang was¹⁶²⁵. Daarnaast wordt in de rechtsleer ook gesteld dat de betrokkene steeds zijn medewerking moet leveren aan het verstrekken van informatie die bijdraagt tot het vestigen van de belasting, maar zijn medewerking kan weigeren voor het verstrekken van informatie die bijdraagt tot het vestigen van een sanctie¹⁶²⁶. De betrokkene zou in die context enkel kunnen weigeren om bijvoorbeeld een vraag van de fiscale administratie te beantwoorden waarbij deze tracht te achterhalen of een overtreding al dan niet met bedrieglijk opzet is begaan¹⁶²⁷. Ook deze benadering lijkt in strijd met de rechtspraak van het EHRM hiervoor vermeld¹⁶²⁸. Bovendien lijkt een onderscheid tussen vragen die van aard zijn enkel de belastingheffing te betreffen en deze die van aard zijn bewijs op te leveren van de overtreding waarvan men wordt

¹⁶²² Dat een strafprocedure hangende is kan, in de mate dat het een procedure is die ook internrechterlijke als een strafprocedure wordt beschouwd, vaak duidelijker worden bepaald dan wanneer een administratieve procedure een “criminal charge” geworden is in de zin van artikel 6 EVRM. Dit zal o.m. het geval zijn wanneer de betrokken officieel in verdenking is gesteld, of wanneer de betrokkene wordt verhoord als verdachte. Ook een strafklacht door de fiscale administratie zelf, kan gelden als aanvangspunt van de “criminal charge” en dus van het zwijgrecht : zie hierover V. DAUGINET en K. SPAGNOLI, “Het zwijgrecht van de belastingplichtige” in L. HUYBRECHTS, J. MALHERBE, H. HERTOOGHS, V. DAUGINET en B. COOPMAN, *De fundamenrele rechten van de belastingplichtige. Capita Selecta*. Diegem, CED Samsom, 1998, 165; C. FRANSEN en E. TRAVERSA, “La demande de renseignements adressée au contribuable à l’impôt sur les revenus et le droit de se taire”, *RGCF* 2012, nr. 1, 44-4; F. EERENS, “De vraag om inlichtingen, vraag maar raak”, *TFR* 2015, 386 ev.

¹⁶²³ Voorbeeld: Luik 16 juni 2010, *FJF* 2010, afl. 10, 1160; contra: Rb. Brussel 15 oktober 2009, *RGCF* 2010, nr. 1, 54, noot N. PIROTTE, waarin werd geoordeeld dat het feit dat een strafonderzoek hangende was, niet uitsloot dat de belastingplichtige in het administratief onderzoek nog steeds moet antwoorden op vragen met betrekking tot de belastingheffing. Het zelfde standpunt werd recent ingenomen door Luik 25 maart 2016, *RGCF* 2016/34

¹⁶²⁴ J.A. SANZ DIAZ-PALACIOS, “Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination dans l’affaire CHAMBAZ c. Fisc.” *RGCF* 2012, 425 en eerder al : J.A. SANZ DIAZ-PALACIOS, “le droit de ne pas s’auto-incriminer: confrontation du droit pénal et du droit fiscal en Espagne et en Europe” *RGCF* 2009, 513-516

¹⁶²⁵ EHRM 5 april 2012, CHAMBAZ/Zwitserland

¹⁶²⁶ M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 717

¹⁶²⁷ M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 717

¹⁶²⁸ EHRM 5 april 2012, CHAMBAZ/Zwitserland

beschuldigd, moeilijk te kunnen worden gemaakt¹⁶²⁹. Eens het moment van de “criminal charge” aanwezig is, lijkt *elke* medewerking aan de bewijsvoering van de overtreding waarvan men verdacht wordt, te kunnen worden gestaakt, of dit nu gaat over het morele element van de overtreding, dan wel over het materiële element. Het lijkt daarentegen wel zo te zijn dat de medewerking enkel kan worden geweigerd aan de bewijsvoering van feiten die de betrokkene al heeft begaan op het ogenblik dat hij wordt gedwongen informatie te geven. Dit blijkt uit de zaken ALLEN en KING van respectievelijk 2002 en 2003¹⁶³⁰. Wanneer de betrokkene met andere woorden onder dwang onjuiste informatie geeft en *hiervoor* wordt vervolgd, dan is het gebruik van deze onder dwang verkregen, maar valse verklaring, niet strijdig met zwijgrecht¹⁶³¹. De informatie die kan bijdragen tot de bewijsvoering van de overtreding waarvan men wordt verdacht, moet vrij ruim worden gezien. Het EHRM benadrukt dat informatie die op het eerste zicht niet incriminerend lijkt te zijn, zoals loutere informatie over feitenkwesities, in het kader van een bewijsvoering toch tegen de betrokkene kunnen worden gebruikt¹⁶³². Ook deze schijnbaar niet incriminerende informatie lijkt dus te kunnen worden geweigerd voor zover ze verband houdt met de overtreding waarvan men wordt verdacht.

594. De belangrijkste reden evenwel waarom het zwijgrecht slechts een beperkte draagwijdte zal hebben in het fiscaal onderzoek is het feit dat het zwijgrecht slechts kan worden ingeroepen ten aanzien van stukken waarvan de overheid enkel vermoedt dat zij bestaan alsook ten aanzien van bewijzen die enkel bestaan afhankelijk van de wil van de betrokkene. Het zwijgrecht kan immers nooit worden ingeroepen ten aanzien van documenten waarvan de overheid weet dat ze bestaan¹⁶³³. De overheid mag daarentegen niet “vissen” naar informatie waarvan zij niet met zekerheid weet dat ze bestaat¹⁶³⁴. Dit houdt verband met het vermoeden van onschuld waarin het zwijgrecht mede zijn grondslag vindt¹⁶³⁵.

Het zwijgrecht geldt ook niet ten aanzien van informatie die bestaat onafhankelijk van de wil van de verdachte¹⁶³⁶. Dit is logisch. De finaliteit van het zwijgrecht bestaat er immers in

¹⁶²⁹ Zie in dezelfde zin: C. VANDERKERKEN, “Discussieforum 2006. Zwijgrecht of spreekplicht in het fiscaal recht Fiscale strafvervolgung en rechtsbescherming: verleden, heden en toekomst, TFR 2006, 304 ev.

¹⁶³⁰ EHRM 10 september 2002, ALLEN/VK; EHRM 8 april 2003, KING/VK : “*The information was not, however, used against him in the sense that it incriminated him in the commission of an offence due to acts or omissions in which he had been involved prior to that moment*”

¹⁶³¹ EHRM 10 september 2002, ALLEN/VK; EHRM 8 april 2003, KING/VK

¹⁶³² EHRM 17 december 1996, SAUNDERS/VK (§71): “*Testimony obtained under compulsion which appears on its face to be of a non-incriminating nature - such as exculpatory remarks or mere information on questions of fact - may later be deployed in criminal proceedings in support of the prosecution case, for example to contradict or cast doubt upon other statements of the accused or evidence given by him during the trial or to otherwise undermine his credibility*”

¹⁶³³ EHRM 25 februari 1993, FUNKE/Frankrijk, waarin het zwijgrecht wordt ingeroepen in een douanezaak ten aanzien van bankuittreksels en een chequeboek, waarvan de overheid enkel vermoedt dat deze bestaan; EHRM 3 mei 2001, J.B./Zwitserland waarin de betrokkene wordt gevraagd om “alle documenten” in verband met de bedrijven waarin de betrokken had geïnvesteerd, te overhandigen.

¹⁶³⁴ Ook de wetgever leidt uit het arrest FUNKE af dat er een verbod op fishing expeditions bestaat. De wetgever stelt dit immers met zoveel woorden in de memorie van toelichting bij de wet van 20 juli 2006 tot wijziging van onder meer de wet van 16 november 1972 betreffende de arbeidsinspectie. In deze wet werden een aantal aanpassingen ingevoerd aan de onderzoeksbevoegdheden van de sociale inspectie precies om meer conform te zijn aan de rechtspraak van het EHRM inzake artikel 6 EVRM: *Parl. St.*, Kamer, 2005-2006, nr. 2518/1, 159

¹⁶³⁵ C. VANDERKERKEN, *Fiscale strafvervolgung en rechtsbescherming: wapengelijkheid, zwijgrecht en bewijslastverdeling*, Gent, Larcier, 2006, 293

¹⁶³⁶ EHRM 17 december 1996, SAUNDERS/VK (§ 69): In dit arrest werd verduidelijkt dat ten aanzien van materiaal dat bestaat onafhankelijk van de wil van de betrokkene zoals urine – en bloedstalen, maar

om gerechtelijke *dwalingen* te vermijden doordat vervolgingen worden gebaseerd op bewijzen die onder dwang of druk zijn verkregen¹⁶³⁷. Bij informatie die bestaat onafhankelijk van de wil van de verdachte, kan de betrouwbaarheid van deze informatie niet worden aangetast door het onder dwang verkrijgen van deze informatie. Met wilsonafhankelijke informatie wordt dus niet bedoeld informatie waarvan de *voorlegging* afhankelijk is van de wil van de betrokkene¹⁶³⁸.

595. Op basis daarvan is het zwijgrecht niet relevant in het kader van een boekenonderzoek wanneer naar de voorlegging van boeken en bescheiden wordt gevraagd die op grond van de wet of een reglement moeten worden bijgehouden¹⁶³⁹. Dergelijke boeken en stukken zijn immers stukken waarvan de overheid weet dat zij (moeten) bestaan en die bovendien bestaan onafhankelijk van de wil van de verdachte. Ook stukken waarvan ter gelegenheid van een fiscale visitatie wordt vastgesteld dat deze bestaan en waarvan de voorlegging wordt gevraagd, zullen verplicht moeten worden voorgelegd, zonder dat het zwijgrecht kan worden ingeroepen¹⁶⁴⁰.

596. Anderzijds lijken verklaringen die een belastingplichtige verplicht moet afleggen in het kader van een vraag om inlichtingen, zowel mondelinge¹⁶⁴¹ als schriftelijke¹⁶⁴² en die de wil van de belastingplichtige weergeven (bijvoorbeeld zijn visie op de feiten) wel te kunnen worden geweigerd aan de fiscale administratie¹⁶⁴³. Hetzelfde geldt voor stukken waarvan het bestaan door de fiscale administratie enkel wordt vermoed, maar niet kan worden bewezen.

bijvoorbeeld stukken die zijn bekomen in het kader van een huiszoeking, het zwijgrecht niet kan worden ingeroepen. Zie later nog EHRM 16 juni 2015, VAN WEERELT/Nederland (§ 55)

¹⁶³⁷ EHRM 17 december 1996, SAUNDERS/VK (§ 68); EHRM 21 december 2000, QUINN/Ierland (§40); EHRM 3 mei 2001, J.B./Zwitserland (§64); EHRM 8 april 2004, WEH/Oostenrijk (§39); EHRM 16 juni 2015, VAN WEERELT/Nederland (§ 54): “*Its rationale lies, inter alia, in the protection of the accused against improper compulsion by the authorities, thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of Article 6*”

¹⁶³⁸ I. DE TROYER en L. VANDENBERGHE, “Fiscus mag dwangsom laten opleggen aan wie weigert informatie te geven”, *Fisc. Act.* 2015, nr. 32, 1-5

¹⁶³⁹ Antwerpen 24 februari 2009, *Fisc.Koer.* 2009/407; Antwerpen 20 maart 2012, *FJF* 2013/afl. 1, 10; Antwerpen 10 december 2013, *FJF* 2014/225; Antwerpen 12 april 2016, www.monkey.be; Zie ook V. DAUGINET en K. SPAGNOLI, “Het zwijgrecht van de belastingplichtige” in L. HUYBRECHTS, J. MALHERBE, H. HERTOOGHS, V. DAUGINET en B. COOPMAN, *De fundamenrele rechten van de belastingplichtige. Capita Selecta*. Diegem, CED Samsom, 1998, 118; M.MAUS, *de fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 720; C. VANDERKERKEN, “Discussieforum 2006. Zwijgrecht of spreekplicht in het fiscaal recht. Fiscale strafvervolgung en rechtsbescherming: verleden, heden en toekomst”, *TFR* 2006, 304 ev.; ook de wetgever gaat hiervan uit in de wijziging van de wet van 16 november 1972 betreffende de arbeidsinspectie door de wet van 20 juli 2006. Door deze wetswijziging wordt het voor de sociale inspectie mogelijk om tijdens een inspectiebezoek, zoals dat toen reeds het geval was in het artikel 63 van het WBTW, ook een boekenonderzoek uit te voeren en deze boeken – rekening houdend met de rechtspraak van het Hof van Cassatie van 16 december 2003 – ook “op te sporen”. De wetgever beperkt deze bevoegdheid tot de boeken en stukken waarvan het bijhouden door de wet is opgelegd, precies om te vermijden dat tijdens deze administratieve fase, er stukken zouden worden opgespoord/opgevraagd waarvoor het zwijgrecht kon worden ingeroepen, en die in de gerechtelijke fase niet langer bruikbaar zouden zijn (arrest FUNKE); *Parl. St.* Kamer, 2005-2006, nr. 2518/1, 159; contra: T. AFSCHRIFT, “Le droit du contribuable au silence”, in C. DOCCLO (ed). *Alabaster 1938-2013*, Limal, Anthemis, 2013, 331: die meent dat de belastingplichtige geen enkel document moet voorleggen tegen zijn wil dat zelf-incriminerend kan zijn; zie ook contra: F. KONING, “Cour. Eur. DH., Chambaz contre Suisse, 5 april 2012. Prohibition de l’auto-incrimination en matière fiscale et égalité des armes” *RGCF* 2012, 414;

¹⁶⁴⁰ EHRM 17 december 1996, SAUNDERS/VK (§ 69), waarin wordt bevestigd dat stukken bekomen ingevolge een huiszoeking, stukken zijn die bestaan onafhankelijk van de wil van de betrokkene. Het zwijgrecht kan niet worden ingeroepen; in T. AFSCHRIFT, “Le droit du contribuable au silence”, in C. DOCCLO (ed). *Alabaster 1938-2013*, Limal, Anthemis, 2013, 331

¹⁶⁴¹ EHRM 8 februari 1996, MURRAY/VK

¹⁶⁴² EHRM 17 december 1996, SAUNDERS/VK

¹⁶⁴³ C. VANDERKERKEN, *Fiscale strafvervolgung en rechtsbescherming: wapengelijkheid, zwijgrecht en bewijslastverdeling*, Gent, Larcier, 2006, 403; F. EERENS, “De vraag om inlichtingen, vraag maar raak”, *TFR* 2015, 386 ev.

597. Maar zelfs voor deze wilsafhankelijke elementen lijkt het zwijgrecht niet steeds te kunnen worden ingeroepen. In de zaak O'HALLORAN & FRANCIS¹⁶⁴⁴ stelt het EHRM dat bij het beantwoorden van de vraag of er werd geraakt aan het zwijgrecht, de aard en de omvang van de dwang om de gegevens te bekomen moet worden onderzocht (in casu een verklaring over wie de bestuurder was van een voertuig, bekomen met beperkte dwang), alsook het bestaan van aangepaste procedurele garanties en ten slotte van het gebruik dat werd gemaakt van de aldus bekomen elementen. Wat dat laatste punt betreft, indien onder dwang alleen beperkte informatie werd bekomen die enkel betrekking heeft op één van de constitutionele elementen van het misdrijf, dan lijkt het EHRM hiermee rekening te willen houden bij de beoordeling van het zwijgrecht¹⁶⁴⁵. Uit deze rechtspraak concludeert M. MORIS dat zelfs bij het zwijgrecht er een soort belangenafweging moet gebeuren alvorens tot een schending van dit zwijgrecht kan worden besloten¹⁶⁴⁶.

598. Volledigheidshalve moet ten slotte ook worden opgemerkt dat het zwijgrecht niet kan worden ingeroepen ten aanzien van elementen waarvan de belastingplichtige zelf de bewijslast draagt, zoals het bewijs van de aftrek van kosten, of het bewijs dat men recht heeft op een vrijstelling.

3. Conclusie betreffende de ongewilde kennisname van informatie als gevolg van het boekenonderzoek en het vraagrecht

599. Het aantal situaties waarin het zwijgrecht kan worden ingeroepen om de gevraagde informatie niet prijs te geven zal dus in de praktijk al bij al vrij beperkt zijn. Indien dit zwijgrecht kan worden ingeroepen, kan ongewilde kennisname door de overheid worden vermeden.

De vraag rijst evenwel of het uitoefenen van de onderzoeksmaatregelen (in deze het boekenonderzoek en de vraag om inlichtingen) waarbij het zwijgrecht kan worden ingeroepen, niet vaak alsnog als een inmenging in het privéleven dient te worden beschouwd (in de mate dat informatie over het private leven wordt opgevraagd, zoals hierna verder omschreven) nu de rechtspraak van het EHRM toelaat dat uit het stilzwijgen van de betrokkene die het zwijgrecht inroept, bepaalde conclusies kunnen worden getrokken. Het EHRM heeft meerdere malen herhaald dat het zwijgrecht niet absoluut is. Het stilzwijgen van een verdachte kan weliswaar niet de uitsluitende of belangrijkste reden zijn waarop een veroordeling is gebaseerd, maar het EHRM laat wel toe dat rekening wordt gehouden met de feitelijke omstandigheden om conclusies te trekken uit het stilzwijgen van de verdachte¹⁶⁴⁷. Ook in fiscale zaken zal de betrokkene dus, ook wanneer hij het zwijgrecht kan inroepen en daarom niet kan worden gedwongen om bepaalde informatie prijs te geven, toch een zekere dwang ondervinden om dit wel te doen. Het is duidelijk dat ook de fiscale

¹⁶⁴⁴ EHRM 29 juni 2007, O'HALLORAN & FRANCIS/VK (§55)

¹⁶⁴⁵ EHRM 29 juni 2007, O'HALLORAN & FRANCIS/VK

¹⁶⁴⁶ M. MORIS, "Le fisc et la protection de la vie privée" in *L'Evolution des principes généraux du droit fiscal*, Brussel, Larcier, 2009, 259; voor een kritiek op deze benaderingswijze van het EHRM: I. DIJON, "Devoir de collaborer du contribuable versus droit de se taire du justitiable" in *En quête de fiscalité et autres propos: mélanges offerts à Jean-Pierre Bours*, Brussel, Larcier, 2011, 489-517

¹⁶⁴⁷ EHRM 8 februari 1996, MURRAY/VK (§48); EHRM 6 juni 2000, AVERILL/VK (§44); zie hierover ook C. VANDERKERKEN, *Fiscale strafvervolgning en rechtsbescherming: wapengelijkheid, zwijgrecht en bewijslastverdeling*, Gent, Larcier, 2006, 288-291

administratie het eventuele stilzwijgen van de belastingplichtige die zijn zwijgrecht heeft ingeroepen, in de bewijsvoering zal aanvoeren. Het is de rechter daarbij niet verboden om, rekening houdend met de feitelijke omstandigheden, hieruit bepaalde conclusies te trekken. In die context lijkt het opvragen van informatie die wordt beschermd onder artikel 8 EVRM maar die onder het zwijgrecht valt, ook als een inmenging in het privéleven te moeten worden beschouwd wanneer de belastingplichtige alsnog beslist om deze informatie prijs te geven.

600. Dezelfde stelling lijkt te kunnen worden ingenomen ten aanzien van het vrijwillig verstrekken van informatie wanneer een onderzoeksbevoegdheid wordt uitgeoefend waarvoor in wezen geen wettelijke grondslag bestaat. Het Hof van Cassatie heeft in een arrest van 19 september 2014 geoordeeld dat indien een belastingplichtige toestemming heeft gegeven tot het uitvoeren van een niet bij wet bepaalde controlemaatregel, de administratie het aldus verzamelde bewijs kan gebruiken¹⁶⁴⁸. Deze uitspraak is voor kritiek vatbaar. Het vrijwillig instemmen met een onderzoeksmaatregel waarvoor in wezen geen wettelijke basis bestaat, gebeurt immers vaak vanuit de vrees dat uit de weigering om mee te werken bepaalde conclusies zullen worden getrokken (zoals het instellen van een strafklacht bij het parket dat over onderzoeksbevoegdheden beschikt om manu militari bepaalde informatie in te winnen bij de verdachte). Uit het optreden van de fiscale administratie, die over een reeks uitgebreide onderzoeks – en sanctiemogelijkheden beschikt, zal met andere woorden steeds een zekere dwang uitgaan, zodat er van vrije toestemming met onwettige onderzoeksmaatregelen vaak geen sprake kan zijn. Indien de aldus “vrijwillig” overhandigde informatie wordt beschermd onder artikel 8 EVRM, dan lijkt het erop dat zelfs deze “vrijwillige” overhandiging van informatie als een inmenging in het privéleven moet worden beschouwd. Vermits er voor deze inmenging dan geen wettelijke basis bestaat vormt ze steeds een schending van het privéleven. Zoals verdedigd in de afdeling 3 van hoofdstuk 2 over de rechtsbescherming dient een schending van het privéleven bij informatie-inzameling steeds te leiden tot uitsluiting van dit bewijs.

De stelling dat er in wezen geen sprake kan zijn van vrijwilligheid bij het verstrekken van inlichtingen in het kader van een onderzoeksdaad die in wezen onwettig is, wordt enigszins ondersteund door een arrest het Hof van Cassatie van 21 november 2014 waarin wordt gesteld dat de belastingplichtige in het kader van een vraag om inlichtingen niet kan worden verplicht om boeken en stukken aan de administratie te bezorgen (vermits dit in strijd is met artikel 315 W.I.B. 1992 omdat het boekenonderzoek steeds zonder verplaatsing moet gebeuren). Het Hof van Cassatie voegt daar weliswaar aan toe dat de belastingplichtige dit wel vrijwillig kan doen, maar dat hiervan geen sprake is wanneer er een dreiging is met sancties, wat volgens het Hof van Cassatie het geval was nu in de brief waarin naar de bedoelde stukken werd gevraagd, melding werd gemaakt van de door de wet voorgeschreven sancties. Het louter melden van het bestaan van wettelijke bepalingen die

¹⁶⁴⁸ Cass. 19 september 2014, *Fisc. Koer.* 2014/642, www.monkey.be. In casu ging het over het kopiëren op de eigen informatiedragers van de fiscale administratie van de harde schijf van de computer van de belastingplichtige die de tap- en registratieomzet registreert. In eenzelfde zin: Cass. 17 februari 2005, *TFR* 2005, nr. 283, 550, noot A. KIEKENS ; *Fisc. Koer.* 2005/06, 315 – 318. Hier gaf de belastingplichtige toestemming voor het betreden van de gebouwen terwijl de ambtenaren niet voorzien waren van hun aanstellingsbewijs.

sanctionering mogelijk maken, volstond dus voor het Hof van Cassatie om aan te nemen dat er geen sprake is van vrijwillige medewerking¹⁶⁴⁹.

C.De aard van de informatie die via het boekenonderzoek of het vraagrecht kan worden bekomen

601. Wat betreft de aard van de informatie die met het vraagrecht of het boekenonderzoek kan worden bekomen, dient te worden vastgesteld dat zowel wat betreft het boekenonderzoek als wat betreft de vraag om inlichtingen, de via deze onderzoeksmaatregelen opvraagbare informatie in de wet *zeer ruim is omschreven*. Het gevolg daarvan is dat tot de informatie die via deze onderzoeksmaatregelen kan worden opgevraagd bij *natuurlijke personen*, duidelijk ook heel wat informatie kan behoren die tot het private leven kan worden gerekend en die in sommige gevallen zelfs wordt beschermd onder het recht op correspondentie. Dit wordt hierna toegelicht. De informatie die via een vraag om inlichtingen of een boekenonderzoek bij *rechtspersonen* wordt opgevraagd zal daarentegen zelden beschermd worden onder artikel 8 EVRM.

1.De aard van de informatie die via het boekenonderzoek kan worden opgevraagd

602. Wat betreft het boekenonderzoek (artikel 315 W.I.B. 1992) zijn er in wezen twee categorieën van boeken en bescheiden die kunnen worden opgevraagd. Er is vooreerst een verplichting tot het voorleggen van alle boeken en bescheiden die noodzakelijk zijn om het bedrag van de belastbare inkomsten van de belastingplichtige te bepalen (artikel 315 lid 1 W.I.B. 1992). Daarnaast is er een verplichting tot het voorleggen van welbepaalde, limitatief opgesomde boeken en bescheiden (artikel 315 lid 2 W.I.B. 1992). Deze boeken en bescheiden kunnen ook allen door de fiscale administratie worden *behouden* (artikel 315 ter W.I.B. 1992), niet alleen wanneer zij nodig zijn om het bedrag van de belastbare inkomsten van de belastingplichtige te bepalen, maar ook wanneer deze stukken nodig zijn om het bedrag van de belastbare inkomsten van derden te bepalen, tenzij de boeken nog niet zijn afgesloten (artikel 315 ter tweede lid W.I.B. 1992). Naast deze twee categorieën van boeken en bescheiden is er in wezen een derde categorie van documenten die moet worden voorgelegd, dit enkel voor natuurlijke personen en rechtspersonen die een beroep doen op een informaticasysteem of een ander elektronisch apparaat¹⁶⁵⁰ om de boeken en bescheiden waarvan de voorlegging is voorgeschreven door artikel 315 W.I.B. 1992 (dus de beide

¹⁶⁴⁹ Volledigheidshalve kan hier aan worden toegevoegd dat het Hof van Cassatie het opvragen van stukken via de vraag om inlichting onder dreiging van sancties weliswaar een schending vindt van artikel 315 W.I.B. 1992 dat voorschrijft dat de voorlegging van stukken zonder verplaatsing moet gebeuren, maar tegelijkertijd meent dat deze schending van de wet niet verhindert dat van de aldus bekomen stukken gebruik wordt gemaakt (toepassing van de fiscale Antigoonleer)(Cass. 4 november 2016, www.cass.be). Het Hof van Cassatie meent dat het Hof van Beroep in het bestreden arrest deze beslissing naar recht verantwoordde, onder meer door te overwegen dat de fiscale administratie de bedoelde stukken ook zonder overtreding van de wet had kunnen bekomen door met name zich te verplaatsen en de overlegging van de stukken te vragen.

¹⁶⁵⁰ Met een “elektronisch apparaat” wordt onder meer bedoeld GSM, blackberry edm (zie *Parl. St. Kamer*, nr. 2518/1, 160 inzake de wijziging van de wet van 16 november 1972 betreffende de arbeidsinspectie, door de wet van 20 juli 2006 waardoor het boekenonderzoek in het kader van een sociale inspectie ook kan slaan op boeken die worden bijgehouden op een informaticasysteem of een ander elektronisch apparaat). Artikel 315bis W.I.B. 1992 waarin van bij de invoering reeds sprake was van van boeken en bescheiden bijgehouden op een computersysteem, werd aangevuld door artikel 45 van de programmawet van 1 juli 2016 in die zin dat het woord “computersysteem” werd vervangen door “informatiecasysteem of een ander elektronisch apparaat” in artikel 315bis W.I.B. 1992, net zoals dit reeds het geval was in het kader van de controle van de sociale inspectie.

hierboven beschreven categorieën) geheel of ten dele te houden, op te stellen, toe te zenden of te bewaren. Deze personen dienen ook de dossiers met betrekking tot de analyses, de programma's en het beheer van het gebruikte systeem, voor te leggen (artikel 315 bis W.I.B. 1992). De fiscale administratie moet zich immers een beeld kunnen vormen van de betrouwbaarheid van het gebruikte systeem¹⁶⁵¹, zodat stukken zoals programmabeschrijvingen en gebruikershandleidingen moeten worden voorgelegd¹⁶⁵². Deze stukken zullen doorgaans geen betrekking hebben op een natuurlijke persoon (waardoor het ook geen persoonsgegevens zijn), laat staan dat ze informatie over het private leven kunnen bevatten. Deze stukken vallen dan ook volledig *buiten de reikwijdte van het recht op privéleven*. Artikel 315 bis W.I.B. 1992 bepaalt daarnaast evenwel ook dat belastingplichtigen “de informatiedragers zelf en alle gegevens die zij bevatten”, moeten voorleggen. Deze bepaling is wel erg ruim geformuleerd. Gelet op de doelstellingen van de wetgever, die met de invoering van artikel 315 bis W.I.B. 1992 de bestaande wetgeving enkel heeft willen verduidelijken voor de belastingplichtigen die de in artikel 315 W.I.B. 1992 bedoelde stukken houden of bewaren via een informaticasysteem of een ander elektronisch apparaat¹⁶⁵³, moet artikel 315 bis W.I.B. 1992 wellicht zo worden begrepen dat de “op de informatiedrager bewaarde gegevens” moeten worden voorgelegd in de mate dat het gegevens zijn zoals bedoeld in artikel 315 W.I.B. 1992¹⁶⁵⁴, dan wel wanneer het gegevens zijn die kunnen bijdragen tot de controle van de betrouwbaarheid van het systeem, zoals bedoeld in artikel 315 bis W.I.B. 1992. Terwijl van deze laatste gegevens al werd gesteld dat zij buiten het toepassingsgebied vallen van artikel 8 EVRM, worden de eerste gegevens hierna besproken onder de eerste en tweede categorie boeken en bescheiden.

603. Tot de **eerste categorie van boeken en bescheiden** die kunnen worden opgevraagd en meegenomen, met name de boeken en bescheiden die noodzakelijk zijn om het bedrag van de belastbare inkomsten te bepalen van de belastingplichtige (artikel 315 W.I.B. 1992), behoren zonder twijfel de boeken en bescheiden die moeten worden opgesteld en bijgehouden op grond van de boekhoudreglementering door elke onderneming¹⁶⁵⁵ (zie hoofdstuk 2, titel 3, boek III van het Wetboek Economisch Recht). Van deze stukken wordt algemeen aangenomen dat zij noodzakelijk zijn om het bedrag van de belastbare inkomsten te bepalen¹⁶⁵⁶. De boekhoudkundige documenten die een duidelijke indicatie geven van het vermogen of het inkomen **van de natuurlijke persoon** die ze bijhoudt, kunnen zonder enige twijfel worden gerekend tot de informatie over het private leven in de enge zin van het

¹⁶⁵¹ Ci.RH.81/470.318 van 7 mei 1998. De betrouwbaarheid van het systeem zou kunnen worden gecontroleerd door inzage in: de opbouw van het systeem; de informatiestroom; het aantal, de aard en de inhoud van de bestanden en de programma's; de aard, het tijdstip en de periodiciteit van de verwerkingen; de door het systeem verstrekte staten; de ingebouwde veiligheden, enz.

¹⁶⁵² Ci.RH.81/470.318 van 7 mei 1998

¹⁶⁵³ Zie ook *Bull.* nr. 721, blz. 3051 (Parl.Vr. nr. 62 van 4 maart 1992, door de heer COVELIERS).

¹⁶⁵⁴ Het betreft dan wel degelijk niet alleen de boekhoudstukken, maar elk ander stuk dat noodzakelijk is om het bedrag van de belastbare inkomsten te bepalen: R. WINAND, “les droits et les obligations du contribuable et de l'administration fiscale”, in P. JAILLOT, *les pouvoirs d'investigation du fisc et les délais d'imposition*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, 36; contra J. BOSSUYT, die meent dat enkel de boekhoudkundige gegevens kunnen worden onderworpen aan de controle van de geïnformatiseerde gegevens: J. BOSSUYT, “Hoog bezoek: de fiscale visitatie doorgelicht”, *AFT* 2013, afl. 8-9, 20

¹⁶⁵⁵ Een onderneming wordt in het Wetboek Economisch Recht gedefinieerd als “elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen” (Artikel I.1., 1° van het Wetboek Economisch Recht)

¹⁶⁵⁶ Comm.IB 315/2; C. AMAND, *Les pouvoirs d'investigation du fisc*, Brussel, Ced Samsom, 1987, 15; D. BRACKE, “Het onderzoek bij de belastingplichtige inzake inkomstenbelastingen”, in S. VAN CROMBRUGGE (ed.), *Getse Geschriften. De fiscale controle*, Kalmthout, Biblio, 1993, 17; M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 170

woord. Niet elk boekhoudkundig document zal uiteraard een duidelijke indicatie vormen van het vermogen of het inkomen van de betrokken natuurlijke persoon. Nochtans kunnen boekhoudkundige stukken vaak allerhande inzicht verlenen in wat zich in het professionele leven van de betrokkene afspeelt. Het EHRM heeft diverse malen gesteld dat er geen goede reden bestaat om wat zich afspeelt in de professionele sfeer uit te sluiten van het begrip privéleven¹⁶⁵⁷. Bijgevolg zullen boekhoudkundige documenten van een natuurlijke persoon doorgaans beschermd worden onder artikel 8 EVRM. Neem bijvoorbeeld een lijst van leveranciers met opgave van de bedragen die door de belastingplichtige-natuurlijke persoon aan hen zijn betaald. Dit document geeft weliswaar geen duidelijke indicatie over het inkomen van deze natuurlijke persoon, maar verschaft wel inzicht in de professionele relaties van de betrokkene, in casu met de leverancier. Het feit dat de informatie het beroepsleven van de betrokkene betreft en niet zijn private leven, zal wel worden meegenomen in de beoordeling van de noodzakelijkheid van de inmenging. Boekhoudstukken kunnen bovendien, zelfs indien ze geen inzicht verschaffen in het inkomen of vermogen van de betrokkene, ook informatie bevatten die niet of niet enkel tot het professionele leven kan worden gerekend, maar louter tot het private leven. In dat kader moet wellicht vooral worden gedacht aan de verantwoordingsstukken¹⁶⁵⁸ voor uitgaven met een gemengd karakter. Typevoorbeelden zijn facturen over de inrichting van de woning, die deels voor professionele doeleinden wordt aangewend, of stukken over de aankoop en het gebruik van de auto die voor zowel private als professionele doeleinden wordt aangewend. Deze stukken geven inzicht over het private leven in de enge zin van het woord en worden daarom beschermd door artikel 8 EVRM. Boekhoudstukken kunnen evenwel ook informatie bevatten die wordt beschermd onder het recht op correspondentie. Door het voorleggen van bijvoorbeeld de factuur voor het gebruik van de telecommunicatiediensten die volledig dan wel deels professioneel worden gebruikt¹⁶⁵⁹, wordt duidelijk informatie prijsgegeven die beschermd wordt onder het recht op communicatie. Op dergelijke facturen staan immers telefoonnummers vermeld van de gesprekpartners, gespreksduur en land waarmee communicatie heeft bestaan. Het gedwongen prijsgeven van deze informatie vormt een inmenging in het privéleven.

604. Maar er zijn nog andere boeken en bescheiden die op grond van de wet moeten worden bijgehouden, die niet bedoeld zijn in de wetgeving terzake de boekhouding van de onderneming. Ook deze boeken en bescheiden die op grond van de wet moeten worden bijgehouden, zijn onderworpen aan de voorleggingsplicht. Voorbeelden zijn de op grond van artikel 320 en 321 W.I.B. 1992 verplicht op te stellen stukken¹⁶⁶⁰. Artikel 320 § 1 eerste lid W.I.B. 1992 verplicht bepaalde personen, waaronder vrije beroepers, tot het afleveren van

¹⁶⁵⁷ EHRM 16 december 1992, NIEMIETZ /Duitsland; EHRM 16 februari 2000, AMMAN/Zwitserland

¹⁶⁵⁸ De verantwoordingsstukken moeten elke boeking staven en moeten methodisch worden opgeborgen en bewaard gedurende – in principe – 7 jaar (artikel III.86 van het Wetboek Economisch Recht). Ook deze verantwoordingsstukken zijn zonder twijfel onderworpen aan de voorlegplicht (Cass. 28 november 1967, *Pas*. 1968, I, 423)

¹⁶⁵⁹ C. AMAND, *Les pouvoirs d'investigation du fisc*, Brussel, Ced Samsom, 1987, 16 met verwijzing naar Parl.Vr. nr. 77 van 21 december 1982, VAN STEENKISTE; R. WINAND, "les droits et les obligations du contribuable et de l'administration fiscale", in P. JAILLOT, *les pouvoirs d'investigation du fisc et les délais d'imposition*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, 16

¹⁶⁶⁰ Comm.IB 315/2; C. AMAND, *Les pouvoirs d'investigation du fisc*, Brussel, Ced Samsom, 1987, 17; D. BRACKE, "Het onderzoek bij de belastingplichtige inzake inkomstenbelastingen", in S. VAN CROMBRUGGE (ed.), *Gentse Geschriften. De fiscale controle*, Kalmthout, Biblo, 1993, 17; R. WINAND, "les droits et les obligations du contribuable et de l'administration fiscale", in P. JAILLOT, *les pouvoirs d'investigation du fisc et les délais d'imposition*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, 14

ontvangstbewijzen volgens een model vastgesteld door de minister van Financiën¹⁶⁶¹. Een dergelijk ontvangstbewijs verschaft inzicht in de professionele relaties van de uitreiker-natuurlijke persoon van dit ontvangstbewijs, zodat deze stukken ook beschermd worden onder artikel 8 EVRM, niet alleen in hoofde van de natuurlijke persoon aan wie dit ontvangstbewijs is uitgereikt (en die op het ontvangstbewijs wordt geïdentificeerd), maar ook in hoofde van de natuurlijke persoon die het ontvangstbewijs uitreikt. Ook artikel 320 § 2 W.I.B. 1992 verplicht dezelfde personen tot het bijhouden van een *dagboek* betreffende ontvangsten en beroepsuitgaven, eveneens volgens een model vastgesteld door de minister van Financiën. Ook dit dagboek zal worden beschermd onder artikel 8 EVRM, al was het maar omdat het een duidelijke indicatie zal geven van het inkomen van de betrokken belastingplichtige-natuurlijke persoon. Artikel 321 W.I.B. 1992 verleent daarnaast aan de minister van Financiën de bevoegdheid om aan bepaalde categorieën van belastingplichtigen de verplichting op te leggen om nog andere boeken te houden of documenten of formulieren te bezigen waarvan hij het model kan bepalen en die hij nodig acht voor de controle van de ontvangsten en uitgaven van deze belastingplichtigen of van derden. In uitvoering daarvan heeft de minister bijvoorbeeld diverse modellen vastgelegd van getuigschriften voor verstrekte hulp¹⁶⁶². Hier gelden dezelfde bedenkingen als bij de ontvangstbewijzen vastgesteld op grond van artikel 320 W.I.B. 1992: de getuigschriften voor verstrekte hulp (nog los van de problematiek van het beroepsgeheim waarop verder wordt ingegaan in de afdeling over de informatie bekomen bij derden) verlenen inzicht in de professionele relaties van de belastingplichtige natuurlijke persoon, zodat ze beschermd worden onder artikel 8 EVRM. Ook in hoofde van persoon aan wie het getuigschrift is uitgereikt vormt het getuigschrift informatie die van de bescherming geniet van artikel 8 EVRM.

605. Maar de voorleggingsplicht is niet beperkt tot de wettelijk verplichte boekhoudstukken¹⁶⁶³. Ook van andere stukken die noodzakelijk zijn om het bedrag van de belastbare inkomsten te bepalen, kan worden gevraagd ze voor te leggen (en te bewaren, zie artikel 315 derde lid W.I.B. 1992). Dit kan uiteraard maar in de mate dat deze stukken ook worden bijgehouden. De fiscale administratie kan uiteraard niet verlangen dat stukken worden voorgelegd waarvan de wet niet verplicht ze op te stellen (bijvoorbeeld het voorleggen van een volledige boekhouding door een belastingplichtige die heeft gechoosd voor een forfaitair belastingstelsel¹⁶⁶⁴). Artikel 317 W.I.B. 1992 stelt daarbij dat de verificaties bedoeld in (onder meer) artikel 315, eerste en tweede lid W.I.B. 1992 mogen slaan op alle verrichtingen waaraan de belastingplichtige heeft deelgenomen. R. WINAND stelt dat deze bepaling wel samen moet worden gelezen met artikel 315 W.I.B. 1992 zelf en dat de stukken die slaan op verrichtingen waaraan de belastingplichtige heeft deelgenomen, wel minstens ook noodzakelijk moeten zijn voor het bepalen van de belastbare inkomsten

¹⁶⁶¹ Zie bijvoorbeeld: M.B. van 23 december 2013 tot wijziging van het M.B. van 17 december 1998 tot vastlegging van de door de advocaten bij te houden boekhouddocumenten, *B.S.* 2 januari 2014

¹⁶⁶² Zie bijvoorbeeld: Ministerieel besluit van 22 december 2015 tot vastlegging van het model en het gebruik van het ontvangstbewijs-getuigschrift voor verstrekte hulp en van het dagboek te gebruiken door de tandheekkundigen, *BS* 29 december 2015

¹⁶⁶³ Cass. 29 januari 1988, *FJF* 1988, 183; C. AMAND, *Les pouvoirs d'investigation du fisc*, Brussel, Ced Samsom, 1987, 15; M. MORIS, *procédure fiscale approfondie en matière d'impôts directs*, Limal, Anthemis, 2014, 179; R. WINAND, "les droits et les obligations du contribuable et de l'administration fiscale", in P. JAILLOT, *les pouvoirs d'investigation du fisc et les délais d'imposition*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, 12

¹⁶⁶⁴ R. WINAND, "les droits et les obligations du contribuable et de l'administration fiscale", in P. JAILLOT, *les pouvoirs d'investigation du fisc et les délais d'imposition*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, 13

van de belastingplichtige¹⁶⁶⁵. De administratie geeft volgende voorbeelden van stukken die aan de voorleggingsplicht zijn onderworpen, ook al betreft het geen boekhoudkundige stukken: “*alle stukken en gegevens die licht werpen op de organisatie en de structuur van de onderneming en op de wijze waarop de boekhouding wordt gevoerd, zoals daar zijn: het rekeningstelsel, de organisatieschema's betreffende inz. de organisatie van de onderneming en de verdeling van de bevoegdheden onder de verschillende beheers- en controleorganen, de computerprogramma's en de desbetreffende analysedossiers. Er mag natuurlijk ook inzage worden genomen van o.m. de buitenboekhoudkundige staten, de prijsoffertes, de vervoerdocumenten, de werkfiches, de bestel- en leveringsbons, enz. ...*”¹⁶⁶⁶. Toegepast op belastingplichtige natuurlijke personen, verlenen dergelijke stukken opnieuw duidelijk inzicht in de professionele activiteiten van de betrokkene, wat tot het privéleven moet worden gerekend in de zin van artikel 8 EVRM¹⁶⁶⁷. Ook ten aanzien van de voorbeelden die in de rechtspraak kunnen worden gevonden van stukken die geen verplicht bij te houden boekhoudstukken zijn, maar die toch aan de voorlegplicht zijn onderwerpen, kan doorgaans hetzelfde worden gezegd. Zo bijvoorbeeld werd aanvaard dat aan een kapper kan worden gevraagd het (professionele) afsprakenboek, waarvan tijdens een controle ter plaatse werd vastgesteld dat dit boek bestond, voor te leggen¹⁶⁶⁸. De verplichting om dit boek voor te leggen vormt een inmenging in het privéleven vermits het inzicht verleent in het professionele leven van de natuurlijke persoon-belastingplichtige. Net als voor de boekhoudkundige stukken, zullen er heel wat niet-boekhoudkundige stukken zijn die moeten worden vorgelegd, die daarnaast ook inzicht geven in het *private* (niet-professionele) leven van de belastingplichtige-natuurlijke persoon. Zo wordt door de administratie aangenomen dat stukken met betrekking tot bankrekeningen die slechts gedeeltelijk worden gebruikt voor beroepsdoeleinden, aan de voorlegplicht onderworpen zijn¹⁶⁶⁹. De voorlegplicht strekt zich zelfs uit tot de spaarrekening waarnaartoe regelmatig stortingen gebeuren vanop de professionele rekening¹⁶⁷⁰. Het is duidelijk dat dergelijke stukken, die een inzicht zullen verschaffen over het private leven van de natuurlijke persoon, van de bescherming genieten van artikel 8 EVRM¹⁶⁷¹. Ook informatie die raakt aan het recht op bescherming van de correspondentie, lijkt in sommige gevallen aan de voorlegplicht te zijn onderworpen, zoals de inhoud van brieven of e-mails¹⁶⁷² met klanten of leveranciers, in de mate dat die relevant zijn voor het bepalen van de belastbare inkomsten. De minister van Financiën verduidelijkt in een antwoord op een parlementaire vraag van 19 april 2006¹⁶⁷³ dat brieven die ter bestemming zijn afgegeven wel degelijk het voorwerp kunnen uitmaken van een fiscale controle, en dat het grondwettelijk gewaarborgd briefgeheim hem enkel verhindert kennis te nemen van aan De Post toevertrouwde brieven, die nog niet ter bestemming zijn afgegeven.

¹⁶⁶⁵ R. WINAND, “les droits et les obligations du contribuable et de l’administration fiscale”, in P. JAILLOT, *les pouvoirs d’investigation du fisc et les délais d’imposition*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, 12

¹⁶⁶⁶ Comm.IB 315/4; zie ook Antwerpen 2 januari 2001, *Fiskoloog* 2001, afl. 785, 12

¹⁶⁶⁷ EHRM 16 december 1992, NIEMIETZ/Duitsland

¹⁶⁶⁸ Gent 5 november 1998, *Fisc.Act.* 1998, afl. 40, 5; www.monkey.be

¹⁶⁶⁹ Comm.IB 315/6 en 7; C. AMAND, *Les pouvoirs d’investigation du fisc*, Brussel, Ced Samsom, 1987, 18

¹⁶⁷⁰ Brussel 30 juni 2011, *FJF* 2013, afl. 3, 315

¹⁶⁷¹ EHRM 7 juli 2015, M.N./San Marino

¹⁶⁷² Zie bv. Gent 21 januari 2014, www.monkey.be; Gent 13 januari 2015, www.monkey.be

¹⁶⁷³ *Vr. en Antw.*, Kamer, 2005-2006, nr. 122, blz. 23791-23792 (Parl. Vr. nr. 1232 van mevrouw PIETERS dd. 19 april 2006)

606. Het opvragen van stukken die informatie bevatten over het (louter) private leven vormt ook de kern van de bewijsvoering van de fiscale administratie wanneer zij de belastingplichtige wil belasten op grond van tekenen en indiciën (artikel 341 W.I.B. 1992). De administratie mag, behoudens tegenbewijs, de belastbare grondslag immers ramen op grond van tekenen en indiciën waaruit een hogere graad van gegoedheid blijkt dan uit de aangegeven inkomsten. In de context van deze indiciaire taxatie bevestigde het Hof van Cassatie in een arrest van 4 januari 2007¹⁶⁷⁴ dat de fiscale administratie op grond van de artikelen 315 en 316 W.I.B. 1992 alle inlichtingen kan vragen met het oog op de juiste heffing van de belastingen, zelfs inlichtingen met betrekking tot het privéleven. Hoewel de fiscale administratie in haar commentaar het opvragen van louter private stukken als niet toegelaten beschouwde¹⁶⁷⁵, bestaat er geen enkele wettelijke belemmering om louter private stukken op te vragen wanneer dit noodzakelijk blijkt voor het vaststellen van het belastbaar inkomen, wat vaak het geval zal zijn bij een indiciaire taxatie¹⁶⁷⁶.

607. Voor **rechtspersonen** zal de voorlegplicht van boekhoudkundige en niet-boekhoudkundige stukken die noodzakelijk zijn voor het bepalen van het bedrag van de belastbare inkomsten, slechts zelden een inmenging vormen in het privéleven, tenzij de rechtspersoon met een natuurlijke persoon kan worden gelijkgesteld zoals hiervoor toegelicht (bijvoorbeeld eenpersoonsvennootschappen die naar de vennoot zijn genoemd). In dat geval worden de stukken op dezelfde wijze beschermd als hiervoor bepaald. Voor rechtspersonen die niet met een natuurlijke persoon kunnen worden gelijkgesteld, is er doorgaans geen bescherming van de stukken onder artikel 8 EVRM. Een uitzondering moet worden gemaakt voor het voorleggen van stukken die raken aan de communicatie tussen personen. Deze worden wel beschermd onder artikel 8 EVRM, ook al gaan ze uit van een rechtspersoon. In dat kader is het relevant de ruime invulling in herinnering te brengen die het EHRM geeft aan dit begrip, zodat de inbeslagname van cliëntendossiers in een advocatenkantoor¹⁶⁷⁷, of de volledige hard disk van een bedrijf¹⁶⁷⁸ als een inmenging in het privéleven zal worden beschouwd, omdat minstens een deel van de aldus bekomen informatie wordt verondersteld beschermd te zijn onder het recht op correspondentie. Dergelijke ingrijpende onderzoeksmaatregelen worden doorgaans uitgevoerd ter gelegenheid van een fiscale visitatie en komen in die context hierna verder ter sprake. Ook stukken die informatie prijsgeven van de rechtspersoon, die tot het zakengeheim¹⁶⁷⁹ van deze rechtspersoon kan worden gerekend, worden beschermd onder artikel 8 EVRM.

608. De **tweede categorie** van stukken die moet worden voorgelegd, zijn de stukken die staan opgesomd in artikel 315 tweede lid W.I.B. 1992. Het betreft, ten eerste, voor de rijksinwoners, de boeken en bescheiden betreffende de buitenlandse rekeningen, de buitenlandse levensverzekeringen en de juridische constructies waarover al informatie moet worden opgenomen in de aangifte (artikel 315 tweede lid, 1° W.I.B. 1992). Ook rechtspersonen moeten de boeken en bescheiden voorleggen betreffende de juridische

¹⁶⁷⁴ Cass. 4 januari 2007, TFR 2007, 371 met noot W. HUBER

¹⁶⁷⁵ Comm.IB 315/5

¹⁶⁷⁶ D. BRACKE, "Het onderzoek bij de belastingplichtige inzake inkomstenbelastingen", in S. VAN CROMBRUGGE (ed.), *Gentse Geschriften. De fiscale controle*, Kalmthout, Biblo, 1993, 17

¹⁶⁷⁷ EHRM 16 december 1992, NIEMIETZ /Duitsland (§32); zie ook EHRM 19 september 2002, TAMOSIUS/VK

¹⁶⁷⁸ EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen (§129)

¹⁶⁷⁹ C. AMAND geeft het voorbeeld van stukken waarin het fabricatiegeheim wordt prijsgegeven: C. AMAND, *Les pouvoirs d'investigation du fisc*, Brussel, Ced Samsom, 1987, 17.

constructies waarvan ze al informatie moeten opgeven in de aangifte (artikel 315 tweede lid, 3° W.I.B. 1992). Daarnaast dienen vennootschappen de registers voor te leggen van de aandelen en de obligaties op naam, alsook de presentielijsten van de algemene vergadering (artikel 315 tweede lid, 2° W.I.B. 1992)¹⁶⁸⁰. Ten slotte moeten ook natuurlijke personen die kredietgever zijn van een lening verstrekt via een crowdfundingplatform bedoeld in artikel 21, 13° W.I.B. 1992, de boeken en bescheiden voorleggen die betrekking hebben op deze leningen (artikel 315 tweede lid, 4° W.I.B. 1992).

Wat betreft de voorlegplicht die betrekking heeft op *natuurlijke personen* (boeken en bescheiden in verband met buitenlandse rekeningen, buitenlandse levensverzekeringen, juridische constructies en leningen via een crowdfundingplatform), dient met zekerheid te worden gesteld dat de boeken en bescheiden in verband hiermee informatie bevatten over het private leven van de betrokken natuurlijke persoon in de enge zin van het woord. Dit werd hierboven in het kader van de aangifte als inmenging in het privéleven al aangetoond. Met de gevraagde informatie wordt immers een indicatie gegeven van het vermogen en het inkomen van de natuurlijke persoon, zodat de voorlegplicht van deze stukken als een inmenging in het privéleven moet worden beschouwd. Voor *rechtspersonen* kan de voorlegplicht van boeken en bescheiden in verband met de juridische constructies slechts een inmenging vormen in het privéleven in de mate dat de rechtspersoon met een natuurlijke persoon kan worden gelijkgesteld. De voorlegplicht voor vennootschappen van het register van aandelen en obligaties op naam en van de presentielijsten van de algemene vergadering kunnen slechts kwalificeren als een inmenging in het privéleven, in de mate dat de vennootschap met een natuurlijke persoon kan worden gelijkgesteld.

609. Wat de boeken en bescheiden betreft die kunnen worden opgevraagd op grond van artikel 475, 1° W.I.B. 1992 (in het kader van de vaststelling van het kadastraal inkomen) stelt de wet enkel dat het gaat over de boeken en bescheiden die het mogelijk maken de juistheid van de verstrekte inlichtingen na te gaan. Hetzelfde artikel 475, 1° W.I.B. 1992 bepaalt dat de Algemene Administratie van de Patrimoniumdocumentatie van de belastingplichtige kan eisen dat hij alle inlichtingen dienstig voor het vaststellen van het kadastraal inkomen overlegt. Het boekenonderzoek van artikel 475 W.I.B. 1992 is dus bedoeld als methode om de juistheid van de inlichtingen verstrekt in het kader van het vraagrecht van de administratie na te gaan. Uit het antwoord op een parlementaire vraag van 8 maart 2005¹⁶⁸¹ blijkt dat de administratie hoopt op grond van deze bepaling “plannen, schetsen en dossierstukken” te bekomen als nuttige elementen bij de vaststelling van het kadastraal inkomen. In de mate dat deze boeken en bescheiden worden gevraagd van een *natuurlijke persoon*, of een daarmee gelijkgestelde rechtspersoon, worden deze stukken beschermd onder artikel 8 EVRM. De stukken zullen immers inzicht verlenen in het onroerend goed dat eigendom is van de natuurlijke persoon (indeling, kostprijs, ...), waarbij het in wezen van geen belang is dat het onroerend goed geheel of gedeeltelijke professioneel wordt aangewend.

¹⁶⁸⁰ Deze verplichting werd in 1962 ingevoerd om een einde te stellen aan de tot dan bestaande betwisting aangaande het recht van de fiscale administratie om inzage te bekomen van deze documenten: *Parl. St. Kamer*, 1961-1962, 264/1, 109. D. BRACKE merkt op dat deze voorlegplicht eerder gericht is op het vaststellen van de belastingtoestand van derden namelijk de betrokken aandeelhouders of obligatiehouders : D. BRACKE, “Het onderzoek bij de belastingplichtige inzake inkomstenbelastingen”, in S. VAN CROMBRUGGE (ed.), *Gentse Geschriften. De fiscale controle*, Kalmthout, Biblo, 1993, 21

¹⁶⁸¹ zie *Vr. en Antw.*, Kamer, 2 mei 2005, p. 12740 (Parl. Vr. nr. 684 van 8 maart 2005 van mevrouw PIETERS)

2. De aard van de informatie die via het vraagrecht kan worden bekomen

610. Met betrekking tot het vraagrecht is de omschrijving van de informatie die kan worden gevraagd op grond van artikel 316 W.I.B. 1992 even algemeen en ruim als de omschrijving van de boeken en bescheiden die kunnen worden gevraagd op grond van het boekenonderzoek. Met name kunnen alle inlichtingen worden gevraagd “*met het oog op het onderzoek van de fiscale toestand van de belastingplichtige*”. Artikel 317 W.I.B. 1992 stelt daarbij dat de verificaties bedoeld in (onder meer) artikel 316 W.I.B. 1992 mogen slaan op alle verrichtingen waaraan de belastingplichtige heeft deelgenomen. Er kan worden aangenomen dat deze bepaling wel samen moet worden gelezen met artikel 316 W.I.B. 1992 zelf en dat stukken die slaan op verrichtingen waaraan de belastingplichtige heeft deelgenomen ook relevant moeten zijn voor het onderzoek van de fiscale toestand van de belastingplichtige¹⁶⁸². Door deze ruime omschrijving is het de fiscale administratie opnieuw toegestaan om zowel vragen te stellen die het professionele leven van de betrokken natuurlijke persoon aangaan, als het louter private leven¹⁶⁸³, voor zover deze maar relevant zijn voor het controleren van de fiscale toestand van de betrokkene. Het onderzoek van de fiscale toestand betreft overigens niet alleen de “professionele fiscale toestand”¹⁶⁸⁴. Bijgevolg kan, op dezelfde wijze als hiervoor toegelicht in verband met het boekenonderzoek, worden gesteld dat de administratie via het vraagrecht bij natuurlijke persoon zeer veel inlichtingen kan bekomen die beschermd worden door artikel 8 EVRM omdat zij inzichten zullen geven in zowel het (zelfs louter¹⁶⁸⁵) private als het professionele leven. De op grond van het vraagrecht bekomen inlichtingen zullen in hoofde van een rechtspersoon, tenzij deze met een natuurlijke persoon kan worden gelijkgesteld, veel minder snel beschermd worden onder artikel 8 EVRM, met name enkel indien deze informatie raakt aan het zakengeheim of aan het recht op correspondentie.

611. Ook het artikel 475, 1° W.I.B. 1992 laat toe alle inlichtingen te eisen “*dienstig voor het vaststellen van het kadastraal inkomen*”. Hiervoor werd al aangegeven dat dit informatie kan zijn over de kostprijs en de plannen van het onroerend goed en dat deze informatie, los van de bestemming die aan het goed wordt gegeven (professioneel of privaat), steeds wordt beschermd onder artikel 8 EVRM in de mate dat de vragen worden gesteld aan een natuurlijke persoon belastingplichtige, of aan een rechtspersoon die met een natuurlijke persoon kan worden gelijkgesteld.

¹⁶⁸² R. WINAND, “les droits et les obligations du contribuable et de l’administration fiscale”, in P. JAILLOT, *les pouvoirs d’investigation du fisc et les délais d’imposition*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, 12

¹⁶⁸³ Voorbeeld: Het Hof van Beroep oordeelde in 1994 dat de vragen om inlichtingen aan bepaalde klanten van een groothandel in horecamateriaal waarvan de fiscale administratie vermoedde dat zij zich ten onrechte voordeden als particulieren, weliswaar een inmenging vormde in het privéleven van deze klanten, maar noodzakelijk waren voor het fiscale doel. De vragen betroffen uiteraard de uitgaven van deze particulieren bij deze groothandel waarvan de klanten zelf althans voorhielden dat dit private uitgaven waren (Antwerpen 7 juni 1994, *Fisc. Koer.* 1994, 424).

¹⁶⁸⁴ Comm.IB 316/2

¹⁶⁸⁵ Zie hiervoor de toelichting in verband met de indiciaire taxatie en de mogelijkheid in dat kader om inlichtingen te vragen over louter private uitgaven, maar zie ook de parlementaire vragen geciteerd door M. MAUS in M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 189, op grond waarvan de administratie meent vragen te kunnen stellen over de bestemming van lottowinsten, van het saldo van de privérekeningen van de personen ten laste van de belastingplichtige, betreffende de financiering van privéaankopen, edm.

3. Conclusie

612. Op basis van het boekenonderzoek en het vraagrecht kan dus ten aanzien van een natuurlijke persoon heel wat informatie worden gevraagd die wordt beschermd onder artikel 8 EVRM. Het gedwongen opvragen van informatie die niet wordt beschermd onder artikel 8 EVRM, lijkt zelfs de uitzondering te zijn, vermits informatie voor het controleren van de fiscale toestand of het bepalen van de belastbare inkomsten doorgaans hetzij inzicht oplevert in het private leven, hetzij in het professionele leven. Alleen stukken die de natuurlijke persoon niet betreffen, zoals gebruikershandleidingen van aangewende computersystemen die moeten worden voorgelegd om de betrouwbaarheid van de aangewende systemen te controleren, lijken buiten het toepassingsgebied van artikel 8 EVRM te vallen. Informatie die wel de natuurlijke persoon betreft, maar die eerder publiek is en waarvan kan worden getwijfeld of deze wel onder de bescherming valt van artikel 8 EVRM, zoals de afstand tussen de woonplaats en de vaste werkplek, of de adreswijziging van de beroepszetel, lijkt eerder zelden te zullen worden opgevraagd precies omwille van de publieke aard van deze gegevens. De administratie kan deze informatie immers ook op een andere wijze kennen dan via een onderzoeksdaad bij de belastingplichtige. De vraag of er contextuele omstandigheden voorhanden zijn op basis waarvan het opvragen van deze publieke informatie toch als een inmenging in het privéleven moet worden beschouwd, is dan ook van weinig praktische relevantie.

613. Het boekenonderzoek en het vraagrecht geven dan weer zelden aanleiding tot een inmenging in het privéleven bij rechtspersonen, behoudens wanneer de rechtspersoon met een natuurlijke persoon kan worden gelijkgesteld, wanneer er wordt geraakt aan informatie die wordt beschermd onder het recht op correspondentie (wat zeer snel het geval zal zijn, bijvoorbeeld bij inbeslagname van de harde schijf van een bedrijf) en wanneer er wordt geraakt aan informatie die wordt gerekend tot het zakengeheim.

II. Het visitatierecht

A. De vraagstelling

614. Het EHRM aanvaardt dat er sprake is van een inmenging in het recht op woning van zodra de overheid de woning in de zin van artikel 8 EVRM, *betreedt* of minstens wanneer de betrokkene verplicht is de overheidsambtenaren toe te laten tot deze woning¹⁶⁸⁶. De woning dient daarbij zeer ruim te worden begrepen en omvat niet alleen de woning die door de bewoner voor bewoningsdoeleinden wordt gebruikt, maar ook alle aanhorigheden die niet publiek toegankelijk zijn en die tot bewoning worden aangewend, zoals tuinen, garages, en dergelijke meer¹⁶⁸⁷. Daarnaast dient tot het begrip woning ook het bedrijfslokaal te worden begrepen dat door de *private persoon*¹⁶⁸⁸ voor beroepsdoeleinden wordt aangewend, alsook de maatschappelijke zetel van een *rechtspersoon*, afdelingen ervan of andere beroepslokalen¹⁶⁸⁹. Ook lokalen met een gemengd gebruik (privaat – professioneel) vallen

¹⁶⁸⁶ EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen (§106)

¹⁶⁸⁷ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 10 november 2009 tot invoering van een sociaal strafwetboek, *Parl. St. Kamer*, 52-1666/01, 116 waarin de huisvisitaties worden besproken

¹⁶⁸⁸ EHRM 16 december 1992, NIEMIETZ /Duitsland

¹⁶⁸⁹ EHRM 16 april 2002, STES COLAS EST/Frankrijk. Het EHRM gebruikt de bewoordingen: “a company’s registered office, branches and other business premises”

onder de bescherming van artikel 8 EVRM¹⁶⁹⁰. Gelet op de finaliteit van de bescherming van het recht op privéleven, met name het waarborgen van het recht op een ongehinderde zelfontplooiing, onder meer door het ongehinderd waarborgen van de mogelijkheid om menselijke relaties aan te gaan, lijkt de bescherming van het recht op woning voor wat betreft de bedrijfslokalen wel beperkt tot de bedrijfslokalen die van aard zijn dat er mensen in aanwezig kunnen zijn, waardoor bedrijfslokalen waarin doorgaans geen mensen aanwezig zijn, niet van de rechtsbescherming van artikel 8 EVRM kunnen genieten¹⁶⁹¹.

615. De vraag rijst dus in wezen in welke mate de fiscale administratie op grond van de artikelen 319 en 476 W.I.B. 1992 gebouwen kan betreden die worden beschermd onder artikel 8 EVRM.

616. Tijdens het visitatierecht zijn allerhande (onderzoeks)handelingen denkbaar¹⁶⁹². Zo zal de fiscale administratie tijdens de fiscale visitatie een boekenonderzoek kunnen uitvoeren, alsook vragen om inlichtingen kunnen stellen. Vermits de fiscale visitatie erop gericht is om – onder meer – aan de fiscale administratie de mogelijkheid te verschaffen de aard en de belangrijkheid van de werkzaamheden vast te stellen en het bestaan, de aard en de hoeveelheid na te zien van de voorraden en de voorwerpen van alle aard, lijkt het nemen van foto's of ander beeldmateriaal van deze werkzaamheden, voorraden en voorwerpen van alle aard¹⁶⁹³, eveneens een denkbare handeling tijdens de fiscale visitatie. De vraag of deze handelingen een inmenging in het privéleven vormen van de betrokkene moet per handeling afzonderlijk worden beoordeeld (zie wat de beoordeling van het boekenonderzoek of de vraag om inlichtingen betreft als inmenging in het privéleven, hierboven punt I.). Het feit evenwel dat zij worden gesteld gedurende een fiscale visitatie en met andere woorden tijdens het betreden van een woning of beroepslokaal, zal de handeling, in de mate dat ze een inmenging vormt in het privéleven, privacyinvasiever maken. Concreet betekent dit dat het feit dat de onderzoekshandeling plaatsvindt tijdens een fiscale visitatie, zal worden meegenomen in de noodzakelijkheidsbeoordeling.

B.Het gedwongen karakter van het betreden en de aard van de gebouwen

617. Het betreden van gebouwen op grond van de hier onderzochte visitatiebevoegdheid gebeurt steeds onder dwang. Hierover kan geen discussie staan. Ook inzake artikel 319 W.I.B. 1992 bestaat er immers een meewerkverplichting, die wordt gesanctioneerd met de administratieve boetes zoals bedoeld in artikel 445 W.I.B. 1992¹⁶⁹⁴, en met strafsancities in de mate dat er bedrieglijk opzet aanwezig is (artikel 449 W.I.B. 1992). Volledigheidshalve kan in dat kader worden opgemerkt dat er ten aanzien van het visitatierecht van artikel 476 W.I.B. 1992 niet enkel een meewerkverplichting bestaat, maar dat de administratie zelfs zonder (gedwongen) medewerking van de betrokkene in de gebouwen kan *binnendringen* (artikel 476 laatste lid W.I.B. 1992), wat deze onderzoeksmaatregel privacyinvasiever maakt dat het visitatierecht op grond van artikel 319 W.I.B. 1992. Over dit laatste artikel lijkt immers consensus te bestaan dat de fiscale administratie geen recht heeft om zich de toegang tot

¹⁶⁹⁰ EHRM 7 juni 2007, SMIRNOV/Rusland

¹⁶⁹¹ EHRM 6 september 2005, LEVEAU & FILLON/Frankrijk

¹⁶⁹² Of zij ook toegelaten zijn, wordt beoordeeld hierna bij de legaliteitsvereiste

¹⁶⁹³ Vr. en Antw., Kamer 2004-2005, 14988 (Parl. Vr. nr. 685 van 11 april 2005, PIETERS)

¹⁶⁹⁴ Vr. en Antw., Kamer, 23 augustus 2004, p. 6873 (Parl. Vr. nr. 169 van 28 november 2003, PIETERS)

deze beroepslokalen en de bewoonde lokalen te forceren¹⁶⁹⁵. Daarentegen bestaat er wel discussie over de vraag of de fiscale administratie tijdens de visitatie bepaalde handelingen eigenhandig kan stellen (zie verder hierna). In de praktijk gaat van de fiscale visitatie bovendien vaak een bijzondere dwang uit nu de fiscale administratie soms de bijstand vordert van de lokale politie op het ogenblik dat zij zich bij de belastingplichtige aanmeldt¹⁶⁹⁶.

618. Op grond van artikel 319 W.I.B. 1992 kan de fiscale administratie beroepslokalen betreden (“beroepslokalen of lokalen waar rechtspersonen hun werkzaamheden uitoefenen”). Deze lokalen worden voor zowel natuurlijke personen als voor rechtspersonen duidelijk beschermd onder artikel 8 EVRM, zij het dat een minimale menselijke aanwezigheid wel vereist lijkt te zijn om te kunnen spreken van een inmenging in het recht op woning. Zo zal het betreden van stallen van een landbouwbedrijf wellicht niet als een inmenging in het privéleven kunnen worden beschouwd.

Daarnaast kunnen ook alle andere lokalen, gebouwen, werkplaatsen of terreinen die geen beroepslokaal zijn of geen lokaal zijn waar rechtspersonen hun werkzaamheid uitoefenen, worden gevisiteerd in de mate dat er werkzaamheden worden verricht of vermoedelijk worden verricht (artikel 319 tweede lid W.I.B. 1992). De mogelijkheid om deze lokalen te visiteren werd ingevoerd in het Wetboek Inkomstenbelastingen door artikel 18 van de herstellwet van 10 februari 1981. Hiermee werd vooral beoogd om ook een fiscale visitatie mogelijk te maken op plaatsen waarvan de belastingplichtige geen eigenaar of gebruiker is en waar hij tijdelijk een werkzaamheid uitoefent, zoals op bouwerven¹⁶⁹⁷. De vraag rijst of deze gebouwen ook kunnen worden beschermd onder artikel 8 EVRM. Hoewel het EHRM zich nog niet duidelijk heeft uitgesproken over het betreden van gebouwen door de overheid waarvan de betrokkene geen eigenaar of gebruiker is, lijkt te kunnen worden aangenomen dat ook deze gebouwen worden beschermd onder artikel 8 EVRM in de mate dat er een zekere menselijke aanwezigheid kan worden verondersteld.

619. Hetzelfde kan worden gesteld voor het visiteren van terreinen. Ook terreinen welke als werkplaats, werkhuis of opslagplaats voor voorraden dienst doen, kunnen immers worden gevisiteerd (artikel 319 eerste lid W.I.B. 1992). Er is ook wat betreft terreinen geen eenduidige rechtspraak van het EHRM voorhanden om te bepalen of het betreden van deze terreinen als een inmenging in het recht op privéleven dient te worden beschouwd. In de zaak KHAMIDOV¹⁶⁹⁸ oordeelde het EHRM dat het land dat door de overheid gedurende een bepaalde periode werd bezet, niet werd beschermd onder artikel 8 EVRM vanuit de vaststelling dat dit land blijkbaar was toegewezen aan de industriële activiteit van de verzoeker en dat er op dit terrein ook industriële gebouwen stonden waarvan het EHRM had vastgesteld dat zij niet werden beschermd onder artikel 8 EVRM. De bescherming van bedrijfsterreinen onder artikel 8 EVRM lijkt in die zin dan ook opnieuw te moeten worden

¹⁶⁹⁵ M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 207

¹⁶⁹⁶ Zie bijvoorbeeld rb. Gent 9 december 2015, www.monkey.be, *Fiscale koerier* 2016/04, 497 – 503; Zie ook J. BOSSUYT, “Hoog bezoek: de fiscale visitatie doorgelicht”, *AFT* 2013, afl. 8-9, p. 10

¹⁶⁹⁷ Memorie van toelichting bij het ontwerp van herstellwet houdende fiscale en financiële bepalingen van 12 januari 1981, *Parl. St. Kamer*, zittingsperiode 1980-1981, nr. 716/1, 6; uit deze memorie blijkt overigens ook dat deze toevoeging aan de artikel 225 W.I.B. 1992 tot doel had om beter afgestemd te zijn op de overeenkomstige bepaling in de BTW die op dat moment sedert ongeveer 3 jaar een uitbreiding van de visitatie kende.

¹⁶⁹⁸ EHRM 15 november 2007, KHAMIDOV/Rusland

gekoppeld aan de menselijke aanwezigheid, zodat een terrein dat dienst doet als open opslagplaats wellicht niet van de bescherming van artikel 8 EVRM zal kunnen genieten, daar waar dit mogelijks wel het geval zal zijn voor een bouwwerf die wordt gevisiteerd waarop menselijke activiteiten aan de gang zijn.

620. Ook particuliere woningen of bewoonde lokalen kunnen worden gevisiteerd wanneer er werkzaamheden worden verricht of vermoedelijk worden verricht (artikel 319 tweede lid, laatste zin W.I.B. 1992)¹⁶⁹⁹. Het is duidelijk dat het betreden van bewoonde lokalen wordt beschermd onder artikel 8 EVRM.

621. Op grond van artikel 476 W.I.B. 1992 kan de administratie binnentreden in “gebouwen en eender welke onroerende goederen”. De bepaling is zo ruim dat zowel bewoonde lokalen als beroepslokalen hieronder kunnen vallen. Het betreden van deze gebouwen zal slechts een inmenging in het recht op woning uitmaken in de zin van artikel 8 EVRM in de mate dat het gebouw wordt aangewend voor bewoning, dan wel wordt aangewend voor de uitoefening van de beroepswerkzaamheid, zoals hierboven nader toegelicht.

§ 3 De uitoefening van de onderzoeksbevoegdheden ten aanzien van de belastingplichtige en de legaliteitsvereiste

I. De vraagstelling

622. Nu gekend is in welke mate de uitoefening van het boekenonderzoek, het vraagrecht en het visitatierecht inmengingen vormen in het privéleven van de belastingplichtige die het voorwerp uitmaakt van het onderzoek, dient te worden nagegaan of deze onderzoeksbevoegdheden zijn gebaseerd op een kwalitatieve formele wet.

623. Elk van de hier onderzochte onderzoeksbevoegdheden vindt haar grondslag in een formele wet, met name de artikelen 315, 315 bis, 315ter, 316, 319, 475, 1° en 476 W.I.B. 1992. Het invoeren van deze inmengingen in het privéleven is dus het voorwerp kunnen zijn van een democratisch debat. Bijgevolg rijst enkel de vraag of deze wetten voldoende voorzienbaar zijn, zoals vereist door de rechtspraak van het EHRM, zodat deze wetten als waarborg kunnen dienen tegen arbitraire inmengingen in het privéleven.

624. De hier bedoelde wetten verlenen aan de fiscale administratie een discretionaire bevoegdheid om onderzoeksbevoegdheden toe te passen ten aanzien van belastingplichtigen. Het EHRM vereist in een dergelijke situatie dat de discretionaire bevoegdheid van (in casu) de fiscale administratie voldoende duidelijk wordt afgebakend¹⁷⁰⁰. Het moet in dat kader voldoende duidelijk zijn in welke omstandigheden en onder welke voorwaarden de inmenging in het privéleven kan plaats vinden¹⁷⁰¹. Dit houdt in dat de wet

¹⁶⁹⁹ In de parlementaire voorbereidingen werd hierbij vooral gedacht aan bewoonde lokalen waarvan kan worden vermoed dat er klandestiene arbeiders aanwezig zijn (zie *Parl. St. Kamer*, 1980-1981, 716/1, 6), zie ook *Vr. en Antw.*, Kamer, 2009-2010, nr. 093, blz. 543-547 (Parl. Vr. nr. 7 van 4 december 2009 van de heer VIJNCK).

¹⁷⁰⁰ EHRM 25 maart 1983, SILVER/VK (§88); EHRM 12 januari 2010, GILLAN & QUINTON/VK (§77); EHRM 21 juni 2011, SHIMOVOLOS/Rusland (§68); EHRM 25 februari 1993, FUNKE/Frankrijk; EHRM 25 februari 1993, CRÉMIEUX/Frankrijk en EHRM 25 februari 1993, MIAILHE/Frankrijk

¹⁷⁰¹ EHRM 2 augustus 1984, MALONE/VK

duidelijk moet bepalen *welke categorieën* van mensen kunnen worden onderworpen aan de inmenging, alsook in *welk geval* zij aan de inmenging kunnen worden onderworpen. Daarnaast moet de wet ook regelen hoe de inmenging zal gebeuren, wat onder meer inhoudt dat er een regeling is over de beperking van de maatregel in de tijd, alsook welke procedure door de administratie moet worden gevolgd (opmaken rapporten, ...) ¹⁷⁰². De mate waarin de wet gedetailleerd het toepassingsgebied en de uitvoeringsmodaliteiten van de inmenging moet regelen, hangt af van het privacyinvasieve karakter van de inmenging. Bijgevolg zal het betreden van de woning of het beroepslokaal, gedetailleerder moeten worden geregeld dan een minder privacyinvasieve vorm van informatie-inzameling, zoals via de vraag om inlichtingen of het boekenonderzoek. Het betreden van een bewoond lokaal zal in vergelijking met het betreden van een beroepslokaal nog strenger moeten worden beoordeeld. Het EHRM stelt zich met name zeer veeleisend op betreffende de voorwaarden van wettelijkheid, legitimiteit en noodzakelijkheid wat betreft huiszoekingen. Vermits de drie hier bedoelde onderzoeksmaatregelen erop gericht zijn informatie in te zamelen, waaronder een grote hoeveelheid persoonsgegevens (zoals hierna zal blijken), zal de wet ook duidelijkheid moeten verschaffen over essentiële gegevensbeschermingsbeginselen zoals finaliteit en bewaartermijn ¹⁷⁰³. Een weinig precieze wet kan eventueel toch als voldoende voorzienbaar worden beschouwd wanneer zij procedurele waarborgen tegen misbruik aanlevert, zoals een gerechtelijke controle ¹⁷⁰⁴.

II. Het boekenonderzoek

A. Voorzienbaarheid van de uitvoeringswijze

625. Wat betreft het boekenonderzoek, regelen de artikelen 315, 315 bis en 315 ter W.I.B. 1992 heel wat aspecten betreffende de *wijze waarop* deze inmenging gebeurt.

Zo wordt duidelijk bepaald waar de boeken en stukken die het voorwerp kunnen uitmaken van dit onderzoek, ter beschikking moeten worden gehouden (artikel 315 derde lid W.I.B. 1992). Daarnaast wordt ook duidelijk bepaald hoe moet worden gehandeld wanneer de natuurlijke personen of rechtspersonen die het voorwerp uitmaken van de onderzoeksmaatregel een beroep doen op een informaticasysteem of een ander elektronisch apparaat om de boeken en bescheiden waarvan de voorlegging is voorgeschreven, te houden, op te stellen, toe te zenden of te bewaren (artikel 315 bis W.I.B. 1992). Deze moeten met name de documenten voorleggen in leesbare en verstaanbare vorm, de belastingplichtige moet kopieën maken op de eigen uitrusting in bijzijn van de ambtenaren wanneer daarom wordt verzocht, en moet ook informaticabewerkingen verrichten die nodig worden geacht om het bedrag van de belastbare inkomsten te bepalen, eveneens wanneer daarom wordt verzocht. Deze verplichtingen gelden zowel wanneer de gegevens waar de administratie om verzoekt, zich digitaal in België of in het buitenland bevinden. Vervolgens regelt de wet ook voldoende duidelijk dat het recht om boeken en

¹⁷⁰² EHRM 24 april 1990, KRUSLIN/Frankrijk (§35-36); EHRM 24 april 1990, HUVIG/Frankrijk (§34), EHRM 30 juli 1998, VALENZUELA CONTRERAS/Spanje (§ 57 en § 46); EHRM 29 juni 2006, WEBER en SARAVIA/Duitsland (§95); EHRM 28 juni 2007, ASSOCIATION FOR EUROPEAN INTEGRATION AND HUMAN RIGHTS & EKIMDZHIEV/Bulgarije (§76)

¹⁷⁰³ EHRM 4 mei 2000, ROTARU/Roemenie

¹⁷⁰⁴ EHRM 4 mei 2000, ROTARU/Roemenie

bescheiden te behouden niet geldt wanneer de boeken niet zijn afgesloten (artikel 315 ter, tweede lid W.I.B. 1992) en dat een proces-verbaal moet worden opgemaakt van de retentie van boeken en stukken, waarvan een afschrift binnen de 5 dagen volgend op de retentie aan de belastingplichtige moet worden uitgereikt (artikel 315 ter derde lid W.I.B. 1992).

626. De wet regelt ook dat de degene die aan de maatregel onderworpen wordt, niet kan verplicht worden zich daarvoor te *verplaatsen* (artikel 315 eerste lid W.I.B. 1992). Ook deze bepaling is duidelijk en stelt vanuit het oogpunt van de voorzienbaarheid geen probleem, zij het dat men zich de vraag kan stellen hoe deze regel moet worden ingevuld bij het boekenonderzoek bij niet-inwoners¹⁷⁰⁵. Nochtans past het hier al op te merken dat deze bepaling ervoor zorgt dat het boekenonderzoek, zoals het op dit moment door de wet is geconcipeerd, een wellicht onnodig privacyinvasief karakter krijgt. Dit voorschrift houdt immers in wezen in dat de administratie zich *ter plaatse* bij de belastingplichtige moet begeven om de voorlegging van de boeken en bescheiden te vragen en dus hetzij de beroepslokalen, hetzij desgevallend de private lokalen moet betreden¹⁷⁰⁶. Het uitvoeren van een boekenonderzoek in het belastingkantoor is dus veel minder privacyinvasief, net als het overmaken van boeken en stukken aan de fiscale administratie, per post, per e-mail of anderszins. Lange tijd werd aangenomen dat het toegestaan is de belastingplichtige uit te nodigen om deze boeken en stukken op het belastingkantoor te brengen of aan de belastingadministratie over te maken, zonder dat de belastingplichtige hiertoe evenwel kan worden verplicht¹⁷⁰⁷. Aldus verkreeg het boekenonderzoek de facto een minder privacyinvasief karakter. In het hierboven al aangehaalde arrest van het Hof van Cassatie van 21 november 2014 werd de voorwaarde dat het overmaken van boeken en stukken dan vrijwillig moet gebeuren, evenwel strikt geïnterpreteerd. Het Hof van Cassatie bevestigde immers dat in het kader van een vraag om inlichtingen de belastingplichtige niet kan worden verplicht om boeken en bescheiden over te maken en dat de belastingplichtige dit weliswaar vrijwillig kan doen maar hiervan geen sprake is wanneer er een dreiging is van sancties, doordat in de brief waarin om de overlegging wordt gevraagd melding wordt gemaakt van de door de wet voorgeschreven sancties¹⁷⁰⁸. Hiervoor werd al verdedigd dat het zogenaamde vrijwillig overmaken van informatie die wordt beschermd door artikel 8 EVRM, terwijl voor deze overmaking eigenlijk geen wettelijke basis bestaat, steeds als een inmenging in het privéleven moet worden beschouwd omwille van de dwang die (in casu door de melding van de sancties) van de acties van de administratie uitgaat. Vermits er voor

¹⁷⁰⁵ R. WINAND, "les droits et les obligations du contribuable et de l'administration fiscale", in P. JAILLOT, *les pouvoirs d'investigation du fisc et les délais d'imposition*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, 12

¹⁷⁰⁶ Volgens het Hof van Beroep te Antwerpen moet voor het boekenonderzoek ter plaatse bij de belastingplichtigen in zijn privélokalen geen machtiging worden gevraagd: Antwerpen, 28 juni 2011, *Fiscoloog*, 2011, nr. 1264, 17

¹⁷⁰⁷ *Vr. en Antw.*, Kamer, 29 maart 2004, p. 4000 (zie Parl. Vr. nr. 214 van 13 januari 2004 van mevrouw PIETERS)

¹⁷⁰⁸ Merk op dat de stelling dat deze praktijk strijdig is met de wet reeds werd ingenomen door: D. BRACKE, "Het onderzoek bij de belastingplichtige inzake inkomstenbelastingen", in S. VAN CROMBRUGGE (ed.), *Gentse Geschriften. De fiscale controle*, Kalmthout, Biblo, 1993, 20. De stelling werd ook al eerder ingenomen in lagere rechtspraak: Rb. Luik, 28 oktober 2002, *TFR* 2003, 120; Rb. Brussel 19 september 2002, *TFR* 2003, 445 ev. met noot M. WAUMAN, "De grenzen van art. 315, lid 1, WIB 1992 opnieuw verkend" (Hier meende de rechtbank dat de belastingplichtige er uitdrukkelijk op moest worden gewezen dat hij niet verplicht was de boeken en stukken naar het belastingkantoor te brengen. Dit is volgens de rechtbank een kwestie van het fair playbeginsel); rb. Hasselt 4 februari 2009, *Fisc.Act.* 2009/17, 12; rb. Hasselt 25 maart 2009, *TFR* 2009, 801; contra: Brussel 22 juni 2007 *FJF* 2008/16, waarin werd aangenomen dat de belastingplichtige met kennis van zaken afstand had gedaan van van zijn recht om de boeken zonder verplaatsing voor te leggen doordat hij zich had laten bijstand door een jurist.

de inmenging bovendien geen wettelijke grondslag bestaat (artikel 316 W.I.B. 1992 laat niet toe te vragen dat er stukken worden overgemaakt), moet worden besloten tot schending van het privéleven. Toegepast op voorliggend geval heeft dit evenwel het perverse gevolg dat de fiscale administratie dan haar toevlucht moet nemen tot de meer privacyinvasieve vorm van boekenonderzoek, met name het boekenonderzoek ter plaatse. De optie om het opvragen van boeken via de vraag om inlichtingen gepaard te laten gaan met een uitdrukkelijke vermelding dat de belastingplichtige hiertoe niet verplicht is¹⁷⁰⁹ (en er dus ook geen sancties kunnen worden opgelegd indien de stukken niet worden overgemaakt) stoot op het hierboven al geformuleerde bezwaar dat er in wezen nooit sprake kan zijn van vrijwilligheid wanneer informatie wordt overgemaakt aan de fiscale administratie. Immers, de belastingplichtige zal zich zelfs in de hier geschetste omstandigheid nog steeds verplicht kunnen voelen om de boeken en stukken toch over te maken omdat de vrees kan bestaan dat de fiscale administratie bij niet- medewerking haar toevlucht neemt tot de meer privacyinvasieve vorm van boekenonderzoek, met name het boekenonderzoek ter plaatse. Wellicht moet worden besloten dat de vereiste dat het boekenonderzoek steeds ter plaatse moet gebeuren achterhaald is¹⁷¹⁰. De vereiste komt immers tegemoet aan de bekommernis de belastingplichtige niet nodeloos te hinderen door hem te verplichten zich met zijn boeken te verplaatsen naar een belastingkantoor¹⁷¹¹. Met de huidige technologie kunnen kopieën van boeken en stukken evenwel op een eenvoudige manier aan de belastingadministratie worden overgemaakt. Een mogelijkheid zou er kunnen in bestaan van het boekenonderzoek door overmaking van boeken en stukken, de regel te maken, waarvan – op vraag van de belastingplichtige – kan worden afgeweken in welk geval de belastingplichtige in dat geval het *recht* heeft om een controle ter plaatse te vragen¹⁷¹². Zoals al gesteld is het evenwel niet omdat de vereiste dat het boekenonderzoek ter plaatse moet gebeuren vanuit privacyoogpunt problematisch is, dat zij niet duidelijk en voorzienbaar is voor de belastingplichtige.

627. Wat wel ontbreekt, is een duidelijke regeling over de duurtijd van het retentierecht bedoeld in artikel 315 ter W.I.B. 1992. Enkel de circulaire over artikel 315 ter W.I.B. 1992 geeft de administratie hierover een instructie. Met name kunnen boeken en bescheiden slechts behouden blijven “voor de normale duur van het onderzoek” en moeten deze minstens terug worden gegeven aan de belastingplichtige op het ogenblik dat hem een

¹⁷⁰⁹ Of enige andere omstandigheid waaruit vrijwilligheid zou kunnen worden afgeleid, zoals het feit dat de belastingplichtige zich heeft laten bijstaan door een gemandateerd jurist (zie Brussel 22 juni 2007 *FJF* 2008/16; ook Brussel 22 juni 2007, *FJF* 2008/16)

¹⁷¹⁰ Zie hierover Cass. 4 november 2016 waarin het Hof van Cassatie oordeelt dat het Hof van Beroep zijn beslissing om stukken die met schending van artikel 315 W.I.B. 1992 werden bekomen doordat er naar werd gevraagd in een vraag om inlichtingen onder dwang van sancties, terwijl stukken zonder verplaatsing moeten worden overgemaakt aan de administratie, naar recht verantwoordt. Het Hof van Beroep had onder meer overwogen dat in een tijd waarin fotokopieermachines tot de standaardkantooruitrusting behoren, het wellicht geen zin meer heeft de belastingplichtige van de last om zich te verplaatsen te besparen, en dat het wellicht interessanter is voor de belastingplichtige om enkel fotokopies toe te sturen dan een bezoek te krijgen van de administratie om stukken voor te leggen.

¹⁷¹¹ De gedachte dat het boekenonderzoek ter plaatse moet gebeuren om mogelijk te maken dat er een tegensprekelijk debat over kan worden gevoerd (R. WINAND, “les droits et les obligations du contribuable et de l’administration fiscale”, in P. JAILLOT, *les pouvoirs d’investigation du fisc et les délais d’imposition*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, 27), werd afgewezen door de rechtbank van eerste aanleg te Brussel dat terecht stelde dat de wet niet verhindert dat een controle unilateraal gebeurt (Rb. Brussel 19 september 2002, www.monkey.be)

¹⁷¹² Interpreteerde de wet reeds in die zin: D. BRACKE, “Het onderzoek bij de belastingplichtige inzake inkomstenbelastingen”, in S. VAN CROMBRUGGE (ed.), *Gentse Geschriften. De fiscale controle*, Kalmthout, Biblo, 1993, 325

bericht van wijziging wordt toegezonden¹⁷¹³. Rekening houdend met de rechtspraak van het EHRM betreffende de voorzienbaarheid van de wettelijke basis en met artikel 22 van de GW verdient het *aanbeveling* dat dergelijke instructie in een formele wet zou worden opgenomen. Een risico op misbruik bij de retentie van originele boeken en stukken is immers niet ondenkbaar. Wanneer stukken lange tijd bij de administratie worden bewaard zonder ze terug te geven aan de belastingplichtige, kan de continuïteit van de bedrijfsadministratie in het gedrang komen. Anderzijds lijkt het op basis van de rechtspraak van het EHRM ook mogelijk dat het gebrek aan afbakening van de duurtijd van de retentie wordt beoordeeld in het kader van de proportionaliteitsvereiste en de afwezigheid van afbakening van de duurtijd niet als problematisch wordt gezien vanuit het oogpunt van de voorzienbaarheid.

628. Het boekenonderzoek dat mogelijk is in het kader van het vaststellen van het kadastraal inkomen (artikel 475, 1° W.I.B. 1992) is in de wet een stuk summierder geregeld. Wat de wijze betreft waarop het boekenonderzoek plaatsvindt, verduidelijkt de wet alleen dat dit zonder verplaatsing gebeurt. Hieromtrent kunnen dezelfde bedenkingen worden geformuleerd als hierboven. Retentie van de voor te leggen stukken is niet voorgeschreven, maar lijkt op basis van de hiervoor geciteerde rechtspraak van het EHRM mogelijk te zijn, al ontbreekt in dat geval wel een indicatie over de duurtijd.

B.Voorzienbaarheid van het toepassingsgebied

629. Wat het *toepassingsgebied* betreft is de wet duidelijk wat betreft de personen die aan deze maatregel kunnen worden onderworpen, met name *“eenieder die onderhevig is aan de personenbelasting, de vennootschapsbelasting, de rechtspersonenbelasting of de belasting van niet-inwoners”* (artikel 315 en artikel 315 ter W.I.B. 1992), terwijl de verplichtingen van artikel 315bis W.I.B. 1992 gelden voor *“de natuurlijke personen en rechtspersonen die een beroep doen op een informaticasysteem of elk ander elektronisch apparaat om de boeken en bescheiden waarvan de voorlegging is voorgeschreven door artikel 315, geheel of ten dele, te houden, op te stellen, toe te zenden of te bewaren”*. Artikel 323 bis W.I.B. 1992 maakt duidelijk dat de verplichtingen van artikel 315 bis W.I.B. 1992 ook gelden voor verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid of derden waarop een beroep wordt gedaan om de digitale boeken en bescheiden, te houden, op te stellen, toe te zenden of te bewaren.

630. Wat betreft de boeken en stukken die het voorwerp kunnen uitmaken van de maatregel en die met andere woorden moeten worden voorgelegd (artikel 315 en 315bis W.I.B. 1992) of kunnen worden meegenomen door de fiscale administratie (artikel 315 ter WIB 1992), wordt in de wet¹⁷¹⁴ een combinatie gemaakt van enerzijds een algemene omschrijving (nl. de boeken en stukken die noodzakelijk zijn om het bedrag van de belastbare inkomsten te bepalen) en anderzijds een uitdrukkelijke (en duidelijke) opsomming (o.m. de boeken en stukken in verband met de buitenlandse bankrekening, de

¹⁷¹³ Circulaire AAFisc Nr. 26/2014 (nr. Ci.RH.831/633.817/E.T. 126.407) d.d. 27.06.2014, met verwijzing naar de memorie van toelichting bij de wet van 21 december 2013, *Parl. Stukken*, Kamer, nr. 53-3236/001, p. 17

¹⁷¹⁴ Hierboven werd reeds toegelicht dat het begrip *“alle gegevens”* in artikel 315 bis W.I.B. 1992 slaat op de gegevens die moeten worden voorgelegd conform artikel 315 W.I.B. 1992

registers van de aandelen en obligaties op naam, ...) ¹⁷¹⁵. Enkel wat de eerste categorie betreft rijst de vraag of de algemene omschrijving voldoende voorzienbaar is. In het kader van een boekenonderzoek in fiscale zaken stelde het EHRM zich wat dat betreft al vrij soepel op en nam in de zaak BERNH LARSEN ¹⁷¹⁶ genoegen met een bepaling die de fiscale administratie toelaat om informatie te verzamelen “*with significance with respect to the tax assessment of the taxpayer and the inspection thereof*”. Voor het EHRM kan de belastingplichtige zijn gedrag hier voldoende op afstemmen door bijvoorbeeld digitale bestanden waarop geen fiscaal relevante informatie staat, af te zonderen ¹⁷¹⁷.

631. Wat betreft de omstandigheden waarin het boekenonderzoek kan worden gevraagd, stellen artikel 315 en 315 bis W.I.B. 1992 in wezen dat het boekenonderzoek steeds ¹⁷¹⁸ kan, telkens de fiscale administratie erom vraagt. De discretionaire bevoegdheid van de fiscale administratie om over te gaan tot boekenonderzoek wordt dus op geen enkele wijze afgebakend. De vraag rijst evenwel of dit wel nodig is. De finaliteit van de voorzienbaarheidsvereiste bestaat er immers in dat er een waarborg is tegen misbruik van de overheid. De mogelijkheid van de fiscale administratie om de belastingplichtige steeds te kunnen controleren, niet alleen wanneer er bijvoorbeeld aanwijzingen zijn van wetsovertredingen, maar ook wanneer dit niet het geval is, behoort evenwel tot de essentie van het fiscaal heffingsmechanisme: de belastingplichtige is gehouden zelf openheid te verlenen over zijn fiscale toestand; daar tegenover staat dat de fiscale administratie steeds in de mogelijkheid moet zijn de aangifte te controleren om tot de juiste heffing van de belasting te komen ¹⁷¹⁹. Het voorleggen van de boeken en stukken die nodig zijn om de belastbare inkomsten te bepalen, lijkt daarbij de meest voor de hand liggende wijze om de belastbare toestand van de belastingplichtige te controleren ¹⁷²⁰. Ook in de zaak BERNH LARSEN werd de afwezigheid van enige afbakening van de omstandigheden waarin kan worden overgegaan tot boekenonderzoek niet als problematisch beschouwd, vanuit het oogpunt van de voorzienbaarheid. Een risico op misbruik lijkt terzake dan ook niet meteen aanwezig, zij het dat het boekenonderzoek, zoals hierboven toegelicht, onnodig privacyinvasief is georganiseerd door voor te schrijven dat het steeds ter plaatse moet gebeuren. Het betreden van de beroepslokalen of bewoonde lokalen is wel sterk privacyinvasief en niet steeds nodig om de belastingplichtige te controleren, laat staan zijn boeken te controleren. Een verdere afbakening van de bevoegdheid om **ter plaatse** boeken te controleren dringt zich dan ook op, in het kader van het vermijden van misbruiken.

¹⁷¹⁵ De voorlegplicht van de stukken met betrekking tot de analyses, de programma's en het beheer van de gebruikte systemen worden hier buiten beschouwing gelaten omdat deze informatie niet wordt beschermd door artikel 8 EVRM zodat de voorlegplicht ook geen inmenging vormt in het privéleven.

¹⁷¹⁶ EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen (§126)

¹⁷¹⁷ EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen (§130) waarin de Noorse fiscale administratie zogenaamde gemengde archieven in beslag had genomen waarop niet alleen fiscaal relevante informatie stond, maar ook private informatie. De maatregel was evenwel volgens het EHRM voldoende voorzienbaar (de belastingplichtige kon weten dat alleen de fiscaal relevante informatie in beslag kon worden genomen)

¹⁷¹⁸ Dit uiteraard slechts binnen de controletermijnen voorgeschreven door de wet.

¹⁷¹⁹ Zie ook rb. Brussel, 17 januari 2012, TFR 2012, afl. 417, 238 waarin de rechtbank oordeelde dat de fiscale administratie steeds een controle kan opstarten (al dan niet op basis van persberichten)

¹⁷²⁰ Zie Parl. Vr. nr. 876 van 2 mei 1997 van de heer DIDDEN (www.monkey.be) waarin wordt het gesteld dat de administratie vrij is om te kiezen voor het gebruik van de vraag om inlichtingen op grond van artikel 316 W.I.B. 1992 dan wel het boekenonderzoek van artikel 315 W.I.B. 1992

632. Ook de mogelijkheid om de boeken en bescheiden die aan de voorlegplicht onderworpen zijn, te behouden (artikel 315 ter W.I.B. 1992) wordt ook op geen enkele wijze beperkt. De wet stelt immers dat de boeken en stukken die moeten worden voorgelegd kunnen worden meegenomen *“wanneer de ambtenaren menen dat de boeken en bescheiden nodig zijn om het bedrag van de belastbare inkomsten te bepalen van de belastingplichtige of van derden”*. Vermits enkel de boeken en bescheiden moeten worden voorgelegd die nodig zijn om het bedrag van de belastbare inkomsten van de belastingplichtige te bepalen, zijn *al* deze boeken en bescheiden vatbaar voor retentie. Hoewel het behouden van boeken en stukken weliswaar privacyinvasiever is dan het louter voorleggen ervan, lijkt een verdere afbakening van de bevoegdheid van de administratie om stukken te behouden, zich vanuit het oogpunt van de voorzienbaarheid niet meteen op te dringen, rekening houdend met de rechtspraak van het EHRM in de zaak BERNH LARSEN waar werd aangenomen dat de retentie van boeken en bescheiden zelfs op een voorzienbare wijze besloten lag in de Noorse wettelijke bepaling die het boekenonderzoek toeliet. Het feit dat het meenemen van de boeken en bescheiden privacyinvasiever is dan het louter voorleggen ervan (in dat laatste geval houdt de belastingplichtige een zicht op de informatie waarvan de fiscale administratie concreet kennis neemt en zijn de mogelijkheden tot hergebruik van deze informatie voor de fiscale administratie beperkt), moet dan ook vooral in het kader van de beoordeling van de proportionaliteit van de maatregel aan bod komen.

633. Ook het toepassingsgebied van het boekenonderzoek in het kader van het vaststellen van het kadastraal inkomen, is ruim doch voldoende duidelijk omschreven. De personen die aan de maatregel kunnen worden onderworpen betreffen *“alle belastingplichtigen”*. De boeken en bescheiden die kunnen worden gevraagd hangen samen met de inlichtingen die kunnen worden gevraagd. Artikel 475, 1° W.I.B. 1992 bepaalt immers dat het boekenonderzoek enkel dient om de juistheid van de verstrekte inlichtingen na te gaan. Vermits de inlichtingen dus slechts moeten worden verstrekt wanneer zij dienstig zijn voor het vaststellen van het kadastraal inkomen, zullen de boeken en bescheiden noodzakelijkerwijs ook *“dienstig moeten zijn voor het vaststellen van het kadastraal inkomen”*. Deze omschrijving is vaag, maar vanuit de rechtspraak van het EHRM aanvaardbaar. De omstandigheden waarin boeken en bescheiden kunnen worden gevraagd, zijn ten slotte, omwille van deze specifieke finaliteit van het boekenonderzoek beperkter dan voor het boekenonderzoek van artikel 315 en 315bis W.I.B. 1992. Er kunnen met name slechts stukken worden gevraagd nadat een vraag om inlichtingen werd gesteld. De gevraagde boeken en stukken moeten ook handelen over de verstrekte inlichtingen.

C.Duidelijkheid over finaliteit en bewaartermijn

634. Vermits bij het boekenonderzoek duidelijk ook *persoonsgegevens* worden verwerkt (dit is zeker het geval bij een boekenonderzoek bij een natuurlijke persoon, maar ook bij een boekenonderzoek bij een rechtspersoon worden persoonsgegevens ingezameld, zie hierover meer hierna), moet worden nagegaan of de wettelijke bepaling ook voldoende voorzienbaar is op het vlak van een aantal essentiële aspecten van het persoonsgegevensbeschermingsrecht, waaronder de finaliteit en de bewaartermijn. Wat betreft de *finaliteit* van het boekenonderzoek bepaalt de wet dat de voorlegging van boeken

en stukken gericht is op het “naziën ervan”, wat gelet op de context van een fiscale controle voldoende duidelijk lijkt te zijn. Daarnaast ligt de finaliteit van het boekenonderzoek ook deels besloten in de omschrijving van de boeken en bescheiden die onderworpen zijn aan de voorlegplicht. De belastingplichtige moet immers alleen de boeken en bescheiden voorleggen die noodzakelijk zijn voor het bepalen van het bedrag van “zijn” belastbare inkomsten. Het boekenonderzoek van artikel 315 en 315bis heeft dus de fiscale controle van de belastingplichtige zelf tot finaliteit. Het meeneemrecht heeft in die zin een iets ruimere finaliteit. Wanneer is gebleken dat de boeken en stukken die noodzakelijk zijn voor het bepalen van het bedrag van de belastbare inkomsten van de belastingplichtige (enkel deze zijn onderworpen aan de voorlegplicht) ook nodig zijn voor het bepalen van het bedrag van de belastbare inkomsten van derden, dan kunnen zij ook om die reden worden meegenomen. De finaliteit is dus voldoende duidelijk.

635. De afwezigheid van enige indicatie betreffende de bewaartermijn lijkt daarentegen problematischer. Nog los van de afwezigheid van enige indicatie in de wet over de duurtijd van het retentierecht van papieren boeken en stukken (artikel 315 ter W.I.B. 1992)(zie hierboven), wordt in de wet ook niet bepaald hoelang de gegevens door de fiscale administratie zullen worden bewaard. Ook wanneer de originele stukken bij de belastingplichtige zijn gebleven of zijn teruggegeven en de administratie enkel kopieën heeft behouden of eigen aantekeningen, rijst immers de vraag hoelang deze informatie wordt bewaard. Hiervoor werd al aangetoond dat over deze bewaartermijn – in het algemeen – duidelijkheid ontbreekt. Wat betreft de *papieren* documenten is er het antwoord op een parlementaire vraag van 2001 waarin melding wordt gemaakt van een interne instructie betreffende de bewaartermijn¹⁷²¹. Op grond hiervan zouden vragen om inlichtingen gedurende 10 jaar worden bewaard, terwijl stukken zoals de aankondiging van een bezoek ter plaatste na 5 jaar naar de papiermolen kunnen worden gezonden wanneer de dienstchef deze documenten overbodig acht. Over de boeken en stukken die tijdens een boekenonderzoek zijn opgevraagd, vermeldt het antwoord op de parlementaire vraag niets. Wat betreft de *elektronische* documenten stelt de aangifte die de FOD Financiën heeft gedaan bij de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer dat de elektronisch verwerkte persoonsgegevens in principe *onbeperkt* worden bewaard, tenzij de informatie persoonsgegevens betreft die betrekking hebben op een welbepaalde belasting, vermits deze slechts worden bewaard tot aan de integrale uitdoving van de fiscale schuld, alsook van elke rechtsmiddel dat op deze schuld betrekking heeft. Hierover werd hiervoor al opgemerkt dat onduidelijk is wat moet worden verstaan onder “persoonsgegevens die betrekking hebben op een welbepaalde belasting”. Persoonsgegevens ingezameld in het kader van een boekenonderzoek voor een welbepaald aanslagjaar, kunnen immers nog dienstig zijn voor een daaropvolgend aanslagjaar. Hebben zij dan nog “betrekking op” dat aanslagjaar, of eindigt de bewaartermijn bij het uitdoven van de fiscale schuld van het jaar waarop de controle betrekking had? Tot slot is het nog onduidelijk wat er met de elektronische stukken gebeurt eens de bewaartermijn is verstreken.

636. Wat betreft het boekenonderzoek in het kader van de vaststelling van het kadastraal inkomen, gelden dezelfde bedenkingen. De finaliteit is voldoende duidelijk, maar wat betreft de bewaartermijn mist artikel 475, 1° W.I.B. 1992 voorzienbaarheid.

¹⁷²¹ Parl. Vr. nr. 759 van 17 juli 2001 van PIETERS, www.monkey.be

D.Procedurele waarborgen tegen misbruik

637. Los van de onduidelijke bewaartermijn en de afwezigheid van enige wettelijke aanduiding over de duurtijd van het retentierecht, lijkt er ten aanzien van het boekenonderzoek dus niet meteen een probleem wat betreft de voorzienbaarheid van de wettelijke bepalingen die dit boekenonderzoek regelen. Hierbij moet dan wel abstractie worden gemaakt van de (achterhaalde) voorwaarde dat het boekenonderzoek steeds ter plaatse moet gebeuren. De nood aan procedurele waarborgen tegen misbruik om een gebrek aan voorzienbaarheid op te vangen bestaat dus niet meteen.

638. Nochtans zijn er wat betreft de retentie van boeken en stukken, door de wet wel een paar procedurele waarborgen tegen misbruik ingelast. Met name stelt de wet dat het recht om boeken en bescheiden mee te nemen niet geldt wanneer de boeken niet zijn afgesloten (artikel 315 ter, tweede lid W.I.B. 1992). Dit vormt alvast een waarborg tegen disproportioneel gebruik van het retentierecht ten gevolge van de afwezigheid van enige indicatie over de duurtijd van het retentierecht. Doordat er geen boeken en bescheiden kunnen worden meegenomen die niet zijn afgesloten wordt het risico betreffende de (dis)continuïteit van de bedrijfsadministratie beperkt. Een tweede belangrijke procedurele waarborg tegen misbruik is het voorschrift dat een proces-verbaal moet worden opgemaakt van de retentie van boeken en stukken, waarvan een afschrift binnen de 5 dagen volgend op de retentie aan de belastingplichtige moet worden uitgereikt (artikel 315 ter derde lid W.I.B. 1992). Dit proces-verbaal zorgt ervoor dat een post-factumcontrole van de proportionaliteit van de genomen maatregel doeltreffend wordt, maar kan er ook voor zorgen dat betwistingen nopens de rechtsgeldigheid van de gevolgde wijze van handelen en de juiste omstandigheden waaronder de boeken en stukken zouden zijn meegenomen, kunnen worden voorkomen¹⁷²². In dat kader is het een gemis dat de wet niet bepaalt wat er minstens in dit proces-verbaal moet staan. Uit de circulaire over het retentierecht kan wel worden afgeleid dat het proces-verbaal de omstandigheden moet bevatten, die nopen tot het meenemen van de boeken en bescheiden, alsook een gedetailleerde inventaris van de meegenomen boeken en bescheiden, en dat wanneer een en ander gebeurde op verzoek van of met de toestemming van de belastingplichtige, hiervan uitdrukkelijk melding moet worden gemaakt. Daarnaast gelden een reeks instructies die moeten bijdragen tot de bewijskracht van het proces-verbaal. Zo moet het proces-verbaal worden opgesteld door een bevoegd ambtenaar van de FOD Financiën, dienen de naam, voornaam, hoedanigheid en standplaats van de opsteller(s) te worden vermeld, moet het gedagtekend zijn en ondertekend door de opsteller(s) en dient er ten slotte te worden voldaan aan de taalwetgeving¹⁷²³.

Bij de mogelijkheid tot het meenemen van een kopie van de digitaal bijgehouden boeken en bescheiden (artikel 315 bis W.I.B. 1992), ontbreekt evenwel elke procedurele waarborg tegen misbruik. De wet schrijft weliswaar voor dat het de belastingplichtigen zelf zijn, die in het bijzijn van de ambtenaren van de administratie, kopieën moeten maken, zodat de

¹⁷²² Memorie van toelichting bij de wet van 21 december 2013, *Parl. St.*, Kamer, nr. 53, 3236/001, 27, zoals ook aangehaald in Circulaire AAFisc Nr. 26/2014 (nr. Ci.RH.831/633.817/E.T. 126.407) d.d. 27.06.2014

¹⁷²³ Circulaire AAFisc Nr. 26/2014 (nr. Ci.RH.831/633.817/E.T. 126.407) d.d. 27.06.2014

belastingplichtige daardoor wel zicht houdt op de boeken en stukken waarvan een kopie wordt meegenomen. Doordat er evenwel geen proces-verbaal wordt opgemaakt van het meenemen van deze kopieën, ontbreekt een bewijs van de boeken en stukken die effectief werden meegenomen, alsook een bewijs van de omstandigheden waarin de boeken en stukken zijn meegenomen, wat een rechterlijke controle van de noodzakelijkheid van de retentie onmogelijk maakt, tenzij de fiscale administratie op vrijwillige basis een proces-verbaal heeft gemaakt van de retentie van de kopie van de digitale boeken en bescheiden bedoeld in artikel 315 bis W.I.B 1992. Dit laatste wordt door de FOD Financiën wel aanbevolen aan zijn ambtenaren¹⁷²⁴.

639. Een belangrijke procedurele waarborg tegen misbruik – nog los van de algemene procedurele waarborgen tegen misbruik die uitgaan van een aantal maatregelen die moeten worden genomen in het kader van het persoonsgegevensbeschermingsrecht (zie afdeling 2 hierboven) - is uiteraard de post-factumbeoordeling door de rechter. Deze beoordeling kan gebeuren ter gelegenheid van de betwisting voor de rechter van de aanslag die is gebaseerd op gegevens die uit het boekenonderzoek zijn geput (zie hierover afdeling 3 van hoofdstuk 2 over de rechtsbescherming), of desgevallend ter gelegenheid van de betwisting voor de rechter van het kadastraal inkomen dat werd betekend (geschil over de toepassing van de belastingwet, artikel 569, eerste lid, 32° W.I.B. 1992). Op dat ogenblik is de fiscale visitatie en de eventuele schending van het privéleven evenwel al lang achter de rug en is het resultaat van deze schending van het privéleven, met name de informatie die de fiscale visitatie heeft opgeleverd, al aangewend voor het vestigen van aanslagen (of het betekenen van het nieuwe of gewijzigde kadastraal inkomen). De meerderheid van de Belgische rechtspraak laat daarnaast toe dat een zogenaamd pretaxatiegeschil wordt gevoerd voor de rechtbanken van eerste aanleg (zie hierover afdeling 3 van hoofdstuk 2 over de rechtsbescherming), waarin het boekenonderzoek aan de beoordeling van de rechtbank wordt voorgelegd nog voordat de aanslag is gevestigd (zij het dat deze rechtspraak eerder handelt over fiscale visitaties). Ook deze pretaxatiegeschillen werken evenwel niet schorsend, zodat de betwiste maatregel die per hypothese een schending vormt van het privéleven, onverminderd kan verder gaan.

Het feit dat een gerechtelijke controle – zij het post factum – van het boekenonderzoek wel steeds mogelijk is, is dus op zich een belangrijke procedurele waarborg tegen misbruik¹⁷²⁵, zij het dat het EHRM daarbij wel vereist dat de *omkadering* van deze post-factumcontrole dermate is dat ze doeltreffend wordt. Het feit dat er van een retentie van digitale stukken geen proces-verbaal moet worden opgemaakt is in die zin een gemis. Ook het feit dat de controle niet schorsend werkt, is een gemis¹⁷²⁶.

640. In de mate dat het boekenonderzoek als een inmenging in het privéleven moet worden beschouwd, moet een gerechtelijke procedure, waarbij dit boekenonderzoek post factum wordt gecontroleerd, wel de garanties verlenen van een eerlijk proces zoals bedoeld

¹⁷²⁴ Circulaire AAFisc Nr. 26/2014 (nr. Ci.RH.831/633.817/E.T. 126.407) d.d. 27.06.2014

¹⁷²⁵ EHRM 5 juli 2012, ROBATHIN/Oostenrijk (§ 48); EHRM 16 oktober 2007, WIESER en BICOS BETEILIGUNGEN GmbH/Oostenrijk (§ 60); EHRM 6 oktober 2016, K.S. en M.S./Duitsland (§46-47)

¹⁷²⁶ EHRM 5 juli 2012, ROBATHIN/Oostenrijk; EHRM 16 oktober 2007, WIESER en BICOS BETEILIGUNGEN/Oostenrijk

in artikel 6 § 1 EVRM. In dat kader is het relevant te verwijzen naar de zaak RAVON¹⁷²⁷ betreffende de toegang tot de rechter op grond van artikel 6 EVRM en fiscale visitaties. In deze zaak herhaalde het EHRM vooreerst dat artikel 6 § 1 EVRM in principe niet van toepassing is op louter fiscale zaken, maar dat een geschil betreffende een fiscale huiszoeking en inbeslagnames in essentie gaat over het recht op woning. Volgens het EHRM is er in een dergelijk geval sprake van een geschil betreffende een ‘burgerlijk recht’ in de zin van artikel 6 §1 EVRM, zodat artikel 6 § 1 EVRM van toepassing is op geschillen betreffende fiscale visitaties¹⁷²⁸. Concreet betekent dit onder meer dat de betrokkene steeds het recht op toegang tot een rechter moet hebben die, op tegenspraak¹⁷²⁹, met volle rechtsmacht oordeelt over het geschil. In de mate dat een boekenonderzoek, net als een fiscale visitatie dus als een inmenging in het ‘burgerlijk recht’ van artikel 8 EVRM moet worden beschouwd, dient een gerechtelijk geschil over dit boekenonderzoek ook te genieten van de waarborgen van artikel 6 § 1 EVRM. Dit houdt in dat dit geschil op tegenspraak moet kunnen worden gevoerd en dat de rechter met volle rechtsmacht over dit geschil kan oordelen, zodat de rechter niet alleen de wettelijkheid van het boekenonderzoek kan beoordelen, maar ook de opportuniteit¹⁷³⁰. Bovendien wordt in de zaak RAVON gesteld dat dit jurisdictioneel beroep tegen de beslissing om een visitatie toe te laten van aard moet zijn dat het ofwel de onregelmatige visitatie kan vermijden, ofwel een passend rechtsherstel kan verlenen¹⁷³¹. Vanuit de wetenschap dat de jurisdictionele controle het boekenonderzoek zelf de facto niet kan vermijden (het pretaxatiegeschil werkt immers niet schorsend en bij de betwisting van het boekenonderzoek ter gelegenheid van de aanslag heeft de eventuele schending van het recht op privéleven zich vaak al lange tijd daarvoor voltrokken), verlangt de rechtspraak van het EHRM betreffende artikel 6 EVRM dus dat de rechter bevoegd moet zijn een passend rechtsherstel te verlenen ingeval het boekenonderzoek onregelmatig bleek te zijn. De rechtspraak verduidelijkt niet wat dit passend rechtsherstel moet inhouden. Hier moet de Antigoonleer in herinnering worden gebracht (zie afdeling 3 van hoofdstuk 2 over de rechtsbescherming) waarvan werd verdedigd dat deze in de Belgische rechtsorde zo lijkt te moeten worden ingevuld dat een schending van het recht op privéleven, *steeds* moet leiden tot de nietigheid van gegevens die op grond van deze schending werden bekomen, zodat ook de aanslag die is gevestigd op grond van deze gegevens bij gebrek aan bewijs moet worden vernietigd. Wanneer deze stelling wordt aanvaard, is er steeds sprake van passend rechtsherstel bij een jurisdictionele controle van een boekenonderzoek in strijd met artikel 8 EVRM¹⁷³².

¹⁷²⁷ EHRM 21 februari 2008, RAVON/Frankrijk; zie ook EHRM 24 oktober 2008, ANDRE/Frankrijk, zie ook EHRM 21 december 2012, CANAL PLUS/Frankrijk (§36-40).

¹⁷²⁸ Zie ook M. MORIS, “Le fisc et la protection de la vie privée” in *L’Evolution des principes généraux du droit fiscal*, Brussel, Larcier, 2009, 232 ev.

¹⁷²⁹ GwH 27 januari 2011, nr. 10/2011, overweging B.5.4

¹⁷³⁰ EHRM 4 maart 2004, SILVESTER’S HORECA SERVICE/België

¹⁷³¹ EHRM 21 februari 2008, RAVON/Frankrijk (§28); zie ook GwH 27 januari 2011, nr. 10/2011, overweging B.4.3 (inzake huisvisitatie in AWDA)

¹⁷³² Volledigheidshalve moet wel worden opgemerkt in de afdeling over de rechtsbescherming ook werd vastgesteld dat de rechtspraak van het EHRM – in tegenstelling tot de rechtspraak van het Hof van Justitie in het kader van met name artikel 47 van het Handvest (HvJ 17 december 2015, C-419/14 WEBMINDLICENCES KfT) – niet zo ver gaat dat het vereist dat er bij de schending van het recht op privéleven bij het verzamelen van informatie steeds bewijsuitsluiting is (zie EHRM 12 juli 1988, SCHENK/Zwitserland; EHRM 12 mei 2000, KHAN/VK; EHRM 25 september 2001, P.H. en J.H./VK; EHRM 5 november 2002, ALLAN/VK; EHRM 1 maart 2007, HEGLAS/Tsjechië; EHRM 10 maart 2009, BYKOV/Rusland; EHRM 15 januari 2015, DRAGOJEVIC/Kroatië en voor een recente Belgische zaak: EHRM 31 januari 2017, KALNENIENE/België)

In dat kader werd in de onderafdeling 3 over de rechtsbescherming opgemerkt dat uit rechtspsychologisch onderzoek is gebleken dat rechters niet steeds in staat zijn dit onrechtmatig bekomen bewijs buiten beschouwing te laten¹⁷³³. Uiteraard zou het rechtsherstel nog groter zijn indien er een jurisdictioneel beroep zou openstaan tegen een boekenonderzoek, dat toelaat te vermijden dat de gegevens die in strijd met (in casu) artikel 8 EVRM zijn verkregen aan de rechter die over de aanslag moet oordelen, worden overhandigd. S. GNEDASJ verwijst in dat kader naar het mededingingsrecht¹⁷³⁴ waar er een jurisdictioneel beroep open staat (bij het Hof van Beroep te Brussel) op grond van artikel IV.79 § 2 lid 2 WER tegen beslissingen van het auditoraat betreffende het aanwenden in het onderzoek van de in het kader van een huiszoeking zoals bedoeld in artikel IV.41, § 3, vierde lid WER verkregen gegevens, voor zover deze gegevens daadwerkelijk zijn gebruikt voor het staven van de grieven. Het Grondwettelijk Hof oordeelde dat het tijdens dit jurisdictioneel beroep mogelijk is om op grond van artikel 19 tweede lid Ger.W. voorlopige maatregelen te vragen en met name aan het Hof van Beroep te Brussel te vragen om de beslissing van het auditoraat om bepaalde gegevens aan het proceduredossier toe te voegen, te schorsen¹⁷³⁵. Op die manier wordt vermeden dat een gegeven dat op een onwettige wijze is verkregen, wordt gebruikt ter ondersteuning van de grieven. Het Grondwettelijk Hof oordeelde dat het jurisdictioneel beroep van artikel IV.79 § 2 lid 2 WER aldus in overeenstemming is met artikel 6 EVRM. Met deze uitspraak heeft het Grondwettelijk Hof evenwel nog niet gesteld dat een dergelijke procedure die toelaat te vermijden dat onwettige gegevens überhaupt worden gebruikt, *steeds* vereist is om te voldoen aan artikel 6 EVRM. Ook de rechtspraak van het EHRM wijst er geenszins op dat een “passend rechtsherstel” in het kader van de jurisdictionele beoordeling van een visitatie of enige andere onderzoeksmaatregel, steeds moet inhouden dat de kennisname van de onwettige gegevens aan de instantie die de bewijsvoering moet beoordelen (in casu: de fiscale administratie zelf, of ultiem, de rechter), wordt vermeden. Het inlassen van de mogelijkheid in het mededingingsrecht om bepaalde gegevens uit het proceduredossier te weren moet wellicht ook worden gezien samen met het feit dat deze gegevens tijdens een *huiszoeking* kunnen worden verzameld, waarbij de bevoegde autoriteiten dus zonder medewerking van de betrokkene informatie kunnen inzamelen.

III. Het vraagrecht

A. Voorzienbaarheid van de uitvoeringswijze

641. Ook wat betreft het vraagrecht geregeld in artikel 316 W.I.B. 1992 is er voldoende duidelijkheid over de *wijze waarop* deze inmenging plaatsvindt. De wet bepaalt: (1) dat zowel mondelinge als schriftelijk vragen mogelijk zijn, (2) binnen welke termijn er moet worden geantwoord op de schriftelijke vragen, en zelfs in welke mate deze termijn kan worden verlengd en (3) de vorm van het antwoord.

¹⁷³³ Ph. TRAEST, G. VERMEULEN en W. DE BONDY, Scenario's voor een nieuwe Belgische strafprocedure: een praktijkgericht knelpuntenonderzoek, Antwerpen, 2015, 195 met verwijzing naar een onderzoek van A.J. WISTRICH, C. GUTHRIE, en J.J. RACHLINSKI, “Can judges ignore inadmissible information? The difficulty of deliberately disregarding”, *University of Pennsylvania Law Review* 2004-2005, 1251-1345

¹⁷³⁴ S. GNEDASJ, “Enkele reflecties over de waarborgen bij het onderzoek van computergegevens”, *AFT* 2015/3,

11-23

¹⁷³⁵ GwH 10 december 2014, 179/2014, overweging B.8.2

642. Hiermee blijven een aantal vragen open over de wijze waarop het mondelinge vraagrecht kan worden uitgeoefend. Zo bijvoorbeeld is er in wezen geen termijn bepaald voor het beantwoorden van de mondelinge vragen en is ook niet duidelijk op welke plaats¹⁷³⁶ deze mondelinge vragen kunnen worden gesteld. Mede gelet op het feit dat de fiscale administratie gerechtigd is om het mondelinge antwoord weer te geven in een proces-verbaal, dat bewijskracht heeft tot het tegendeel (artikel 340 W.I.B. 1992), lijken de mondelinge vragen van een quasi even groot belang als de schriftelijke vragen, waarvoor de wijze waarop dit vraagrecht kan worden uitgeoefend wel op een redelijke wijze wordt omschreven. Vermits er terzake het stellen van deze mondelinge vragen zeker misbruiken denkbaar zijn (en de fiscale administratie dus vrijuit voor een meer privacyinvasieve invulling van dit mondelinge vraagrecht kan opteren), rijst hier de vraag of dit mondeling vraagrecht niet beter moet worden afgebakend. Wat bijvoorbeeld wanneer belangrijke inlichtingen worden gevraagd per telefoon¹⁷³⁷ zonder dat aan de belastingplichtige de tijd wordt gegund om over dit antwoord na te denken, terwijl dit wel het geval zou zijn geweest wanneer de vraag schriftelijk werd gesteld. Net als bij de keuze om gebruik te maken van het retentierecht, moet evenwel ook hier worden gesteld dat de keuze om mondelinge vragen te stellen, wellicht eerder moet worden beoordeeld in het kader van de proportionaliteit. Algemeen gesteld kan de belastingplicht zich immers verwachten aan mondelinge vragen vermits de wet terzake voldoende duidelijk is.

643. De uitvoeringsmodaliteiten van het vraagrecht in het kader van het vaststellen van het kadastraal inkomen is ruim omschreven, maar voldoende duidelijk (*“de Algemene Administratie van de Patrimoniumdocumentatie kan van de belastingplichtigen (...) eisen dat zij, in de door haar gestelde vorm en binnen de door haar bepaalde termijn, alle inlichtingen dienstig voor het vaststellen van het kadastraal inkomen overleggen”*).

B. Voorzienbaarheid van het toepassingsgebied

644. Wat het *toepassingsgebied* betreft van het vraagrecht op grond van artikel 316 W.I.B. 1992 moet worden vastgesteld dat de wet op dezelfde wijze als het boekenonderzoek, duidelijk aangeeft wie aan deze maatregel kan worden onderworpen, met name *“eenieder die onderhevig is aan de personenbelasting, de vennootschapsbelasting, de rechtspersonenbelasting of de belasting van niet-inwoners”* (artikel 316 W.I.B. 1992).

645. Wat betreft de vragen die kunnen worden gesteld, hanteert artikel 316 W.I.B. 1992 een algemene omschrijving (nl. *“de inlichtingen met het oog op het onderzoek van de fiscale toestand van de belastingplichtige”*) die gelijkaardig is aan de algemene omschrijving die wordt gehanteerd voor de boeken en bescheiden die onderworpen zijn aan de voorlegplicht.

¹⁷³⁶ In antwoord op een parlementaire vraag werd wel gesteld dat er mondelinge vragen konden worden gesteld ter gelegenheid van een uitnodiging op het belastingkantoor (parl. Vr. nr. 20 van 20 mei 1986, DE CLIPPELE), al kan de belastingplichtige niet worden verplicht zich naar het belastingkantoor te begeven omdat dit niet door de wet is voorgeschreven: D. BRACKE, “Het onderzoek bij de belastingplichtige inzake inkomstenbelastingen”, in S. VAN CROMBRUGGE (ed.), *Gentse Geschriften. De fiscale controle*, Kalmthout, Biblo, 1993, 23

¹⁷³⁷ De minister van Financiën heeft weliswaar gesteld dat het telefonisch stellen van belangrijke vragen niet gepast is (Parl. Vr. nr. 20 van 20 mei 1986, DE CLIPPELE, aangehaald in D. BRACKE, “Het onderzoek bij de belastingplichtige inzake inkomstenbelastingen”, in S. VAN CROMBRUGGE (ed.), *Gentse Geschriften. De fiscale controle*, Kalmthout, Biblo, 1993, 23

Hierboven werd al vastgesteld dat het hanteren van deze vage omschrijving in de context van een vraag om inlichtingen van de fiscale administratie, niet problematisch is.

646. Ook wat betreft de omstandigheden waarin de vragen kunnen worden gesteld, stelt artikel 316 W.I.B. 1992 in wezen dat vragen *steeds* kunnen worden gesteld. Deze onafgebakende discretionaire bevoegdheid lijkt voor een beperkt privacyinvasieve maatregel als het vraagrecht, net als dit het geval is voor het boekenonderzoek, niet problematisch. De nood aan waarborgen tegen misbruik lijkt zich immers niet meteen op te dringen, nu de mogelijkheid om steeds vragen om inlichtingen te stellen een tegenhanger vormt voor het feit dat de belastingplichtige zelf zijn fiscale toestand aan de belastingadministratie kan meedelen, en aldus tot de essentie van het fiscaal heffingsmechanisme behoort.

647. Ook ten aanzien van het vraagrecht in het kader van het vaststellen van het kadastraal inkomen lijken zich geen problemen te stellen. Het toepassingsgebied is ruim, doch voldoende duidelijk omschreven (*“de Algemene Administratie van de Patrimoniumdocumentatie kan van de belastingplichtigen (...) eisen dat zij, in de door haar gestelde vorm en binnen de door haar bepaalde termijn, alle inlichtingen dienstig voor het vaststellen van het kadastraal inkomen overleggen”*).

C.Duidelijkheid over finaliteit en bewaartermijn

648. De finaliteit van het vraagrecht ligt besloten in de omschrijving van de inlichtingen die kunnen worden gevraagd. Met name kunnen inlichtingen worden gevraagd met het oog op het onderzoek van *“zijn fiscale toestand”*. Het vraagrecht van artikel 316 W.I.B. 1992 moet dus gericht zijn op het onderzoek van de fiscale toestand van de belastingplichtige zelf. Net als bij het boekenonderzoek ontbreekt ook bij het vraagrecht elke indicatie over de bewaartermijn die de fiscale administratie zal hanteren bij het verzamelen van informatie, wat vanuit privacyoogpunt problematisch is.

649. De finaliteit van het vraagrecht in het kader van het vaststellen van het kadastraal inkomen (artikel 475, 1° W.I.B. 1992) is duidelijk. De bewaartermijn is dat niet.

D.Procedurele waarborgen tegen misbruik

650. Hoewel er terzake het vraagrecht, net als terzake het boekenonderzoek, dus niet meteen grote vragen rijzen inzage voorzienbaarheid, en er daarom ook geen nood bestaat om dit gebrek aan voorzienbaarheid te compenseren met procedurele waarborgen tegen misbruik, is het zinvol hier voor de volledigheid toch op te merken dat ook terzake het vraagrecht van de fiscale administratie een gerechtelijke controle – zij het post factum – mogelijk is, zij het opnieuw niet schorsend.

651. Rekening houdend met de hiervoor al geciteerde rechtspraak in de zaak RAVON¹⁷³⁸ moet de procedure waarbij het vraagrecht wordt beoordeeld (in de mate dat dit als een

¹⁷³⁸ EHRM 21 februari 2008, RAVON/Frankrijk; zie ook EHRM 24 oktober 2008, ANDRE/Frankrijk, zie ook EHRM 21 december 2012, CANAL PLUS/Frankrijk (§36-40).

inmenging in het privéleven moet worden beschouwd), de garanties verlenen van een eerlijk proces zoals bedoeld in artikel 6 § 1 EVRM. De procedure moet dus op tegenspraak worden gevoerd, en de rechter moet met volle rechtsmacht kunnen oordelen over het geschil. Er moet ten slotte een passend rechtsherstel mogelijk zijn¹⁷³⁹.

652. Daarnaast zijn er ook de procedurele waarborgen die voortvloeien uit een aantal preventieve maatregelen die moeten worden genomen in het kader van het persoonsgegevensbeschermingsrecht, besproken in afdeling 2 (privacydienst, ...).

IV. Het visitatierecht

A. Inleiding

653. De bepalingen die het fiscaal visitatierecht toelaten zijn vanuit het oogpunt van de voorzienbaarheid duidelijk problematischer dan de bepalingen betreffende het vraagrecht en het boekenonderzoek. Vermits het betreden van woningen en beroepslokale privacyinvasievere maatregelen zijn dan het stellen van vragen om inlichtingen en het uitvoeren van een boekenonderzoek, moet de voorzienbaarheid van de wet kritischer worden beoordeeld. De inmenging in het recht op woning wordt immers in de rechtspraak van het EHRM vrij streng beoordeeld, wellicht omdat de essentie en de finaliteit van het recht op privéleven (met name het recht op een van het publiek afgezonderd leven (“right to be left alone”) waarbinnen men zich kan ontplooiën zonder inmenging van ongewenste derden, maximaal aan bod komt in het recht op woning¹⁷⁴⁰. Bovendien rijzen betreffende voorzienbaarheid diverse vraagstukken naar aanleiding van de onderzoekshandelingen die tijdens een fiscale visitatie worden gesteld.

B. De voorzienbaarheid van de visitatie zelf

1. Voorzienbaarheid van de uitvoeringswijze

654. Wat betreft de wijze waarop de visitatie kan worden uitgevoerd, verduidelijkt artikel 316 W.I.B. 1992 vooreerst aan wie de vrije toegang moet worden verleend. Dit is met name aan *“de ambtenaren van de administratie belast met de vestiging van de inkomstenbelastingen wanneer zij voorzien zijn van hun aanstellingsbewijs en belast zijn met het verrichten van een controle of een onderzoek betreffende de toepassing van de inkomstenbelasting”*.

655. De wet verduidelijkt ten tweede ook tijdens welke uren de visitatie kan plaats vinden. Wat de bedrijfslokale of daarmee gelijkgestelde lokale¹⁷⁴¹ betreft, kan een visitatie tijdens

¹⁷³⁹ EHRM 21 februari 2008, RAVON/Frankrijk (§28); zie ook GwH 27 januari 2011, nr. 10/2011, overweging B.4.3 (inzake huisvisitatie in AWDA)

¹⁷⁴⁰ P. DE HERT, *Artikel 8 EVRM en het Belgisch recht. De bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 67

¹⁷⁴¹ Zijnde alle lokale, gebouwen, werkplaatsen of terreinen die geen beroepslokaal zijn of geen lokaal zijn waar rechtspersonen hun werkzaamheid uitoefenen, maar waarin er wel werkzaamheden worden verricht of vermoedelijk worden verricht (artikel 319 tweede lid W.I.B. 1992).

de uren dat er een werkzaamheid wordt uitgeoefend (artikel 319 lid 1 W.I.B.1992)¹⁷⁴², wat per hypothese ook 's nachts of in het weekend kan zijn. Een werkzaamheid zoals het voeren van de boekhouding volstaat om te spreken van een werkzaamheid tijdens dewelke het bedrijfslokaal kan worden gevisiteerd¹⁷⁴³. Wat betreft de particuliere woningen en bewoonde lokalen kan de visitatie slechts tussen vijf uur 's morgens en negen uur 's avonds (artikel 319 lid 2 W.I.B. 1992). Artikel 319 lid 1 en 2 W.I.B. 1992 dienen daarbij cumulatief te worden gelezen, wat betekent dat ook particuliere woningen slechts mogen worden betreden tijdens de uren dat er een werkzaamheid wordt uitgeoefend (zoals zelfs boekhoudkundige verrichtingen), zij het dat deze uren worden beperkt tot de periode tussen 5 uur 's morgens en 9 uur 's avonds¹⁷⁴⁴.

656. Omrent de duurtijd van de maatregel die een inmenging vormt in het recht op privéleven, bepaalt artikel 316 W.I.B. 1992 niets. Hierdoor is er geen enkele beperking op de duurtijd van de visitatie. Deze wet verhindert dus niet dat de visitatie bijvoorbeeld een paar maand duurt, zij het dat de visitatie enkel kan worden uitgevoerd tijdens de uren dat er een werkzaamheid wordt uitgeoefend in de beroepslokalen, dan wel tussen 5 uur 's morgens en 9 uur 's avonds in de bewoonde lokalen. De wet lijkt ook niet te verhinderen dat de fiscale administratie in het kader van een visitatie, dagelijks of wekelijks terugkomt om bijvoorbeeld de wijziging in een voorraad te tellen¹⁷⁴⁵. Met een privacyinvasieve maatregel als het visitatierecht lijkt een dergelijke afwezigheid van beperking van de bevoegdheid van de administratie, problematisch te zijn vanuit het oogpunt van de voorzienbaarheid¹⁷⁴⁶. Door de discretionaire bevoegdheid van de administratie op dat vlak niet af te bakenen, is er geen enkele waarborg tegen misbruik. Net zoals met het gebrek aan duidelijkheid over de duurtijd van de retentie van boeken en bescheiden, is het op basis van de rechtspraak van het EHRM evengoed denkbaar dat de afwezigheid van duidelijkheid over de duurtijd van de visitatie enkel wordt beoordeeld in het kader van de controle van de proportionaliteitsvereiste en niet als problematisch wordt beschouwd vanuit het oogpunt van de voorzienbaarheid van de maatregel.

657. De wet vereist ook niet dat de maatregel wordt aangekondigd. De fiscale administratie kan dus zonder wettelijke belemmering zich onaangekondigd aanmelden bij de belastingplichtige, en dit zowel wat betreft het bewoond lokaal als wat betreft het beroepslokaal. Het is duidelijk dat ook hier risico's op disproportioneel gebruik van de visitatiebevoegdheid mogelijk zijn door onaangekondigde controles uit te voeren waar dit in

¹⁷⁴² Bij de invoering van het fiscaal visitatierecht bij wet van 20 november 1962 kon de fiscale visitatie enkel tijdens de "normale werkuren". Met de wet van 22 december 1977 werd dit gewijzigd naar "de uren dat er een werkzaamheid wordt uitgeoefend": zie hierover ook: M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 202. Zie bijvoorbeeld: Luik van 20 februari 2002 (Luik 20 februari 2002, *TFR* 2002, nr. 226, nr. 2002/N69) waarbij de fiscale administratie een controlebezoek deed van een camping tijdens de periode dat de camping gesloten was. Het Hof oordeelde dat deze visitatie in strijd was met 319 W.I.B. 1992 en de gedane vaststellingen niet de basis konden vormen voor een taxatie. Wat betreft de toegang tot de bedrijfslokalen waar een persoon die gebonden is door het beroepsgeheim zijn activiteiten uitoefent, stelt de administratie wel zelf dat de toegang niet mogelijk is tijdens de uren dat de geheimhouder zijn beroep uitoefent in aanwezigheid van zijn cliënten (*Parl. St. Kamer*, 1961-62, 264/42, 217, *Comm. IB* 319/4).

¹⁷⁴³ *Parl. St. Senaat* 1977-1978, 181/2, 27; zie ook rb. Gent 9 december 2015, www.monkey.be; *Fiscale koerier* 2016/04, 497 - 503

¹⁷⁴⁴ J. BOSSUYT, "Hoog bezoek: de fiscale visitatie doorgelicht", *AFT* 2013, afl. 8-9, 24

¹⁷⁴⁵ Voorbeeld uit de praktijk: dagelijkse visitatie in een restaurant tijdens de Gentse Feesten om de voorraad mosselen te komen tellen

¹⁷⁴⁶ Zie ook S. DE RAEDT, "De draagwijdte van het recht op privacy en het fiscaal visitatierecht – Het belang van het arrest Bernh Larsen genuanceerd", *TFR* 2014, afl. 453-454, 47-75

wezen niet noodzakelijk is. Ook dit gebrek aan afbakening van de bevoegdheid van de fiscale administratie kan zowel vanuit het oogpunt van de voorzienbaarheid, als vanuit het oogpunt van de proportionaliteitsvereiste worden beoordeeld. In het kader van het invoeren van het sociaal strafwetboek, waarbij de wetgever zich heel wat privacyrelevante vragen heeft gesteld bij het invoegen van de onderzoeksbevoegdheden van de sociale inspectie tijdens de administratieve fase van het onderzoek¹⁷⁴⁷, werd wat betreft de sociale inspecties en onder verwijzing naar de zaak COLAS EST van het EHRM van 16 oktober 2002, gesteld dat een grootschalige controleactie waarbij op grond van vage vermoedens in een reeks bedrijven een onaangekondigde visitatie plaatsvindt, problematisch is vanuit het oogpunt van de proportionaliteitsvereiste en er met name steeds moet worden nagegaan of het beoogde doel niet evengoed kan worden bereikt met een aangekondigde controle¹⁷⁴⁸. De vergelijking met de regels van toepassing op de sociale inspectie is in het bijzonder relevant omdat een sociale inspectie, net als de fiscale controle, maar in tegenstelling tot een strafonderzoek, in wezen ook zonder enige aanleiding kan worden opgestart¹⁷⁴⁹.

658. Wat betreft de visitatie die mogelijk is in het kader van het vaststellen van het kadastraal inkomen (artikel 476 W.I.B. 1992) stellen de hiervoor geschetste voorzienbaarheidsproblemen zich nog sterker, onder meer omdat de visitatie op grond van artikel 476 W.I.B. 1992 een privacyinvasiever karakter heeft dan de visitatie op grond van artikel 319 W.I.B. 1992 (mogelijkheid om manu militari binnen te dringen). Wat betreft de wijze waarop de visitatie kan worden uitgevoerd, is artikel 476 W.I.B. 1992 weliswaar duidelijk wat betreft de personen aan wie toegang moet worden verschaft (met name de personeelsleden van de Algemene Administratie van de Patrimoniumdocumentatie, voorzien van hun aanstellingsbewijs, en eventueel vergezeld van het personeel dat hen bijstaat in hun verrichtingen of van de afgevaardigde aangeduid door de burgemeester), alsook tijdens welke uren de visitatie kan plaats vinden (tussen 8 en 18 uur). De duurtijd van de controle is, net als dit het geval is voor de visitatie van artikel 319 W.I.B. 1992, niet bepaald. Een risico op disproportionele aanwending van de visitatie wat betreft duurtijd is hier dus ook mogelijk. Artikel 476 W.I.B. 1992 schrijft daarenboven voor dat, wanneer de toegang tot het gebouw wordt geweigerd, de administratie mag binnendringen met bijstand van de burgemeester, van de politiecommissaris, van de brigadecommandant van de rijkswacht of hun gelastigde. Bijstand van de brigadecommandant van de rijkswacht lijkt als dusdanig sinds 1 april 2001 niet meer mogelijk wegens integratie van de rijkswacht in de lokale dan wel federale politie op grond van het Octopus-akkoord. Niettemin blijft deze bepaling voldoende duidelijk. Zij zorgt er evenwel ook voor dat de visitatie van artikel 476 W.I.B. 1992 bijzonder privacyinvasief is.

¹⁷⁴⁷ F. BLOMME en T. MESSIAEN, *Handboek Sociaal Strafrecht. Het nieuwe sociaal strafwetboek*, Gent, Story, 2010, 26. Met de administratieve fase wordt bedoeld: de fase voor het opstellen van een proces-verbaal tot vaststelling van een inbreuk.

¹⁷⁴⁸ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 10 november 2006 tot invoering van een sociaal strafwetboek, *Parl. St. De Kamer*, 52-1666/01, 115

¹⁷⁴⁹ Zie F. BLOMME en T. MESSIAEN, *Handboek Sociaal Strafrecht. Het nieuwe sociaal strafwetboek*, Gent, Story, 2010, 79; zie ook artikel 16 van het Internationaal Verdrag nr. 81 betreffende de arbeidsinspectie in de industrie en de handel, aangenomen op 11 juli 1947 door de Internationale Arbeidsorganisatie (in de schoot van de Verenigde Naties) en goedgekeurd door de wet van 29 maart 1957, dat stelt dat de inrichtingen zo vaak en zo zorgvuldig moet worden geïnspecteerd als nodig om een daadwerkelijke naleving van de betreffende wettelijke bepalingen te verzekeren.

2. Voorzienbaarheid van het toepassingsgebied

659. Wat betreft het toepassingsgebied van de maatregel (artikel 319 W.I.B. 1992), is het voldoende duidelijk *wie* aan de maatregel kan worden onderworpen. Met name kunnen alle natuurlijke personen en rechtspersonen aan de maatregel worden onderworpen. In tegenstelling tot het boekenonderzoek en het vraagrecht verduidelijkt de wet daarbij niet dat het moet gaan over natuurlijke personen of rechtspersonen die onderworpen zijn aan de personenbelasting, de vennootschapsbelasting, de rechtspersonenbelasting of de belasting van niet-inwoners. Nochtans wordt artikel 319 W.I.B. 1992 vermeld onder de afdeling 1 betreffende de plichten van de belastingplichtigen. Bijgevolg mag aangenomen worden dat enkel in de mate dat de natuurlijke persoon of rechtspersoon een belastingplichtige is in België, hij ook kan worden onderworpen aan een fiscale visitatie¹⁷⁵⁰. De wet maakt geen onderscheid naargelang de aard van de beroepsactiviteit die wordt uitgeoefend. Ook bij loontrekkenden is er dus bijvoorbeeld een fiscale visitatie mogelijk¹⁷⁵¹. Bovendien lijkt uit de opbouw van het wetboek te moeten worden afgeleid dat de visitatie, net als het boekenonderzoek en de vraag om inlichtingen, enkel gericht kan zijn op de controle van de fiscale situatie van de persoon die aan de visitatie wordt onderworpen, en dus niet van derden. Deze stelling lijkt te worden bevestigd door een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Gent van 11 juni 2013¹⁷⁵², waarbij de controle bij bank Optima werd beschouwd als een geval van machtsafwending nu zij er duidelijk op gericht was de klanten (derden dus) van Optima tot regularisatie van ontdoken inkomsten te brengen¹⁷⁵³.

660. Wat betreft de *lokalen* die kunnen worden gevisiteerd, is de wet eveneens voldoende duidelijk. De lokalen die kunnen worden gevisiteerd, werden hierboven al beschreven. De wet geeft ter verduidelijking zelfs voorbeelden.

661. Wat betreft de *omstandigheden* waarin kan worden besloten om over te gaan tot een fiscale visitatie, moet worden vastgesteld dat de wet de discretionaire bevoegdheid om tot een visitatie over te gaan, op geen enkele wijze afbakent. Een fiscale visitatie is dus in *alle omstandigheden* mogelijk, net als een boekenonderzoek en een vraag om inlichtingen. Zowel voor de visitatie van beroepslokalen als voor bewoonde lokalen is er geen afbakening van de discretionaire bevoegdheid van de fiscale administratie op dat vlak¹⁷⁵⁴. De mogelijkheid om de belastingplichtige, die zijn eigen fiscale informatie heeft aangereikt aan de fiscale administratie, steeds te controleren, behoort weliswaar tot het wezen van het fiscaal heffingssysteem, doch het visitatierecht heeft een veel privacyinvasiever karakter dan

¹⁷⁵⁰ Contra: M. MAUS die meent dat het visitatierecht een bruikbaar onderzoeksmiddel is in het kader van het onderzoek naar de eigenlijke belastingplichtig in de inkomstenbelastingen van natuurlijke personen en rechtspersonen. Volgens M. MAUS zouden deze natuurlijke personen en rechtspersonen dus niet het statuut van belastingplichtige in de inkomstenbelastingen moeten hebben, om onderworpen te worden aan een fiscale visitatie, in tegenstelling tot het vraagrecht en het boekenonderzoek waar de belastingplichtigen wel reeds het statuut van belastingplichtigen zouden moeten hebben om aan deze onderzoeksmaatregelen te worden onderworpen (M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 205).

¹⁷⁵¹ *Vr. en Antw.*, Kamer, 2009-2010, nr. 093, blz. 543-547 (Parl. Vr. nr. 7 van 4 december 2009 van de heer VIJNCK).

¹⁷⁵² Rb. Gent 11 juni 2013, *TFR* 2014, afl. 453-454, 88, noot J. BOSSUYT

¹⁷⁵³ Zie ook S. DE RAEDT, "De draagwijdte van het recht op privacy en het fiscaal visitatierecht – Het belang van het arrest Bernh Larsen genuanceerd", *TFR* 2014, afl. 453-454, 47-75.

¹⁷⁵⁴ Hoewel de wetgever bij de invoering van het recht op huisvisitatie aangaf dat dit recht slechts in uitzonderlijke gevallen zou worden aangewend (*Parl. St.*, 1980-1981, 716/1, 6, zie ook Comm.IB 319/12), heeft de wetgever de bevoegdheid van de fiscale administratie niet zelf afgebakend.

de vraag om inlichtingen en het boekenonderzoek. Bovendien lijkt een fiscale visitatie niet in alle gevallen *noodzakelijk* om de belastingtoestand van de belastingplichtige te controleren, zeker niet wanneer het een huisvisitatie betreft. Er bestaat met andere woorden een risico op misbruik dat er in bestaat dat de fiscale administratie overgaat tot een dergelijke privacyinvasieve maatregel in omstandigheden waarin dit niet nodig was. Ook het EHRM bevestigt dit uitdrukkelijk in de BERNH LARSEN-zaak. Het EHRM stelt dat er in fiscale zaken een principiële plicht is om belastingaangiftes in te dienen, aangevuld met de verplichting voor de belastingplichtige om informatie te verstrekken. Deze meewerkverplichting veronderstelt dat de fiscale administratie in de mogelijkheid moet worden gesteld om de door de belastingplichtige ter beschikking gestelde informatie te controleren¹⁷⁵⁵, ook ter gelegenheid van fiscale visitaties. Voor het EHRM betekent dit evenwel niet dat de discretionaire bevoegdheid van de fiscale administratie niet afgebakend moet zijn en er geen procedurele waarborgen tegen misbruik aanwezig zouden moeten zijn. In die omstandigheden lijkt een wettelijke bepaling die de discretionaire bevoegdheid van de overheid op geen enkele wijze afbakt, problematisch vanuit het oogpunt van de voorzienbaarheid¹⁷⁵⁶. De afbakening van de discretionaire bevoegdheid van de administratie is immers beperkt tot een omschrijving van de uren tijdens dewelke een visitatie kan doorgaan en de lokalen waarin de visitatie kan doorgaan, waarvan hierboven is gebleken dat deze wel zeer ruim zijn omschreven.

662. Wat betreft de visitatie die mogelijk is in het kader van het vaststellen van het kadastraal inkomen (artikel 476 W.I.B. 1992), verduidelijkt de wet *niet wie* aan de maatregel kan worden onderworpen. Dit houdt meteen in dat eenieder die aanwezig is in het te visteren gebouw, de vrije toegang zou moeten verlenen. De wet vereist immers niet dat enkel de belastingplichtige de vrije toegang moet verlenen, waardoor ook huurders, of andere bezetters van het gebouw de vrije toegang moeten verlenen. Dit zorgt ervoor dat per hypothese ook deze niet-belastingplichtigen in hun recht op privéleven kunnen zijn geschonden. Bovendien zorgt dit ervoor dat de maatregel een bijkomend privacyinvasief karakter kan verkrijgen ten aanzien van de belastingplichtige zelf. Tijdens de visitatie kan er immers informatie worden ingezameld die betrekking heeft op de vaststelling van het kadastraal inkomen, dit buiten de aanwezigheid en zelfs buiten het medeweten van de belastingplichtige om. Wat betreft de *lokalen* die kunnen worden gevisiteerd, is artikel 476 W.I.B. 1992 zeer ruim geformuleerd, maar voldoende duidelijk (gebouwen en eender welke onroerende goederen). Wat betreft ten slotte de *omstandigheden* waarin kan worden besloten om over te gaan tot een fiscale visitatie op grond van artikel 476 W.I.B. 1992, moet opnieuw worden vastgesteld dat de wet de discretionaire bevoegdheid om tot een visitatie over te gaan, op geen enkele wijze afbakt. Een fiscale visitatie is dus *steeds* mogelijk, hoewel er wel degelijk een risico bestaat op disproportioneel aanwenden van deze onderzoeksbevoegdheid, zodat de nood om de bevoegdheid af te bakenen al dan niet gecombineerd met procedurele waarborgen tegen misbruik, zich opdringt.

¹⁷⁵⁵ EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen (§173 met verwijzing naar § 43)

¹⁷⁵⁶ Zie ook S. DE RAEDT, "De draagwijdte van het recht op privacy en het fiscaal visitatierecht – Het belang van het arrest Bernh Larsen genuanceerd", *TFR* 2014, afl. 453-454, 47-75

3. De procedurele waarborgen tegen misbruik

663. Dit gebrek aan afbakening van de bevoegdheid van de administratie kan worden gecompenseerd door de aanwezigheid van procedurele waarborgen tegen misbruik.

a. Procedurele waarborgen inzake de visitatie van beroepslokalen

664. Evenwel zijn er terzake de visitatie van *beroepslokalen* en daarmee gelijkgestelde lokalen door de wet slechts beperkte procedurele waarborgen tegen mogelijk misbruik voorhanden.

665. Een uitzondering is het voorschrift dat de ambtenaren aan wie de vrije toegang moet worden verleend, moeten voorzien zijn van een aanstellingsbewijs. Deze vereiste is voorgeschreven door zowel artikel 319 W.I.B. als artikel 476 W.I.B. 1992. Het EHRM beschouwt een dergelijke regel ook als een waarborg tegen misbruiken. Zo oordeelde het EHRM in de zaak CAMENZIND¹⁷⁵⁷ waarin een huiszoeking diende te worden beoordeeld zonder voorafgaandelijke rechterlijke machtiging, dat er voldoende procedurele waarborgen tegen misbruik waren. Eén van deze maatregelen betreft de regel dat de desbetreffende huiszoeking slechts mogelijk was mits de machtiging van een speciaal daartoe aangestelde ambtenaar van het openbaar ministerie, slechts kon worden uitgevoerd door ambtenaren die daartoe speciaal worden opgeleid en die zichzelf bij het begin van de zoeking moeten legitimeren. De wijze evenwel waarop deze vereiste door de Belgische rechtspraak wordt ingevuld, zorgt ervoor dat deze vereiste maar een zeer beperkte procedurele waarborg vormt tegen misbruik. Het Hof van Cassatie stelt in een arrest van 17 februari 2005¹⁷⁵⁸ dat, wanneer ambtenaren van de administratie der directe belastingen niet voorzien zijn van hun aanstellingsbewijs, de plaatsbezichtiging niet onregelmatig is indien de belastingplichtige uitdrukkelijk met de bezichtiging van de lokalen instemde¹⁷⁵⁹. Dit arrest werd hierboven al bekritiseerd (randnummer 600). In latere cassatierechtspraak¹⁷⁶⁰ wordt dan weer gesteld dat de wet niet vereist dat de controleambtenaren hun aanstellingsbewijs spontaan moeten tonen, noch dat zij hiervan melding moeten maken in een proces-verbaal. Rekening houdend met deze rechtspraak blijven misbruiken dus mogelijk.

In het sociaal recht moet, sinds de invoering van het sociaal strafwetboek en meer bepaald artikel 20, er *steeds* een legitimatiebewijs worden voorgelegd bij een inspectiebezoek¹⁷⁶¹, terwijl de sociale inspecteurs voor de invoering van het sociaal strafwetboek enkel het legitimatiebewijs moesten bijhebben, zoals dit nu nog steeds het geval is betreffende het fiscaal visitatierecht. Door de sociale inspecteur te verplichten het legitimatiebewijs voor te

¹⁷⁵⁷ EHRM 16 december 1997, CAMENZIND/Zwitsersland

¹⁷⁵⁸ Cass. 17 februari 2005, *TFR* 2005, nr. 283, 550, noot A. KIEKENS ; *Fisc. Koer.* 2005/06, 315 – 318.

¹⁷⁵⁹ Zie in dezelfde zin: Cass. 12 september 2008, *TFR* 2009, afl. 359, 301, noot J. VANDEN BRANDEN

¹⁷⁶⁰ Cass. 12 september 2008, *TFR* 2009, afl. 359, 301, noot J. VANDEN BRANDEN en Cass. 15 december 2011, www.cass.be

¹⁷⁶¹ F. BLOMME en T. MESSIAEN, *Handboek Sociaal Strafrecht. Het nieuwe sociaal strafwetboek*, Gent, Story, 2010, 115; J.-C. HEIRMAN en G. VAN DE MOSSELAER, *De bevoegdheden van de sociaal inspecteurs in het licht van het Sociaal strafwetboek*, Kluwer, Mechelen, 2012, 90

leggen wil de wetgever precies misbruiken vermijden¹⁷⁶². J.-C. HEIRMAN en G. VAN DE MOSSELAER verwijzen terzake naar het voorbeeld waarin de sociale inspecteur zijn hoedanigheid verborgen houdt om personen aan te zetten tot het begaan van inbreuk op de sociale wetgeving (bijvoorbeeld zich voordoen als klant en zich laten bedienen in een café om vervolgens de vaststelling te doen dat men iemand heeft zien werken in een café).

Door de invulling die door de rechtspraak werd gegeven aan de vereiste van het aanstellingsbewijs, vormt de procedurele vereiste slechts een zeer beperkte waarborg tegen misbruiken¹⁷⁶³. Bovendien kan deze maatregel geen waarborg bieden tegen algemeen disproportioneel aanwenden van het visitatierecht. De maatregel kan hoogstens een (beperkte) waarborg vormen tegen bijvoorbeeld het betreden van beroepslokalen en bewoonde lokalen door personen die daartoe niet gemachtigd zijn, of tegen bijvoorbeeld het bewust verborgen houden van de hoedanigheid van belastingcontroleur om bepaalde fiscaal relevante vaststellingen te kunnen doen¹⁷⁶⁴.

666. Wanneer aan de fiscale administratie de toegang in het kader van een fiscale visitatie op grond van artikel 476 W.I.B. 1992 wordt geweigerd, kan de bevoegde ambtenaar slechts binnendringen met bijstand van de burgemeester, van de politiecommissaris, van de brigadecommandant van de rijkswacht of hun gelastigde. Vermits de bijstand van een brigadecommandant sinds 1 april 2001 niet meer mogelijk is (zie randnummer 658), heeft de fiscale administratie de keuze tussen de bijstand van de burgemeester of de politiecommissaris. De bijstand van een tweede persoon, werd door de rechtspraak van het EHRM als een procedurele waarborg tegen misbruik beschouwd, vermits een tweede persoon als getuige kan optreden over feitelijkheden die zich tijdens de visitatie hebben voorgedaan zodat een post-factum jurisdictionele controle doeltreffend wordt. De aanwezigheid van een tweede persoon zal evenwel onvoldoende zijn om te dienen als waarborg tegen bijvoorbeeld het disproportioneel gebruik van de bevoegdheid om manu militari binnen te dringen in een gebouw.

667. Ook het feit dat de fiscale visitatie op grond van artikel 319 WIB 1992 slechts kan worden uitgevoerd tijdens de uren dat er een werkzaamheid wordt verricht voor wat betreft de beroepslokalen, kan in wezen ook als een *procedurele* waarborg tegen misbruik worden aanzien¹⁷⁶⁵, zij het met een beperkte draagwijdte. Met name vermijdt deze vereiste alleen een disproportionele controle die er per hypothese in zou bestaan dat er een visitatie wordt uitgeoefend op een ogenblik dat er geen enkele werkzaamheid aan de gang is. Voor de fiscale visitatie in het kader van de vaststelling van het kadastraal inkomen bestaat er een gelijkaardige afbakening die geldt voor zowel beroepslokalen als bewoonde lokalen. Met name kan een visitatie op grond van artikel 476 W.I.B. 1992 enkel tussen 8 en 18 uur, wat eveneens een waarborg vormt tegen misbruik die erin bestaat dat het visitatierecht

¹⁷⁶² J.-C. HEIRMAN en G. VAN DE MOSSELAER, *De bevoegdheden van de sociaal inspecteurs in het licht van het Sociaal strafwetboek*, Kluwer, Mechelen, 2012, 91 die verwijzen naar Amendement nr. 61 bij de invoering van het sociaal strafwetboek, *Parl. St. Kamer* 2009-2010, nr. 52-1666/006, p. 1

¹⁷⁶³ Zie hierover ook J. BOSSUYT, "Hoog bezoek: de fiscale visitatie doorgelicht", *AFT* 2013, afl. 8-9, p. 18

¹⁷⁶⁴ Merk op dat de wetgever bij de invoering van deze verplichting inzake het aanstellingsbewijs de precieze bedoeling hiervan niet heeft prijsgegeven, zie hierover J. BOSSUYT, "Hoog bezoek: de fiscale visitatie doorgelicht", *AFT* 2013, afl. 8-9, p. 7

¹⁷⁶⁵ Zie ook EHRM 16 december 1997, CAMENZIND/Zwitsersland (§ 45) waarin het feit dat er geen huiszoeking mogelijk was zonder rechterlijke machtiging op zondag en feestdagen als één van de procedurele waarborgen werd beschouwd tegen misbruik

disproportioneel zou worden gebruikt en er een visitatie zou plaatsvinden 's avonds laat of 's nachts, terwijl de vaststellingen terzake het kadastraal inkomen ook evengoed overdag kunnen gebeuren.

668. Een laatste procedurele waarborg tegen misbruik is het feit dat de fiscale visitatie wel post factum aan een rechter kan worden voorgelegd, net als dit ook het geval is voor het boekenonderzoek en het vraagrecht (ter gelegenheid van de aanslag of de betekening van het kadastraal inkomen enerzijds; ter gelegenheid van een pretaxatiegeschil anderzijds). Deze waarborg is cruciaal: indien deze post-factumcontrole van een inmenging in het privéleven zoals een fiscale visitatie niet voorhanden zou zijn, dan moet worden aangenomen deze inmenging willekeurig is¹⁷⁶⁶.

Ook hier moet worden herhaald dat het EHRM wel vereist dat de *omkadering* van deze post-factumcontrole zo is dat ze doeltreffend wordt. Zo hecht het EHRM veel belang aan het opstellen van een rapport van de controle¹⁷⁶⁷. Dit is niet voorgeschreven door de Belgische wet, al zal de administratie in de praktijk soms in het kader van de controle van computerbestanden een proces-verbaal betreffende de informaticahandelingen opstellen¹⁷⁶⁸. Ook het schorsend karakter van de betwisting van de maatregel¹⁷⁶⁹ is een element in de beoordeling van de procedurele waarborgen tegen misbruik. Ook hiervan is geen sprake in de Belgische wet. Tot slot is ook de beoordelingsbevoegdheid van de (rechterlijke) instantie die post factum over de maatregel oordeelt, van groot belang¹⁷⁷⁰. In dat kader kan opnieuw de zaak RAVON¹⁷⁷¹ in herinnering worden gebracht, inzake de toegang tot de rechter op grond van artikel 6 EVRM, precies in relatie tot fiscale visitaties. Zoals hierboven al werd opgemerkt houdt deze rechtspraak in dat een gerechtelijke procedure waarbij de rechter oordeelt over de fiscale visitatie, de waarborgen van artikel 6 § 1 EVRM moet verlenen. De rechter moet met andere woorden op tegenspraak¹⁷⁷² en met volle rechtsmacht kunnen oordelen over de fiscale visitatie (wettelijkheid en opportuniteit) en moet een passend rechtsherstel kunnen verlenen¹⁷⁷³.

b.Procedurele waarborgen betreffende de visitatie van bewoonde lokalen

669. Voor *bewoonde lokalen* gelden dezelfde procedurele waarborgen tegen misbruik als voor de visitatie van beroepslokalen. De wet schrijft met name voor dat de visitatie enkel kan doorgaan waar werkzaamheden worden verricht of vermoedelijk worden verricht en dit beperkt tot bepaalde uren, met name tussen 5 uur 's morgens en 9 uur 's avonds (artikel 319 W.I.B. 1992). Inzake de vaststelling van het kadastraal inkomen kunnen bewoonde lokalen, net als eender welk gebouw, worden betreden tussen 8 uur 's morgens en 18 uur 's avonds (artikel 476 W.I.B. 1992). Daarnaast schrijft de wet voor dat de visitatie enkel kan worden

¹⁷⁶⁶ GwH 27 januari 2011, nr. 10/2011, overweging B.5.4

¹⁷⁶⁷ EHRM 16 december 1997, CAMENZIND/Zwitserland; EHRM 5 juli 2012, ROBATHIN/Oostenrijk (§ 48)

¹⁷⁶⁸ Daarvan wordt melding gemaakt in: Gent 21 november 2014, www.monkey.be

¹⁷⁶⁹ EHRM 5 juli 2012, ROBATHIN/Oostenrijk; EHRM 16 oktober 2007, WIESER en BICOS BETEILIGUNGEN/Oostenrijk

¹⁷⁷⁰ EHRM 6 oktober 2016, K.S. en M.S./Duitsland (§47)

¹⁷⁷¹ EHRM 21 februari 2008, RAVON/Frankrijk; zie ook EHRM 24 oktober 2008, ANDRE/Frankrijk, zie ook EHRM 21 december 2012, CANAL PLUS/Frankrijk (§36-40).

¹⁷⁷² GwH Hof 27 januari 2011, nr. 10/2011, overweging B.5.4

¹⁷⁷³ EHRM 21 februari 2008, RAVON/Frankrijk (§28); zie ook GwH 27 januari 2011, nr. 10/2011, overweging B.4.3 (inzake huisvisitatie in AWDA)

uitgevoerd door een ambtenaar voorzien van zijn aanstellingsbewijs. Hiervoor werd al betreffende beroepslokalen gesteld dat deze procedurele maatregel slechts een beperkte draagwijdte heeft en daardoor als procedurele waarborg tegen misbruik eerder zwak is. Ook het voorschrift dat de fiscale administratie die binnendringt in een gebouw (in casu een bewoond lokaal) op grond van artikel 476 W.I.B. 1992 moet vergezeld zijn van hetzij de burgemeester, hetzij de politiecommissaris of hun gelastigde, heeft slechts een beperkte draagwijdte en zal geen waarborg vormen tegen bijvoorbeeld het disproportioneel gebruik van de bevoegdheid om manu militari binnen te dringen in een gebouw, in casu een bewoond lokaal.

670. Daarnaast schrijft niet de wet, maar enkel de administratieve commentaar voor dat de uitoefening van een huisvisitatie onderworpen is aan een toestemming van de hiërarchische overste van de controlerende ambtenaar¹⁷⁷⁴. Rekening houdend met de hiervoor geciteerde rechtspraak in de zaak CAMENZIND kan ook deze voorwaarde als een procedurele waarborg worden beschouwd tegen misbruik. Deze waarborg heeft opnieuw slechts een beperkte draagwijdte, deze keer omdat het voorschrift niet in de wet is opgenomen en het niet-naleven van dit voorschrift dus op geen enkele wijze kan worden gesanctioneerd. Bovendien zal de toestemming van de hiërarchische overste van de controlerende ambtenaar alleen ontoereikend zijn als waarborg tegen misbruik. Deze procedurele waarborg is niet voorhanden voor de huisvisitatie op grond van artikel 476 W.I.B. 1992.

671. Tot slot is de visitatie van een bewoond lokaal wel onderworpen aan een *machtiging van de politierechter*, dit voor wat betreft de huisvisitaties op grond van artikel 319 tweede lid W.I.B. 1992. Voor een visitatie in een bewoond lokaal in het kader van de vaststelling van het kadastraal inkomen (artikel 476 W.I.B. 1992) geldt deze voorafgaande rechterlijke machtiging niet.

De machtigingsvereiste in artikel 319 tweede lid W.I.B. 1992 geldt ook voor een beroepslokaal dat deels als bewoond lokaal wordt gebruikt, tenzij het beroepslokaal publiek toegankelijk is, zoals een bakkerij of andere winkel die deel uitmaakt van een gebouw dat wordt aangewend voor bewoning¹⁷⁷⁵. Er moet ook een machtiging worden gevraagd wanneer de fiscale administratie een lokaal bezoekt, waarvan het professioneel gebruik is aangegeven of kan worden vermoed en dat de facto voor bewoning wordt gebruikt. Van zodra de administratie dit tijdens een fiscale visitatie vaststelt dient zij een machtiging te vragen aan de politierechter¹⁷⁷⁶. Wanneer er geen machtiging is, maar de belastingplichtige verleent zijn toestemming om de woning te betreden, dan is er geen sprake van het misdrijf van de woonstschennis bedoeld in artikel 148 Sw¹⁷⁷⁷. Deze uitspraak verhindert evenwel niet dat de rechtspraak vaak oordeelt dat de machtiging in principe niet kan worden vervangen door de toestemming van de belastingplichtige¹⁷⁷⁸. De machtigingsaanvraag bij de

¹⁷⁷⁴ Memorie van toelichting bij het ontwerp van herstellwet houdende fiscale en financiële bepalingen van 12 januari 1981, *Parl. St. Kamer*, zittingsperiode 1980-1981, nr. 716/1, 6; zie ook ook comm IB 319/11-12-13

¹⁷⁷⁵ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 10 november 2009 tot invoering van een sociaal strafwetboek, *Parl. St. Kamer*, 52-1666/01, 116 waarin de huisvisitaties worden besproken

¹⁷⁷⁶ Antwerpen 28 juni 2011, *TFR* 2012, afl. 417, 231; Brussel 26 februari 2015, *FJF* 2016/172

¹⁷⁷⁷ Cass. 11 maart 2008, *Arr.Cass.* 2008, afl. 3, 694

¹⁷⁷⁸ Antwerpen 4 december 2012, *FJF* 2013, afl. 6, 618; zie ook vonnis a quo: rb. Hasselt 17 november 2010, *Fiskoloog* 2011, afl. 1244, 1; en eerder al: rb. Hasselt 3 september 2009, *FJF* 2010/108 waarin de rechtbank op

politierechter hoeft niet door een advocaat te worden ondertekend en mag dus door de fiscale administratie worden ingediend¹⁷⁷⁹. Het is duidelijk dat de *voorafgaande* rechterlijke controle van een maatregel die een inmenging vormt in het privéleven, de voorkeur geniet van het EHRM als waarborg tegen misbruik¹⁷⁸⁰. Nochtans stelt het EHRM wel voorwaarden aan een voorafgaande rechterlijke controle opdat zij de functie kan vervullen van waarborg tegen misbruik. In zaken waarin het EHRM uitspraak deed over de rechterlijke machtiging van een huiszoeking, heeft het meermaals benadrukt dat de rechter wel minstens uitspraak moet doen over de reikwijdte van het huiszoekingsbevel, dit o.m. naar tijd, naar doel en naar voorwerp toe¹⁷⁸¹. Het huiszoekingsbevel moet met andere woorden “reasonably limited” zijn¹⁷⁸². De rechter dient bij de beoordeling van de huiszoeking ook rekening te houden met de aanwezigheid van een zogenaamd “redelijk vermoeden” (“reasonable suspicion”¹⁷⁸³) dat de huiszoeking verantwoordt. Bij gebrek aan rechtspraak is het onduidelijk of deze voorwaarden voor een machtiging voor een huiszoeking ook transponeerbaar zijn naar een machtiging voor een huisvisitatie. De voorwaarden waaraan een machtiging moet voldoen om een waarborg te vormen tegen misbruik zullen uiteraard vanuit de context van het fiscaal heffingsmechanisme moeten worden beoordeeld. In die context lijkt het toch minstens noodzakelijk dat de rechter die het betreden van een bewoond lokaal machtigt, naast de wettelijkheid, ook in algemene zin de *noodzakelijkheid* heeft kunnen beoordelen van een dergelijke privacyinvasieve controlemaatregel. De politierechter zal met andere woorden minstens moeten oordelen over de vraag of een minder privacyinvasieve controlemaatregel (zoals een vraag om inlichting of een boekenonderzoek, of zelfs een visitatie in de beroepslokalen) niet volstond om de belastingplichtige in de gegeven omstandigheden te controleren. In de mate dat er argumenten voorhanden zijn die de noodzakelijkheid van de visitatie verantwoorden, lijkt ook een afbakening van de visitatie (betreffende voorwerp of duurtijd bijvoorbeeld) in functie van wat noodzakelijk is om concrete finaliteit van de visitatie te bereiken, nodig.

De Belgische wet schrijft evenwel op geen enkele wijze voor welke elementen de politierechter moet beoordelen wanneer hem wordt gevraagd een machtiging af te leveren. Ook in de Kamercommissie Financiën werd bij de invoering van de mogelijkheid om

de specieke omstandigheid wijst dat de belastingplichtige niet met de visitatie kan instemmen ten overstaan van een persoon die zijn aanstellingsbewijs niet voorlegt (met verwijzing naar Antwerpen 12 november 1996, *F.J.F.*, No. 1997/34); contra rb. Bergen 26 april 2011, *Fiskoloog* 2011, afl. 1263, 2 (waarin zelfs werd aanvaard dat de echtgenote van de belastingplichtige de toestemming kon geven). Merk op dat het sociaal strafwetboek op dat vlak duidelijker is nu artikel 24 § 1 sociaal strafwetboek uitdrukkelijk bepaalt dat de toestemming van de persoon die het werkelijk genot heeft van de bewoonde lokalen die de sociale inspectie wenst te betreden, één van de gevallen is waarin de sociale inspectie toegang heeft tot deze ruimten. De machtiging van de onderzoeksrechter is een ander, apart geval. In het sociaal strafwetboek kan de machtiging dus wel door de toestemming van de betrokkene worden vervangen. Het sociaal strafwetboek voert terzake ook garanties in in die zin dat deze toestemming schriftelijk en voorafgaand moet gebeuren.

¹⁷⁷⁹ Gent 13 januari 2015, www.monkey.be; Rb. Gent 9 december 2015, www.monkey.be; *Fiscale koerier* 2016/04, 497 – 503;

¹⁷⁸⁰ EHRM 6 september 1978, KLASS/Duitsland (§55); EHRM 2 april 2015, VINCI CONSTRUCTION/Frankrijk (§67); EHRM 26 maart 1987, LEANDER/Zweden (§64)

¹⁷⁸¹ EHRM 25 februari 2003, ROEMEN en SCHMIT/Luxemburg; EHRM 15 juli 2003, ERNST/België, EHRM 9 december 2004, VAN ROSSEM/België; EHRM 7 juni 2007, SMIRNOV/Rusland (§46); EHRM 24 juli 2008, ANDRE/Frankrijk (§45)

¹⁷⁸² EHRM 28 april 2005, BUCK/Duitsland (§50); EHRM 16 oktober 2007, WIESER AND BICOS BETEILIGUNGEN/Oostenrijk (§57); EHRM 3 juli 2012, ROBATHIN/Oostenrijk (§44); EHRM 5 juli 2012, GOLOVAN/Oekraïne (§61); EHRM 3 juli 2012, ROBATHIN/Oostenrijk (§46)

¹⁷⁸³ Te beoordelen op het moment van de uitgifte van de rechterlijke machtiging: EHRM 3 juli 2012 ROBATHIN/Oostenrijk (§46)

huisvisitaties uit te voeren, de bedenking geuit dat deze aanpassing van de wet een aantasting van het recht op privéleven van de belastingplichtige kan vormen, omdat de machtiging van de politierechtbank vrij moeiteloos kan worden verkregen¹⁷⁸⁴. De administratieve commentaar geeft enkel prijs dat het verzoek aan de politierechter bondig moet gemotiveerd zijn met de gegevens die een onderzoek in een aan te wijzen bewoond gebouw noodzakelijk maken¹⁷⁸⁵, zodat kan worden aangenomen dat ook de administratie meent dat de politierechter minstens de noodzakelijkheid van de visitatie moet beoordelen. Het verdient evenwel aanbeveling dat ook de wet de beoordelingsbevoegdheid van de politierechter zou omschrijven.

672. Dat deze machtigingsvereiste van de politierechter zoals deze momenteel in de wet staat geformuleerd voor de huisvisitaties op grond van artikel 319 W.I.B. 1992, niet langer voldoet aan de vereisten van de rechtspraak van het EHRM, blijkt ook uit de wijzigingen die terzake werden doorgevoerd in het sociaal recht. Ook de sociale inspectie diende, voor de inwerkingtreding van het sociaal strafwetboek, toestemming te vragen aan de politierechter voor het betreden van bewoonde lokalen¹⁷⁸⁶. Bij de invoering van het sociaal strafwetboek heeft de wetgever deze toestemming van de politierechter vervangen door een toestemming van de onderzoeksrechter¹⁷⁸⁷ die in het kader van een louter administratieve machtigingsprocedure de toegang tot bewoonde lokalen moet machtigen¹⁷⁸⁸. Daarnaast werden heel wat procedurele voorschriften toegevoegd, dit precies om tegemoet te komen aan de rechtspraak van het EHRM¹⁷⁸⁹. Artikel 24 van het Sociaal strafwetboek omschrijft wat minimaal in het verzoekschrift waarmee de onderzoeksrechter wordt gevat, moet staan (waaronder alle bescheiden en toelichtingen waaruit blijkt dat het gebruik van dit middel *nodig* is, wat met name impliceert dat er een vermoeden is van een inbreuk op de sociale wetgeving¹⁷⁹⁰). De beslissing van de onderzoeksrechter moet gemotiveerd zijn, wat volgens F. BLOMME en T. MESSIAEN inhoudt dat deze machtiging in de lijn met de rechtspraak van het EHRM inzake artikel 8 EVRM voldoende moet afgebakend zijn en dus niet in algemene termen mag zijn opgesteld¹⁷⁹¹. Volgens J.-C. HEIRMAN en G. VAN DE MOSSELAER houdt de motiveringsverplichting in dat de machtiging minstens melding moet maken van (1) de identificatie van de bewoonde ruimten die het voorwerp uitmaken van de visitatie, (2) een korte uiteenzetting van de feiten die toelaten de maatregel te rechtvaardigen, (3) en de op

¹⁷⁸⁴ Verslag namens de Commissie Financiën bij het ontwerp van herstellwet van 12 januari 1981 houdende fiscale en financiële bepalingen, *Parl. St. Kamer*, zittingsjaar 1980-1981, nr. 716/8, p. 24

¹⁷⁸⁵ Comm.IB 319/13

¹⁷⁸⁶ Wet van 16 november 1972 betreffende de arbeidsinspectie

¹⁷⁸⁷ De beslissing om de politierechter te vervangen door de onderzoeksrechter wordt in de voorbereidende werken gemotiveerd door verschillende overwegingen, met name zou de onderzoeksrechter beter vertrouwd zijn met de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de woonplaats, hij is van wacht 24u/24u en hij "onderscheidt goed het verschil tussen een machtiging tot visitatie en de huiszoeking" (memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 10 november 2009 tot invoering an een sociaal strafwetboek, *Parl. St. Kamer*, nr. 52-1666/001, 86-87 en ook 116-117). Merk op dat ook in het mededingingsrecht de huiszoeking moet gebeuren door machtiging van een onderzoeksrechter (artikel IV.41 § 3 lid 4 WER)

¹⁷⁸⁸ H. VANDERLINDEN, "De opsporing en vervolging van de sociaalrechtelijke inbreuken van het sociaal strafwetboek. Een nieuwe lente of oude wijn in nieuwe zakken." , in J. PEETERS (ed.) *Het sociaal strafwetboek gewikt en gewogen*, Intersentia 2011, 33, VANDERLINDEN verduidelijkt dat dus geen sprake is van een vordering tot een gerechtelijk onderzoek, noch van een mini-onderzoek. Zie ook F. BLOMME en T. MESSIAEN, *Handboek Sociaal Strafrecht. Het nieuwe sociaal strafwetboek*, Gent, Story, 2010, 134

¹⁷⁸⁹ J.-C. HEIRMAN en G. VAN DE MOSSELAER, *De bevoegdheden van de sociaal inspecteurs in het licht van het Sociaal strafwetboek*, Kluwer, Mechelen, 2012, 114

¹⁷⁹⁰ F. BLOMME en T. MESSIAEN, *Handboek Sociaal Strafrecht. Het nieuwe sociaal strafwetboek*, Gent, Story, 2010, 136

¹⁷⁹¹ F. BLOMME en T. MESSIAEN, *Handboek Sociaal Strafrecht. Het nieuwe sociaal strafwetboek*, Gent, Story, 2010, 135

te sporen inbreuken¹⁷⁹². Artikel 24, § 3, 5^{de} lid van het sociaal strafwetboek bepaalt bovendien dat – in de regel – alle motiveringsstukken tot het bekomen van een machtiging tot visitatie aan het strafdossier of aan het dossier in het kader waarvan een administratieve boete kan worden opgelegd, moeten worden toegevoegd¹⁷⁹³. Dit waarborgt de tegenspraak bij de jurisdictionele controle van de machtiging tot visitatie. Een bijkomende procedurele waarborg tegen misbruik bestaat erin dat de sociale inspectie tijdens de huisvisitatie bepaalde onderzoekshandelingen niet kan stellen (met name gaat het hier over het opsporen en controleren van de geïnformatiseerde bestanden)¹⁷⁹⁴.

673. Het feit dat een voorafgaande rechterlijke machtiging werd verleend voor een inmenging in het privéleven, volstaat vanuit het oogpunt van artikel 6 EVRM niet, aangezien de persoon op wie de maatregel betrekking heeft, zich in dit stadium nog niet heeft kunnen laten horen¹⁷⁹⁵. Er dient dus ook vanuit het oogpunt van artikel 6 EVRM nog een *post-factum* controle mogelijk te zijn.

Wat dat betreft aanvaardde de rechtbank van eerste aanleg te Leuven in een vonnis van 12 november 2010 dat de rechter van eerste aanleg bevoegd is om de machtiging van de politierechter te beoordelen op grond van artikel 569, 32° Ger.W., ook voordat de aanslag is gevestigd, die desgevallend is gebaseerd op de gegevens uit de betwiste fiscale visitatie¹⁷⁹⁶. Nochtans meende de rechtbank van eerste aanleg te Gent dat dan enkel de regelmatigheid van de machtiging kan worden beoordeeld en dus niet of de machtiging ook terecht werd verleend¹⁷⁹⁷. Een dergelijke uitspraak is in strijd met de hiervoor reeds geciteerde rechtpraak in de zaak RAVON. Uiteraard zal de fiscale huisvisitatie ook kunnen worden beoordeeld ter gelegenheid van de beoordeling door de rechter van de aanslag die is gevestigd op grond van de gegevens die tijdens de visitatie werd ingewonnen.

¹⁷⁹² J.-C. HEIRMAN en G. VAN DE MOSSLAER, *De bevoegdheden van de sociaal inspecteurs in het licht van het Sociaal strafwetboek*, Kluwer, Mechelen, 2012, 116 met verwijzing naar Cass. 11 januari 2006 *JLMB* 2006, 590, noot A. JACOBS “les mentions du mandat de perquisition comme protection des droits de la défense”

¹⁷⁹³ Teneinde tegemoet te komen aan de rechtspraak van het GwH van 3 december 2008 (GwH 3 december 2008, nr. 171/2008, *R.W.* 2008-2009, 942; *Dr. Pén. Entr.* 2009, 59 noot C.-E. CLESSE en *RABG* 2009, 197, noot B. LIETAERT)

¹⁷⁹⁴ H. VANDERLINDEN, “De opsporing en vervolging van de sociaalrechtelijke inbreuken van het sociaal strafwetboek. Een nieuwe lente of oude wijn in nieuwe zakken.”, in J. PEETERS (ed.) *Het sociaal strafwetboek gewikt en gewogen*, Internsentia 2011, 33

¹⁷⁹⁵ EHRM 21 februari 2008, RAVON/Frankrijk (§30), nadien werd dit ook door het Belgische Grondwettelijk Hof aangenomen in een arrest van 3 december 2008 inzake de beoordeling van de huisvisitatie door de sociale inspectie die op een analoge wijze als dit het geval is voor de huisvisitatie in inkomstenbelastingen, onderworpen is aan een machtiging van de politierechter: GwH Hof 3 december 2008, nr. 171/2008, overweging B.5.2

¹⁷⁹⁶ Rb. Leuven 12 november 2010, aangehaald in JVD, “Hoe u verzetten tegen machtiging fiscale huiszoeking”, *Fiskoloog* 2011, 1256, 3. De rechtbank moest uitspraak doen in het kader van een beroep tegen het vonnis van de politierechter bij wie een derdenverzet aangehangig was gemaakt. De rechtbank oordeelde evenwel dat een dergelijk derdenverzet niet mogelijk was. De rechtbank verwees hiervoor naar artikel 1122 van het Ger.W. dat derdenverzet toelaat tegen een beslissing gewezen door een *burgerlijk* gerecht, of door een strafgerecht in zover dit over *burgerlijke* belangen uitspraak heeft gedaan. Een politierechter die machtiging verleent voor een fiscale visitatie zou niet optreden als *burgerlijke* rechter en zijn beslissing zou geen uitspraak zijn over *burgerlijke* belangen, zoals bedoeld in artikel 1122 van het Ger.W. M. MAUS meende eerder dat dat de persoon ten aanzien van wie de machtigingsbeschikking werd gewezen wel over dit recht op derdenverzet beschikt op grond van artikel 1033 van het Ger.W (zie M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 214); zie ook recent nog rb. Gent 8 maart 2017, aangehaald door F. DESTERBECK, “Machtiging door politierechter voor huisvisitatie door fiscus slechts in beperkte mate betwistbaar”, *Fisc. Act.* 2017, nr. 11, p. 4-6

¹⁷⁹⁷ rb. Gent 8 maart 2017, aangehaald door F. DESTERBECK, “Machtiging door politierechter voor huisvisitatie door fiscus slechts in beperkte mate betwistbaar”, *Fisc. Act.* 2017, nr. 11, p. 4-6

Wat betreft de huisvisitatie die op grond van artikel 476 W.I.B. 1992 gebeurt en waarvoor er geen rechterlijke machtiging vereist is, lijkt een post-factumcontrole eveneens mogelijk, zoals hierboven toegelicht inzake de visitaties op grond van artikel 476 W.I.B. 1992 van beroepslokalen, en dit zowel nadat het nieuwe of gewijzigde kadastraal inkomen werd betekend (en het georganiseerde administratief beroep (artikel 497 ev. W.I.B. 1992) werd afgewezen), als voordat dit is gebeurd.

Rekening houdend met de hiervoor geciteerde zaak RAVON¹⁷⁹⁸ moet de rechter in ieder geval met volle rechtsmacht over de toestemming tot fiscale huisvisitatie kunnen oordelen. Er moet bovendien op tegenspraak over de huisvisitatie worden geoordeeld wat voor de vooraf gemachtigde huisvisitaties op grond van artikel 319 W.I.B. 1992 betekent dat de belastingplichtige kennis moet kunnen krijgen van alle stukken en informatie waarover de politierechter beschikte om te oordelen over de machtiging¹⁷⁹⁹.

Zoals al gesteld betreffende de post-factumcontrole van de fiscale visitatie van beroepslokalen, vereist het EHRM bovendien dat de omkadering van de post-factumcontrole dermate is dat ze doeltreffend wordt. In dat kader wordt het opstellen van een rapport van de controle als een belangrijke waarborg beschouwd¹⁸⁰⁰. Dit is niet voorgeschreven door de Belgische wet.

Bovendien wordt in de zaak RAVON gesteld dat dit jurisdictioneel beroep tegen de beslissing om een visitatie toe te laten van aard moet zijn dat het ofwel de onregelmatige visitatie kan vermijden, ofwel een passend rechtsherstel kan verlenen¹⁸⁰¹. De rechtspraak verduidelijkt niet wat dit passend rechtsherstel moet inhouden. Hier moet opnieuw de Antigoonleer in herinnering worden gebracht (zie afdeling 3 van hoofdstuk 2 over de rechtsbescherming) waarvan werd verdedigd dat deze in de Belgische rechtsorde zo lijkt te moeten worden ingevuld dat een schending van het recht op privéleven, *steeds* moet leiden tot de nietigheid van gegevens die op grond van deze schending werden bekomen, zodat ook de aanslag die is gevestigd op grond van deze gegevens bij gebrek aan bewijs moet worden vernietigd. Wanneer deze stelling wordt aanvaard, is er *steeds* sprake van passend rechtsherstel bij een jurisdictionele controle van een fiscale visitatie in strijd met artikel 8 EVRM¹⁸⁰².

4. Besluit betreffende de voorzienbaarheid van de fiscale visitatie

674. Wat betreft de voorzienbaarheid van de fiscale visitatie betreffende *beroepslokalen* werd hierboven vastgesteld dat de discretionaire bevoegdheid van de fiscale administratie slechts zeer beperkt is afgebakend. De mogelijkheid om een fiscale visitatie uit te voeren is

¹⁷⁹⁸ EHRM 21 februari 2008, RAVON/Frankrijk; zie oo EHRM 24 oktober 2008, ANDRE/Frankrijk.

¹⁷⁹⁹ GwH 27 januari 2011, nr. 10/2011

¹⁸⁰⁰ Zie ook EHRM 16 december 1997, CAMENZIND/Zwitserland ; EHRM 5 juli 2012, ROBATHIN/Oostenrijk (§ 48)

¹⁸⁰¹ EHRM 21 februari 2008, RAVON/Frankrijk (§28)

¹⁸⁰² Volledigheidshalve moet wel worden opgemerkt in de afdeling over de rechtsbescherming ook werd vastgesteld dat de rechtspraak van het EHRM – in tegenstelling tot de rechtspraak van het Hof van Justitie in het kader van met name artikel 47 van het Handvest (HvJ 17 december 2015, C-419/14 WEBMINDLICENCES KfT) – niet zo ver gaat dat het vereist dat er bij de schending van het recht op privéleven bij het verzamelen van informatie *steeds* bewijsuitsluiting is (zie EHRM 12 juli 1988 SCHENK/Zwitserland; EHRM 12 mei 2000 KHAN/VK; EHRM 25 september 2001, P.H. en J.H./VK; EHRM 5 november 2002, ALLAN/VK; EHRM 1 maart 2007, HEGLAS/Tsjechië; EHRM 10 maart 2009, BYKOV/Rusland; EHRM 15 januari 2015, DRAGOJEVIC/Kroatië en voor een recente Belgische zaak: EHRM 31 januari 2017, KALNENIENE/België)

in wezen alleen beperkt betreffende de uren tijdens dewelke een visitatie kan doorgaan en betreffende de omschrijving van de lokalen waarin een fiscale visitatie kan doorgaan. Deze afbakening is evenwel zo ruim dat ze maar weinig waarborgen biedt tegen misbruik. Bovendien kan een visitatie van een beroepslokaal in alle omstandigheden worden uitgevoerd en is er geen belemmering qua duurtijd van de visitatie. Betreffende de visitatie van beroepslokalen in het kader van het vaststellen van het kadastraal inkomen, kan de fiscale administratie zich zelfs manu militari toegang verschaffen tot het beroepslokaal wanneer de vrije toegang haar werd geweigerd. De vereiste van het aanstellingsbewijs als bijkomende procedurele waarborgen tegen misbruik is beperkt in draagwijdte. Er is geen voorafgaande rechterlijke controle. Enkel achteraf, wanneer de inmenging in het privéleven en per hypothese ook de schending van het privéleven zich heeft voorgedaan, kan de visitatie nog door een rechter worden beoordeeld. Er is geen wettelijke omkadering om deze post-factumcontrole ook doeltreffend te maken door bijvoorbeeld voor te schrijven dat er een verslag moet worden opgemaakt van de visitatie.

Het huidig wettelijk kader betreffende visitatie van beroepslokalen biedt dus weinig garanties tegen misbruik. Dit betekent niet dat de fiscale administratie een schending van artikel 8 EVRM bij de uitvoering van huisvisitaties niet zou kunnen vermijden. Dit kan met name door de fiscale huisvisitatie slechts aan te wenden in omstandigheden waarin deze maatregel wel degelijk *noodzakelijk* was en de beoogde controle niet kon worden uitgevoerd met minder privacyinvasieve methoden, alsook door de maatregel niet onevenredig lang te laten duren. Ook het de facto inlassen van procedurele waarborgen tegen misbruik zoals het vooraf aankondigen van de controle, het vereisen van de aanwezigheid van de belastingplichtige of zijn vertegenwoordiger, het opstellen van een verslag van de controle om de post-factumcontrole doeltreffender te maken en dergelijke meer zullen ertoe bijdragen dat de inmenging in het privéleven niet als een schending van het privéleven wordt beschouwd.

675. Volledigheidshalve moet worden opgemerkt dat het toenmalige Arbitragehof zich in een arrest van 14 februari 2001¹⁸⁰³ al heeft uitgesproken over de visitatie van beroepslokalen op grond van de AWDA en de bestaanbaarheid met artikel 8 EVRM en artikel 15 van de GW. Deze visitatie is ook mogelijk zonder voorafgaande machtiging van een rechter. In deze zaak oordeelde het Arbitragehof dat het toepassingsgebied van de maatregel voldoende afgebakend was en dat er voldoende procedurele waarborgen tegen misbruik waren¹⁸⁰⁴. Uit deze uitspraak kunnen evenwel geen conclusies worden getrokken voor de fiscale visitatie betreffende inkomstenbelastingen. Vooreerst is het toepassingsgebied van de fiscale visitaties in douane en accijnzen meer afgebakend dan het toepassingsgebied van de fiscale visitaties in inkomstenbelastingen. In douane en accijnzen kan er op grond van artikel 193 AWDA enkel een visitatie plaatsvinden in welbepaalde beroepslokalen, vooral in *“de trafieken en fabrieken, wijngaarden, ongebouwde erven, gebouwde of ongebouwde werkplaatsen, winkels, pakhuizen en alle verdere panden, waarvan het bezit of gebruik onderworpen is aan een aangifte bij of een aanvaarding van administratie der accijnzen, of in welke enig bedrijf wordt uitgeoefend op welks product een accijns is gevestigd, of hetwelk,*

¹⁸⁰³ Arbitragehof 14 februari 2001, nr. 16/2001

¹⁸⁰⁴ Arbitragehof 14 februari 2001, nr. 16/2001, overweging B.13.7; zie ook analoog Arbitragehof 28 maart 2002, 60/2002, overweging B.3.8

*krachtens de wet, aan enige verificatie onderhevig is*¹⁸⁰⁵. De lokalen die op grond van de AWDA kunnen worden gevisiteerd zijn dus veel beperkter omschreven dan de lokalen die op grond van het W.I.B. 1992 kunnen worden gevisiteerd. Behalve de beperking van de uren tijdens dewelke er een visitatie kan plaats vinden (en die analoog zijn aan deze voor de fiscale visitatie betreffende inkomstenbelastingen), is er nog een bijkomende procedurele waarborg tegen misbruik die niet wordt voorgeschreven bij de fiscale visitaties betreffende inkomstenbelastingen. Met name verplicht artikel 196 AWDA ook dat de belanghebbende of zijn vertegenwoordiger aanwezig moet zijn tijdens de visitatie. Tot slot gaat het Arbitragehof voor wat betreft de visitaties in de AWDA uit van een specifieke moeilijkheid bij het controleren van de AWDA, en stelt vast dat deze specifieke moeilijkheid een objectieve verantwoording vormt voor een verschillende behandeling van verdachten van een douanemisdrijf en verdachten van een gemeenrechtelijk misdrijf. Met name wordt volgens het Arbitragehof de vaststelling van inbreuken in de douanewetgeving bemoeilijkt door de mobiliteit van de goederen waarop de rechten verschuldigd zijn. Die mobiliteit noopt tot onverwijlde controles, die aan doeltreffendheid zouden inboeten indien zij zouden zijn onderworpen aan een voorafgaande machtiging¹⁸⁰⁶. Ook deze specifieke moeilijkheid geldt niet zonder meer voor de controle in de inkomstenbelastingen.

676. Ook wat betreft de voorzienbaarheid van de fiscale visitatie betreffende *bewoonde lokalen* is de discretionaire bevoegdheid van de fiscale administratie slechts zeer beperkt afgebakend. Net als bij de beroepslokalen is de mogelijkheid om een fiscale huisvisitatie uit te voeren enkel beperkt betreffende de uren tijdens dewelke een visitatie kan doorgaan en betreffende de omschrijving van de lokalen waarin een fiscale visitatie kan doorgaan. Deze afbakening is evenwel zo ruim dat ze maar weinig waarborgen biedt tegen misbruik. Net als bij de visitatie van beroepslokalen is het feit dat een huisvisitatie in alle omstandigheden kan worden uitgevoerd zonder belemmering qua duurtijd, problematisch. De visitatie van bewoonde lokalen in het kader van de vaststelling van het kadastraal inkomen is bovendien bijzonder privacyinvasief nu de administratie zich ook manu militari toegang kan verschaffen tot deze bewoonde lokalen indien de vrije toegang wordt geweigerd. De vereiste van het aanstellingsbewijs als bijkomende procedurele waarborg tegen misbruik, alsook de administratieve vereiste dat er een machtiging is van een hiërarchische overste, is beperkt in draagwijdte. De voorafgaande rechterlijke machtiging van de politierechter is een weliswaar een belangrijke waarborg, maar de wet omschrijft de beoordelingsbevoegdheid van de rechter op geen enkele wijze. De post-factumcontrole is mogelijk maar er zijn geen begeleidende maatregelen genomen om deze controle doeltreffend te maken.

Net als inzake de visitatie van beroepslokalen kan de fiscale administratie een schending van artikel 8 EVRM bij de uitvoering van huisvisitaties vermijden door de fiscale huisvisitatie slechts aan te wenden in omstandigheden waarin deze maatregel wel degelijk *noodzakelijk* was en de beoogde controle niet kon worden uitgevoerd met minder privacyinvasieve

¹⁸⁰⁵ Dit is de formulering van artikel 193 AWDA zoals dit aan het Arbitragehof werd voorgelegd. De huidige omschrijving ingevolge de wijziging van de wet door de wet van 12 mei 2014 (BS 20 juni 2014) luidt: "de fabrieken, wijngaarden, ongebouwde erven, gebouwde of ongebouwde werkplaatsen, winkels, pakhuisen en alle verdere panden, waarvan het bezit of gebruik onderworpen is aan een aangifte bij of een aanvaarding van administratie, alsook waarin een werkzaamheid wordt verricht waarvan de producten aan accijns onderhevig zijn of krachtens de wet aan enige verificatie onderworpen zijn."

¹⁸⁰⁶ Arbitragehof 14 februari 2001, nr. 16/2001, overweging B.13.3; Arbitragehof 28 maart 2002, nr. 60/2002, overweging B.3.5

methoden, alsook door de maatregel niet onevenredig lang te laten duren. Ook het de facto inlassen van procedurele waarborgen tegen misbruik zoals hierboven betreffende de beroepslokalen beschreven, zullen ertoe bijdragen dat de inmenging in het privéleven niet als een schending van het privéleven wordt beschouwd. Ook de wijze waarop de politierechter zijn machtiging motiveert zal bepalend zijn voor de vraag of de huisvisitatie een schending vormt van artikel 8 EVRM. Zo zal een “standaard” machtiging van een politierechter waarbij deze een visitatie van een bewoond lokaal toelaat omwille van algemene argumenten waarbij niet wordt ingegaan op de concrete omstandigheden van de zaak, in de context van de rechtspraak van het EHRM als een onvoldoende waarborg tegen misbruik worden beschouwd¹⁸⁰⁷. Uit de concrete motivering van de machtiging door de politierechter zal moeten blijken dat de rechter een noodzakelijkheidsbeoordeling heeft gemaakt en het voorwerp van de visitatie ook voldoende heeft afgebakend in functie van deze noodzakelijkheidsbeoordeling.

Hier kan overigens in herinnering worden gebracht dat het EHRM niet vereist dat er bij een fiscale visitatie van bewoonde lokalen een *voorafgaande* rechterlijke machtiging is. Zelfs voor een huiszoeking wordt een voorafgaande rechterlijke machtiging niet steeds vereist, in de mate dat er alternatieve waarborgen tegen misbruik zijn¹⁸⁰⁸. De wetgever zou er dus voor kunnen opteren om de machtiging van de politierechter te vervangen door alternatieve waarborgen tegen misbruik. Behoudens het duidelijker afbakenen van de discretionaire bevoegdheid van de fiscale administratie¹⁸⁰⁹, kan wat betreft de alternatieve procedurele maatregelen worden verwezen naar de al vernoemde procedurele maatregelen waaraan het EHRM in het kader van een fiscale visitatie van beroepslokalen belang hecht (voorafgaande aankondiging, aanwezigheid van belastingplichtige of vertegenwoordigers, post-factumcontrole, schorsende werking van het rechtsmiddel tegen de maatregel, ...). Door het feit dat de visitatie een bewoond lokaal betreft dient de aanwezigheid van deze procedurele waarborgen bovendien strenger te worden beoordeeld dan bij de visitatie van een beroepslokaal.

C.(Onderzoeks)handelingen tijdens de visitatie

1.Controle van de betrouwbaarheid van de informaticasystemen

677. Wat betreft de handelingen die tijdens de visitatie mogen worden gesteld, stelt artikel 319 derde lid W.I.B. 1992 expliciet dat – in het kader van het onderzoek naar de betrouwbaarheid van de geïnformatiseerde inlichtingen, gegevens en bewerkingen –, de fiscale administratie *inzonderheid* de voorlegging kan vorderen van stukken die in het bijzonder zijn opgesteld om de op de informatiedragers geplaatste gegevens om te zetten in een leesbare en verstaanbare vorm. Daarnaast bepaalt artikel 319 derde lid W.I.B. 1992 meer algemeen dat deze controle van de betrouwbaarheid van de geïnformatiseerde inlichtingen, gegevens en bewerking, kan gebeuren door middel van de “*gebruikte uitrusting en met bijstand van de personen vermeld in artikel 315 bis, derde lid W.I.B. 1992*”. Dit

¹⁸⁰⁷ EHRM 5 juli 2012, ROBATHIN/Oostenrijk (§ 51)

¹⁸⁰⁸ EHRM 25 februari 1993, FUNKE/Frankrijk; EHRM 25 februari 1993, CREMIEUX/Frankrijk en EHRM 25 februari 1993, MIALHE/Frankrijk; EHRM 16 december 1997, CAMENZIND/Zwitserland

¹⁸⁰⁹ EHRM 25 februari 1993, FUNKE/Frankrijk; EHRM 25 februari 1993, CREMIEUX/Frankrijk en EHRM 25 februari 1993, MIALHE/Frankrijk

betekent dus dat de administratie aan de natuurlijke personen en rechtspersonen die een beroep doen op een informaticasysteem of een ander elektronisch apparaat om de boeken en bescheiden die onderworpen zijn aan de voorlegplicht (o.m.) te bewaren, kan vragen om op hun eigen uitrusting, bewerkingen uit te voeren met het oog op de controle van de betrouwbaarheid van het systeem. Hiervoor werd in het kader van artikel 315 bis W.I.B. 1992 gesteld dat de informatie die als gevolg van de controle van de betrouwbaarheid van het informaticasysteem in de ruime zin van het woord, ter kennis wordt gebracht aan de administratie, niet beschermd is door artikel 8 EVRM, zodat deze onderzoeksdaad tijdens de fiscale visitatie ook geen inmenging in het privéleven kan vormen. Het vraagstuk naar de voorzienbaarheid van deze maatregel an sich, rijst dus niet.

678. Inzake de visitatie op grond van artikel 476 W.I.B. 1992 worden deze onderzoekshandelingen om begrijpelijke reden niet opgesomd, vermits de controle van het kadastraal inkomen doorgaans geen voorlegging van geïnformatiseerde stukken vereist, maar eerder gericht is op handelingen van opmeting en verkenning van grensscheiding (zie verder hierna).

2. Vaststellingen en boekenonderzoek

679. De overige handelingen die tijdens een fiscale visitatie mogen worden gesteld, blijken vooral uit de finaliteit van de visitatie. Voor wat betreft artikel 319 W.I.B. 1992 is de finaliteit van de visitatie met name, *“enerzijds, aan de ambtenaren de mogelijkheid te verschaffen de aard en de belangrijkheid van de bedoelde werkzaamheden vast te stellen en het bestaan, de aard en de hoeveelheid na te zien van de voorraden en voorwerpen van alle aard welke die personen er bezitten of uit enigen hoofde onder zich hebben, met inbegrip van de installaties en het rollend materieel en, anderzijds, de ambtenaren in staat te stellen om alle boeken en bescheiden die zich in de voornoemde lokalen bevinden, te onderzoeken”*.

Uit deze tweeledige finaliteit van het visitatierecht, kan worden afgeleid dat de fiscale administratie tijdens de fiscale visitatie vooreerst vaststellingen kan doen over de aard en de belangrijkheid van de werkzaamheden. De wijze waarop deze vaststelling kunnen gebeuren, wordt niet verduidelijkt. De wet verduidelijkt met name niet of deze vaststellingen enkel mogen gebeuren door waarnemingen van de betrokken ambtenaar, dan wel of deze ambtenaar de waarnemingen ook kan vastleggen in bijvoorbeeld beeld – of geluidsmateriaal. Daarnaast kan uit deze finaliteitsomschrijving worden afgeleid dat de fiscale administratie ook het bestaan, de aard en de hoeveelheid van voorraden en voorwerpen van alle aard, waaronder installaties en rollend materieel, kan controleren¹⁸¹⁰. Ook hier ontbreekt duidelijkheid over de wijze waarop deze controle kan gebeuren. Er wordt wel aangenomen dat de fiscale administratie van de gedane waarnemingen een proces-

¹⁸¹⁰ A. BOUWEN stelt dat er ook “vrije toegang” zou zijn voor de fiscale administratie tot “de voorwerpen van alle aard” die tijdens een fiscale visitatie zijn aangetroffen (A. BOUWEN, “Omtrent de onderzoeksbevoegdheid van AOIF en BBI, in het algemeen, en hun bevoegdheid om kopieën te maken – zonder toelating – van gegevens van een computersysteem, in het bijzonder”, *TFR* 2012, afl. 417, 214 – 221). Deze stelling lijkt te zijn gebaseerd op een grammaticaal verkeerdelijk lezing van de wet. Het woord “vrije toegang” heeft immers enkel betrekking op de te betreden lokalen (S. DE RAEDT, “Repliek: De limieten van de controle van computerbestanden”, *TFR* 2012, afl. 417, 222 – 230). Auteur BOUWEN hanteert deze stelling om te verdedigen dat de fiscale administratie eigenhandig bewerkingen kan uitvoeren op de computer van de belastingplichtige.

verbaal kan opstellen, die bewijswaarde heeft tot het tegendeel is bewezen (artikel 340 W.I.B. 1992)¹⁸¹¹.

De tweede finaliteit van de visitatie betreft het boekenonderzoek. Ook dit is dus een onderzoeksdaad die tijdens de fiscale visitatie kan gebeuren. Dit werd uitdrukkelijk in de wet vermeld door de wijziging van 7 juni 2010¹⁸¹², maar kon in wezen al impliciet worden afgeleid uit artikel 315 W.I.B. 1992 zelf waarin staat vermeld dat het voorleggen van boeken en bescheiden “zonder verplaatsing” voor de belastingplichtige dient te gebeuren, wat inhoudt dat de fiscale administratie zich ter plaatse moet begeven om het boekenonderzoek te doen¹⁸¹³.

680. De finaliteit van de visitatie in het kader van het kadastraal inkomen is beperkt. Artikel 476 W.I.B. 1992 stelt immers dat deze visitatie erop gericht is “*verrichtingen van opmeting, van verkenning van grensscheiding en van raming uit te voeren*”. Ook hier lijkt het in essentie te gaan over het doen van vaststellingen. De vaststellingen kunnen vooreerst betrekking hebben op de grensscheiding. Daarnaast kunnen ook opmetingen worden gedaan, wat evenzeer vaststellingen zijn die de visu dienen te gebeuren. De bevoegdheid om tijdens de fiscale visitatie van artikel 476 W.I.B. 1992 ook “verrichtingen van raming” uit te voeren, is vager. Rekening houdend met het feit dat het kadastraal inkomen wordt vastgesteld op grond van de normale netto-huurwaarde of op basis van een vergelijking met gelijkaardige gebouwde percelen (artikel 477 W.I.B. 1992), lijken ramingsverrichtingen toe te laten dat allerhande vaststellingen worden gedaan tijdens de fiscale visitatie, die bijdragen tot de raming van de netto-huurwaarde of die bijdragen tot de vergelijking met andere panden. Hoe de vaststellingen moeten worden gedaan, is opnieuw niet duidelijk.

681. Het gebrek aan duidelijkheid over de wijze waarop *vaststellingen* (en opmetingen) kunnen worden gedaan tijdens een fiscale visitatie, lijkt vanuit het oogpunt van de voorzienbaarheid en rekening houdend met de rechtspraak van het EHRM niet meteen problematisch. In de zaak MURRAY van 28 oktober 1994 werd een vrouw kort gearresteerd in haar woning op verdenking van medeplichtigheid aan de terroristische activiteiten van haar broers die in de VS leefden. Tijdens haar arrestatie werden er nota's genomen in verband met de woning en tijdens het verhoor werd een foto genomen van de vrouw zonder haar toestemming en zonder dat zij dit wist. Het EHRM aanvaardde dat de opnames die waren gebeurd tijdens de arrestatie een voldoende wettelijke basis kenden, ook al werd de mogelijkheid om dergelijke opnames te maken, niet uitdrukkelijk in de wet opgenomen¹⁸¹⁴. Het nemen van foto's of geluidopnames van de vaststellingen die tijdens de visitatie worden gedaan, lijkt in dezelfde zin voldoende voorzienbaar.

Dit betekent evenwel niet dat het maken van beeldmateriaal van de gedane vaststellingen niet zou onderworpen zijn aan de vereiste van de noodzakelijkheid zoals voorgeschreven door artikel 8 EVRM en het maken van beeldmateriaal slechts kan gebeuren in de mate dat hetzelfde doel niet op een minder privacyinvasieve wijze kan worden bereikt. Het is duidelijk dat een proces-verbaal van een fiscale ambtenaar waarin deze schriftelijk aantekeningen

¹⁸¹¹ M. MORIS, *Procédure fiscale approfondie en matière d'impôts directs*, Limal, Anthemis, 2014, 182

¹⁸¹² Wet van 19 mei 2010, B.S. 28 mei 2010 (ed. 2), err. B.S. 1 juli 2010.

¹⁸¹³ Vr. en Antw., Kamer, 29 maart 2004, p. 4000 (Parl. Vr. nr. 214 van 13 januari 2004 van mevrouw PIETERS)

¹⁸¹⁴ EHRM 28 oktober 1994, MURRAY/VK

maakt over de gedane vaststellingen die relevant zijn voor het bepalen van de belastbare toestand van de betrokkene, minder privacyinvasief is dan foto's of camerabeelden genomen in de beroepslokalen of de privélokalen waarvan de kans bestaat dat deze meer informatie zullen registreren dan nodig voor het bepalen van de fiscale toestand. In dat kader kan worden verwezen naar artikel 39 van het Sociaal strafwetboek dat de mogelijkheid voor sociaal inspecteurs om vaststellingen te doen door middel van het maken van beeldmateriaal, uitdrukkelijk regelt en aan voorwaarden onderwerpt. Niet alleen is het gebruik van beeldmateriaal om vaststellingen te doen in het Sociaal strafwetboek onderworpen aan de algemene proportionaliteitsvereiste die staat geformuleerd in artikel 19 van het Sociaal strafwetboek. Daarnaast wordt het toepassingsgebied van deze mogelijkheid afgebakend, doordat artikel 39 § 2 van het Sociaal strafwetboek met name voorschrijft dat sociale inspecteurs in bewoonde lokalen – in de regel¹⁸¹⁵ - enkel vaststellingen mogen doen door middel van het maken van beeldmateriaal, op voorwaarde dat zij hiertoe beschikken over een machtiging uitgereikt door de onderzoeksrechter.

3.Vraagrecht en retentierecht

682. De mogelijkheid om vragen te stellen tijdens een fiscale visitatie lijkt op basis van dezelfde rechtspraak van het EHRM op een voorzienbare wijze besloten te liggen in artikel 319 W.I.B. 1992; hoewel dit niet uit de letterlijke lezing van deze bepalingen blijkt¹⁸¹⁶. Hetzelfde kan worden gesteld van de visitatie in het kader van artikel 476 W.I.B. 1992. Vragen stellen lijkt immers een voorzienbare onderzoekshandeling in het kader van de finaliteit van de visitatie om het kadastraal inkomen te ramen.

Hetzelfde kan worden gesteld van het retentierecht. Vermits het boekenonderzoek in artikel 319 W.I.B. 1992 duidelijk staat aangegeven als één van de mogelijke onderzoeksdaden, lijkt het daaraan gekoppelde recht om boeken en stukken die zijn vorgelegd ook te behouden, op een voorzienbare wijze besloten te liggen in artikel 319 W.I.B. 1992. Ook hier kan naar de zaak BERNH LARSEN worden verwezen waar het meenemen van de back-up van de server van een onderneming als voldoende voorzienbaar werd beschouwd, ook al schreef de wet de mogelijkheid om de informatie mee te nemen niet uitdrukkelijk voor. Het EHRM meende daarom dat de mogelijkheid om een kopie mee te nemen besloten lag in de wettelijke bepaling die de voorlegplicht van deze informatie oplegde¹⁸¹⁷. In artikel 476 W.I.B. 1991 staat het boekenonderzoek niet uitdrukkelijk vermeld in de wet. In het kader van de controle van het kadastraal inkomen, kan evenwel worden gevraagd om documenten voor te leggen, zoals hierboven werd toegelicht. Bijgevolg moet worden aangenomen dat de mogelijkheid om deze documenten voor te leggen tijdens de visitatie, op een voorzienbare wijze besloten ligt in het visitatierecht, net als de mogelijkheid om deze boeken en stukken ook mee te nemen.

¹⁸¹⁵ Deze machtiging van de onderzoeksrechter is niet vereist wanneer het beeldmateriaal bestemd is om de vaststelling te doen van inbreuken op de wetgeving betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk en er zich ingevolge deze inbreuk een arbeidsongeval heeft voorgedaan of zou kunnen voordoen (artikel 39 § 2 tweede lid Sociaal strafwetboek).

¹⁸¹⁶ Zie ook M. MAUS, De fiscale controle, Brugge, 2005, 192 en 208

¹⁸¹⁷ EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen (§127)

4. Actief zoekrecht

683. Een bijzonder vraagstuk dat de Belgische rechtspraak en rechtsleer al een tijdje beroert, is de vraag of de fiscale administratie tijdens de fiscale visitatie ook actief handelingen kan stellen en dus bijvoorbeeld *zelf* kasten kan open maken op zoek naar boeken en bescheiden of op zoek naar andere informatie die relevant is bij de controle van de fiscale toestand van de belastingplichtige, of bijvoorbeeld *zelf* verrichtingen kan doen op de computeruitrusting van de belastingplichtige. In de rechtsleer wordt dit vraagstuk doorgaans aangeduid als de vraag van het *actief zoekrecht*. Deze vraag reikt verder dan de vraag naar het registreren van de waarnemingen van de fiscale administratie, waarvan – op basis van de hiervoor vermelde rechtspraak – kan worden aangenomen dat de fiscale administratie gerechtigd is haar waarnemingen te registreren met allerhande middelen, ook al bestaat hiervoor geen uitdrukkelijke wettelijke basis. Wanneer de administratie actief “zoekt” of controleert, wordt er immers verder gegaan dan het louter registreren van waarnemingen.

684. In het kader van dit vraagstuk is het relevant om opnieuw het arrest BERNH LARSEN te bespreken. In deze zaak werden door de fiscale administratie – eigenhandig – verrichtingen uitgevoerd op de server van de belastingplichtige, die enkel de paswoorden ter beschikking stelde¹⁸¹⁸. In deze zaak was niet zozeer het eigenhandig uitvoeren van verrichtingen ter discussie, maar wel het feit dat de fiscale administratie een kopie wenste van de *volledige* server. Deze maatregel kaderde in een wet, met name sectie 4-10 (1) (b) van de Noorse Tax Assessment Act¹⁸¹⁹, die gelijkenissen toont met het Belgische boekenonderzoek dat tijdens de fiscale visitatie mogelijk is (artikel 319 lid 1 W.I.B. 1992), en die de Noorse belastingplichtige verplicht om de administratie toegang te geven tot onder meer zijn archieven. Dit artikel werd evenwel volgens de interne rechtspraak zo geïnterpreteerd dat dit aan de administratie een soort van actief zoekrecht verleende om zelf in de archieven van de belastingplichtige na te gaan over welke fiscaal relevante gegevens de belastingplichtige beschikt. In die zin is de voormelde BERNH LARSEN-zaak relevant voor de beoordeling van het Belgisch actief zoekrecht. Eens de Noorse administratie na de toegang tot de archieven op grond van sectie 4-10 (1) (b) van de Noorse Tax Assessment Act weet welke fiscaal relevante gegevens er zijn, dient zij gericht de voorlegging van deze fiscaal relevante gegevens te vragen op grond van sectie 4-10 (1) (a) van dezelfde Tax Assessment Act, dat grote gelijkenissen toont met het Belgisch boekenonderzoek (artikel 315 W.I.B. 1992). De Noorse rechtspraak beschouwde de onderzoeksbevoegdheid van sectie 4-10 (1) (b) van de Tax Assessment Act dus met andere woorden als een soort *voorbereiding* op de onderzoeksmaatregel waarbij de voorlegging van bepaalde documenten werd bevolen. Deze interpretatie van de wet door de interne rechtspraak was overigens volledig gebaseerd op de voorbereidende werken van de bedoelde wet. Aangezien de bedoelde wet dus beoogde de administratie een zicht te doen krijgen op wat fiscaal relevant was en wat

¹⁸¹⁸ EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen (§8)

¹⁸¹⁹ Section 4-10 (1) van de Noorse Tax Assessment Act liet de fiscale administratie toe om aan de belastingplichtige – supplementair aan zijn verplichting tot het verstrekken van informatie – te vragen: “(a) *To present, hand out or dispatch its books of account, vouchers, contracts, correspondence, governing board minutes, accountancy minutes and other documents of significance with respect to the tax assessment of the taxpayer and the audit thereof.* (b) *To grant access for on-site inspection, survey, review of the companies’ archives, estimation etc. of property, constructions, devices with accessories, counting of livestock, stock of goods and raw materials, etc.*”

niet, kon het volgens het EHRM niet de bedoeling zijn dat de fiscale administratie zich hiervoor diende te laten leiden door de suggesties van de belastingplichtige. Gelet op de voorbereidende werken van de wet alsook de invulling die eraan werd gegeven door de interne rechtspraak, oordeelde het EHRM bijgevolg dat de belastingplichtige zich er kon aan verwachten dat de fiscale administratie *de volledige server* zou wensen zodat zij zelf konden nagaan welke fiscaal relevante gegevens er aanwezig waren¹⁸²⁰. Het lijkt erop dat het EHRM in dezelfde zin ook had kunnen oordelen dat de belastingplichtige zich er aan had kunnen verwachten dat de fiscale administratie de archieven ter plekke zelf (eigenhandig) doorzocht, vermits dit immers ook uit de interpretatie lijkt te volgen zoals deze in Noorwegen aan de wet werd gegeven door de rechtspraak en zoals dit ook bleek uit de voorbereidende werken van de wet.

De Noorse wetgeving lijkt evenwel fundamenteel te verschillen van de Belgische, waardoor op basis van deze uitspraak niet kan worden gesteld dat het actief zoeken van de Belgische fiscale administratie op een voorzienbare wijze besloten ligt in artikel 319 W.I.B. 1992. In België is het visitatierecht immers niet geconcipieerd als voorbereiding op een boekenonderzoek en met andere woorden als controlemechanisme om (eigenhandig) te bepalen welke fiscaal relevante boeken er voorhanden zijn¹⁸²¹. Ook het boekenonderzoek tijdens de fiscale visitatie (toevoeging aan artikel 319 lid 1 W.I.B. 1992 door de wet van 7 juni 2010), is niet als dusdanig geconcipieerd.

685. Wel integendeel. Bij de invoering van het fiscaal visitatierecht door artikel 59 van de wet van 20 november 1962¹⁸²² blijkt duidelijk dat de wetgever *geen* actief zoekrecht zoals bij een strafrechtelijke huiszoeking heeft willen installeren¹⁸²³. In het wetsontwerp houdende hervorming van de inkomstenbelastingen van 16 januari 1962 werd in de artikelsgewijze toelichting weliswaar wel gesteld dat het *“wenselijk ware dat een wettelijke bepaling aan de personeelsleden der belastingen rechten zou toekennen gelijkaardig aan die welke de personeelsleden der douane en accijnzen al bezitten bij toepassing van de artikelen 200 en 201 van de algemene wet der douanen van 26 augustus 1822 en de personeelsleden van het bestuur der registratie en domeinen bij toepassing van artikel 206² van het wetboek der met zegel gelijkgestelde belastingen”*¹⁸²⁴. Deze toelichting zou verkeerdelijk de indruk kunnen geven dat de wetgever anno 1962 de bedoeling had een actief zoekrecht te geven aan de personeelsleden der belastingen, zoals dit op dat moment al bestond in de toenmalige wetgeving op de douane. De wetgever verwees evenwel ook naar artikel 206² van het wetboek der met zegel gelijkgestelde belastingen. Dit artikel kende in 1962 twee paragrafen, met name een eerste paragraaf waarin de vrije toegang van de controle-agenten wordt geregeld tot de bedrijfslokalen, te verstaan als het louter bezoeken van de bedrijfslokalen om een zicht te krijgen op de aard van de werkzaamheden, de voorraden en dergelijke meer,

¹⁸²⁰ EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING AS/Noorwegen (§130)

¹⁸²¹ Voor een analyse van de bedoelingen van de wetgever bij de invoering van het visitatierecht in inkomstenbelastingen en BTW: S. DE RAEDT, “Het fiscale visitatierecht: de geschiedenis herschreven”, *TFR* 2013, afl. 445, 571 alsook J. BONNE, W. VETTERS, “Visite, visite, een huis vol visite... Een analyse van het fiscaal visitatierecht inzake inkomstenbelastingen en BTW”, *TFR* 2014, afl. 453-454, 6-46

¹⁸²² BS 1 december 1962

¹⁸²³ Voor een overzicht van de bedoelingen van de wetgever: S. DE RAEDT, “Het fiscale visitatierecht: de geschiedenis herschreven”, *TFR* 2013, afl. 445, 571 e.v ; J. BONNE, W. VETTERS, “Visite, visite, een huis vol visite... Een analyse van het fiscaal visitatierecht inzake inkomstenbelastingen en BTW”, *TFR* 2014, afl. 453-454, 6-46 ; zie ook J. BOSSUYT, “Hoog bezoek: de fiscale visitatie doorgelicht”, *AFT* 2013, afl. 8-9, 11

¹⁸²⁴ *Parl. St. Kamer* 1961-1962, nr. 264/1, p. 112

en een tweede paragraaf waarin een echt zoekrecht staat ingeschreven in zowel beroepslokalen als woningen. In de memorie van toelichting bij de invoering van het visitatierecht in 1962 werd nog niet duidelijk gesteld of de wetgever in de inkomstenbelastingen een visitatierecht wilde invoeren à la § 1, dan wel à la § 2. Dit wordt wel duidelijk in de bespreking van het wetsontwerp in het parlement, waar een parlamentslid opmerkte dat met het voorgestelde artikel over de visitatie *“een waar recht tot huiszoeking wordt ingevoerd, wat in strijd is met artikel 10 van de Grondwet, dat de onschendbaarheid van de woning waarborgt”*¹⁸²⁵. In reactie hierop heeft de minister van Financiën verduidelijkt dat *“er geen sprake is van een huiszoeking, dat het enkel gaat om het bezoek van de bedrijfsinstallaties”* en dat *“de wetgeving betreffende de directe belastingen minder ver gaat dan de wet op de douanen en het wetboek van de met het zegel gelijkgestelde taksen”*¹⁸²⁶.

Ook de minister van Financiën heeft meerdere malen herhaald dat de fiscale administratie tijdens het fiscaal visitatierecht niet het recht heeft om, zoals bij een huiszoeking, manu militari bepaalde actieve handelingen te stellen. Dit gebeurde in antwoord op een parlementaire vraag van 23 november 1999¹⁸²⁷ en opnieuw op 4 december 2009¹⁸²⁸. In dit laatste antwoord bevestigde de minister van Financiën, onder verwijzing naar de parlementaire voorbereidingen van de wet waarbij het visitatierecht werd ingevoerd, dat het visitatierecht in de inkomstenbelastingen géén recht tot huiszoeking is en de administratie het toegangsrecht dus niet manu militari kan afdwingen. Dit wordt ook bevestigd in de administratieve commentaar¹⁸²⁹.

Ook bij de wijziging van de fiscale visitatie door de wet van 7 juni 2010¹⁸³⁰, waardoor het boekenonderzoek als bijkomende finaliteit werd toegevoegd aan artikel 319 W.I.B. 1992, was het geenszins de bedoeling een actief zoekrecht (naar deze boeken) te installeren. Uit de voorbereidende werken blijkt dat de wetswijziging enkel is gebeurd met het oog op het harmoniseren van de bevoegdheden inzake btw met de bevoegdheden inzake inkomstenbelasting¹⁸³¹. Ook op het ogenblik dat de btw-wetgeving een 20-tal jaar eerder werd gewijzigd in die zin dat de fiscale visitatie in de btw, naast het onderzoek van de uitgeoefende werkzaamheid, ook het boekenonderzoek tot finaliteit had, werd in de

¹⁸²⁵ *Parl. St. Kamer, 1961-1962, 264/42, 217.* Hiermee had het betrokken parlamentslid een argument opgepikt van de Raad van State die ook al de vraag had gesteld of de voorgestelde bepaling, in zo algemene bewoordingen gesteld dat ze ook toepassing vindt op lokalen waar personen die onder beroepsgeheim vallen hun beroep uitoefenen, niet in strijd is met artikel 10 van de Grondwet (toenmalige artikel inzake de onschendbaarheid van de woning), vooral omdat de tekst geen waarborgen of uitzonderingen stelt.

¹⁸²⁶ *Parl. St. Kamer, 1961-1962, 264/42, 217; zie ook later in Parl. St. Kamer, 1977-1978, 113/11, 23-24* aangehaald in M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 216, randnummer 288. Merk op dat bij de invoering van het visitatierecht in het BTW-wetboek in 1969 de wetgever nog duidelijker was over de vraag of de visitatie als een huiszoeking moest worden geacht of niet. De wetgever verwees in de voorbereidende werken immers duidelijk naar artikel 206² § 1 van het wetboek der met het zegel gelijkgestelde taksen (*Parl. St. Kamer, 1968-1969, nr. 88/1, 59 met verwijzing naar Parl. St. Kamer 1952-1953, nr. 408, 21*), zijnde de paragraaf waarin een gewoon bezoekrecht van de controle-agenten is voorgeschreven (zie hierover: S. DE RAEDT *“Het fiscale visitatierecht: de geschiedenis herschreven”*, *TFR* 2013, afl. 445, 571

¹⁸²⁷ *Vr. en Antw., Kamer, 2000-2001, nr. 71, blz. 8047-8056 (Parl. Vr. nr. 126 van 23 november 1999 van mevrouw Pieters*

¹⁸²⁸ *Parl. Vr. nr. 7 van 4 december 2009 van de heer VIJNCK, www.fisconet.fgov.be*

¹⁸²⁹ *Comm. IB 319/2*

¹⁸³⁰ *Wet van 19 mei 2010, B.S. 28 mei 2010 (ed. 2), err. B.S. 1 juli 2010.*

¹⁸³¹ *Parl. St. Kamer 2009 – 2010, 2521/001, 8.* De aanleiding van deze wijziging was wel het arrest van het Hof van Cassatie van 16 december 2003 waarin het Hof uitdrukkelijk had gesteld dat de bevoegdheid van de btw-administratie op grond van artikel 63 wbtw op vlak van het boekenonderzoek te onderscheiden was van artikel 319 WIB 1992

voorbereidende werken enkel gesteld dat deze aanpassing een verduidelijking voor ogen had¹⁸³² en niet dat het de bedoeling was een actief zoekrecht naar de boeken in de btw-wetgeving te installeren.

686. De voorbereidende werken inzake de fiscale visitatie geven dus duidelijk aan dat de wetgever niet de bedoeling had een actief zoekrecht in te voeren. Een tweede beoordelingscriterium voor het EHRM in de zaak BERNH LARSEN om te bepalen welke handelingen op een voorzienbare besloten liggen in het boekenonderzoek en het visitatierecht, is de rechtspraak. Wat de Belgische rechtspraak betreft, moet worden gesteld dat er sinds de invoering van het visitatierecht in 1962 geen enkele rechterlijke uitspraak is geweest waarin werd aangenomen dat de fiscale administratie een eigenhandig zoekrecht had¹⁸³³, dit tot er door een arrest van het Hof van Cassatie van 16 december 2003¹⁸³⁴ twijfel is gerezen bij de vraag of dit wel zo was. Het Hof van Cassatie heeft in dit arrest, dat betrekking had op het visitatierecht in de btw, gesteld dat de fiscale administratie, ter gelegenheid van de fiscale visitatie, *“mag nagaan welke boeken en bescheiden zich in de onderzochte lokalen bevinden, en deze boeken vervolgens mag onderzoeken, zonder dat zij voorafgaandelijk om de voorlegging moet vragen, zoals voorzien in artikel 61 wbtw”*. Hoever de fiscale administratie mag gaan in het kader van dit *“nagaan welke boeken en bescheiden zich in de bedoelde lokalen bevinden”* wordt door het Hof van Cassatie niet gepreciseerd.

Vermeldenswaardig is wel dat de wetgever precies deze fiscale rechtspraak van 16 december 2003 heeft aangegrepen als aanleiding om in 2006 een wijziging door te voeren in de wet van 16 november 1972 betreffende de arbeidsinspectie. Met de wet van 20 juli 2006 werd de bevoegdheid van de sociale inspectie om lokalen te visiteren op grond van het toenmalige artikel 4, §1, 1° van de wet van 16 november 1972¹⁸³⁵ verduidelijkt door – zoals dit op dat moment al het geval was met artikel 63 wbtw – uitdrukkelijk te bepalen dat de finaliteit van het inspectiebezoek er onder meer in bestond om de boeken en bescheiden te onderzoeken. Rekening houdend met precies het hiervoor vermelde arrest van het Hof van Cassatie van 16 december 2003 achtte de wetgever het raadzaam om in de wet van 1972 in te schrijven dat tijdens de visitatie men niet alleen de boeken kon onderzoeken, maar ook kon *opsporen*. De wetgever verduidelijkte ook wat onder *“opsporen”* diende te worden begrepen en stelde met name dat dit onder meer inhoudt dat de sociale inspectie aan de werkgever het voorleggen van de boeken vraagt¹⁸³⁶. Later, bij het invoeren van het sociaal strafwetboek wordt duidelijk dat dit *“opsporen”* impliceert dat de sociale inspectie toch eigenhandig een aantal handelingen kan stellen, vermits de wet een uitdrukkelijk onderscheid maakt tussen het *voorleggen* van informatiedragers¹⁸³⁷ met welbepaalde gegevens (artikel 28 § 1 en § 2 van het Sociaal strafwetboek) en het recht voor de sociale

¹⁸³² *“van deze gelegenheid wordt ook gebruik gemaakt om de wettelijkheid van de controles en onderzoeken, gedaan door de ambtenaren en beambten van de Administratie van de BTW, registratie en domeinen beter te omschrijven”* (Parl. St. Kamer 1989 – 1990, 806/1, 21)

¹⁸³³ Wel integendeel: het actief zoekrecht werd afgewezen in: Luik 3 december 2001, *Fisc. Act.* 2002, 10/2 zoals aangehaald in M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 182

¹⁸³⁴ Cass. 16 december 2003, *TFR* 2004, afl. 260, 447

¹⁸³⁵ Inmiddels is deze bepaling opgenomen onder gewijzigde vorm in het Sociaal strafwetboek

¹⁸³⁶ *Parl. St. Kamer*, 2005-2006, nr. 2518/1, 158

¹⁸³⁷ *“Informatiedrager”*s wordt gedefinieerd als *“gelijk welke informatiedragers onder welke vorm ook, zoals boeken, registers, documenten, numerieke of digitale informatiedragers, schijven, banden en met inbegrip van deze die toegankelijk zijn door een informaticasysteem of door elk ander elektronisch apparaat”* (zie artikel 16, 11° Sociaal strafwetboek)

inspectie om, onder meer zo de informatiedragers niet vrijwillig worden voorgelegd, deze *op te sporen en te onderzoeken* (artikel 28 § 3 van het Sociaal strafwetboek). Het feit dat het woord “opsporen” werd ingevoerd in de sociale wetgeving naar aanleiding van het cassatiearrest van 16 december 2003, lijkt er in ieder geval op te wijzen dat de wetgever meent dat het cassatiearrest zo moet worden begrepen dat de administratie tijdens een visitatie eigenhandig op zoek mag gaan naar de boeken en stukken. Dit opsporen van de informatiedragers zou inhouden dat de sociale inspecteur kasten mag opendoen, laden mag opentrekken en mappen kan inzien¹⁸³⁸, maar niet dat de sociale inspectie, zoals dit bij een huiszoeking wel kan, kan overgaan tot het gebruiken van geweld voor het openen van gesloten kasten, of kan overgaan tot fouilleren¹⁸³⁹.

Tegelijkertijd leert deze vergelijking met het sociaal inspectiebezoek ons dat de wetgever het nodig heeft geacht het eigenhandig opsporen van informatiedragers *te beperken* in zijn toepassingsgebied door dit pas mogelijk te maken onder welbepaalde omstandigheden¹⁸⁴⁰ (onder meer wanneer de werkgever weigert de gevraagde informatiedragers voor te leggen) (artikel 28 § 3, 1° Sociaal strafwetboek) én onder de welbepaalde voorwaarde dat “*de aard van de opsporing of het onderzoek dit vereist wanneer het gevaar bestaat dat deze informatiedragers of de gegevens die zij bevatten naar aanleiding van de controle verdwijnen of worden gewijzigd of wanneer de gezondheid of de veiligheid van de werknemers dit vereist*” (artikel 28 § 3, 2^{de} lid Sociaal strafwetboek). Bovendien geldt dit opsporingsrecht slechts ten aanzien van de door de wet voorgeschreven gegevens¹⁸⁴¹ en dus niet ten aanzien van andere informatie die eventueel ook relevant kan zijn voor het opsporen van inbreuken van de sociale wetgeving¹⁸⁴². Het opsporen van informatiedragers kan ook niet tijdens een visitatie in bewoonde lokalen (artikel 24 § 4 Sociaal strafwetboek). Tot slot moet er van deze eigenhandige opsporingsactie een schriftelijk verslag worden opgemaakt (artikel 53 § 1 Sociaal strafwetboek), waarbij de wet uitdrukkelijk aangeeft wat er allemaal in dit verslag moet staan (artikel 53 § 3 Sociaal strafwetboek¹⁸⁴³) en kan tegen deze opsporingsmaatregel

¹⁸³⁸ Zie F. BLOMME en T. MESSIAEN, *Handboek Sociaal Strafrecht. Het nieuwe sociaal strafwetboek*, Gent, Story, 2010, 187

¹⁸³⁹ Zie F. BLOMME en T. MESSIAEN, *Handboek Sociaal Strafrecht. Het nieuwe sociaal strafwetboek*, Gent, Story, 2010, 187

¹⁸⁴⁰ H. VANDERLINDEN, “De opsporing en vervolging van de sociaalrechtelijke inbreuken van het sociaal strafwetboek. Een nieuwe lente of oude wijn in nieuwe zakken.”, in J. PEETERS (ed.) *Het sociaal strafwetboek gewikt en gewogen*, Intersentia 2011, 34

¹⁸⁴¹ Waaronder de zogenaamde sociale gegevens, zijnde alle gegevens die nodig zijn voor de toepassing van de wetgeving betreffende het arbeidsrecht en de sociale zekerheid, zoals het personeelsregister, het aanwezigheidsregister, arbeidsovereenkomsten, arbeidsreglement, kostennota's van werknemers, ..., maar ook andere gegevens die op grond van de wet dienen te worden opgemaakt en bijgehouden, zoals de boekhouding de vergunningen, facturen, ... (zie Zie F. BLOMME en T. MESSIAEN, *Handboek Sociaal Strafrecht. Het nieuwe sociaal strafwetboek*, Gent, Story, 2010, 175-180)

¹⁸⁴² Ten aanzien van deze gegevens bestaat enkel een voorlegplicht (artikel 29 Sociaal strafwetboek). Voorbeelden zijn: briefwisseling tussen de werkgever en de vakbond, persoonlijke agenda's, notaboekjes, ... (F. BLOMME en T. MESSIAEN, *Handboek Sociaal Strafrecht. Het nieuwe sociaal strafwetboek*, Gent, Story, 2010, 197-198)

¹⁸⁴³ Het betreft met name: de datum en het uur waarop de maatregelen zijn genomen; de identiteit van de sociaal inspecteurs, de hoedanigheid waarin zij optreden en de administratie waartoe zij behoren; de genomen maatregelen; de weergave van de tekst van de artikelen 209 en 210 van het Sociaal strafwetboek (ivm de sancties voor het belemmeren van het toezicht); de rechtsmiddelen tegen de maatregelen, het bevoegde gerechtelijk arrondissement en de weergave van de tekst van artikel 2 van de wet van 2 juni 2010 houdende bepalingen van het sociaal strafrecht (in verband met de beroepsmogelijkheden tegen de maatregelen van de sociale inspecteurs); de overheidsinstelling die ingeval van beroep moet worden gedagvaard, de beschrijving van de plaats of de plaatsen waar deze opsporings- of onderzoeksmaatregelen hebben plaats gevonden; de wetgeving waarop toezicht wordt uitgeoefend en waarop zich een inbreuk heeft voorgedaan of mogelijk heeft voorgedaan die deze opsporings- of onderzoeksmaatregelen noodzakelijk maakt; de lijst van de informatiedragers die werden opgespoord en, in voorkomend geval, die ter plaatse werden onderzocht; de

een beroep worden ingesteld bij de voorzitter van de arbeidsrechtbank, die zetelt zoals in kort geding (artikel 2 § 1 van de wet van 2 juni 2010 houdende bepalingen van sociaal strafrecht), en die controle kan uitoefenen op de wettelijkheid van de maatregel (artikel 2 § 2 van de wet van 2 juni 2010 houdende bepalingen van sociaal strafrecht). Het beroep werkt schorsend (artikel 3 lid 2 van de wet van 2 juni 2010 houdende bepalingen van sociaal strafrecht). De wet schrijft uitdrukkelijk voor dat de opsporingen in strijd met de wet, nietig zijn (artikel 2 § 5 van de wet van 2 juni 2010 houdende bepalingen van sociaal strafrecht). Andere eigenhandige acties lijken ook tijdens een sociaal inspectiebezoek niet te kunnen worden gesteld. Bij de invoering van het sociaal strafwetboek werd immers ook de vereiste van een machtiging van de politierechter om tot huisvisitaties te kunnen overgaan, vervangen door een machtiging van een onderzoeksrechter. In dat kader werd uitdrukkelijk gesteld dat deze machtiging niet mag worden gelijkgesteld met een huiszoekingsbevel. De machtiging van de onderzoeksrechter verleent dus enkel de bevoegdheid een welbepaald lokaal te betreden en niet om handelingen te stellen die het voorwerp moeten zijn van een huiszoekingsbevel¹⁸⁴⁴.

Hoewel de wetgever in 2006 dan wel mag gemeend hebben dat uit het arrest van het Hof van Cassatie van 16 december 2003 kan worden afgeleid dat de fiscale administratie nu actief op zoek kan gaan naar de boeken en bescheiden waarvoor een voorlegplicht geldt, lijkt dezelfde wetgever anno 2009 van oordeel te zijn dat dit actief zoekrecht van de sociale inspectie slechts in zeer wel afgebakende omstandigheden kan en zich in ieder geval moet beperken tot het opsporen van de boeken en bescheiden die op grond van de wet moeten worden bijgehouden.

687. Uit de voormelde cassatierechtspraak van 16 december 2003 werd door sommige auteurs¹⁸⁴⁵ afgeleid dat de fiscale administratie kasten mag opentrekken op zoek naar deze boekhouding¹⁸⁴⁶. De meeste auteurs volgden dit standpunt niet¹⁸⁴⁷. Nadien zijn de gerechtelijke uitspraken niet langer eenduidig en zijn er zowel hoven en rechtbanken die aanvaarden dat de fiscale administratie over een actief zoekrecht beschikt tijdens de fiscale visitatie¹⁸⁴⁸, als hoven en rechtbanken die menen dat dit niet het geval is¹⁸⁴⁹. De

beschrijving van de feiten waaruit blijkt dat de bedoelde opsporingsmaatregelen of onderzoeksmaatregelen zijn gebeurd in de gevallen en onder de voorwaarden bedoeld bij artikel 28, § 3 van het Sociaal strafwetboek; de verantwoording van het feit dat het met de bedoelde opsporings- of onderzoeksmaatregelen beoogde resultaat niet kon worden bereikt met andere, minder ingrijpende maatregelen.

¹⁸⁴⁴ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 10 november 2009 tot invoering van een sociaal strafwetboek, *parl. St. Kamer*, 52-1666/08, 87

¹⁸⁴⁵ A. BOUWEN, "Omtrent de onderzoeksbevoegdheid van AOIF en BBI, in het algemeen, en hun bevoegdheid om kopieën te maken – zonder toelating – van gegevens van een computersysteem, in het bijzonder", *TFR* 2012, afl. 417, 214 – 221; L. CAPPELLE, *Fiscale procedure inkomstenbelastingen*, Mechelen, Kluwer, 2012, 63; M. MORIS, *Procédure fiscale approfondie en matière d'impôts directs*, Limal, Anthemis, 2014, 183

¹⁸⁴⁶ Merk op dat de uitspraak van het Hof van Cassatie betrekking heeft op het visitatierecht in het btw-wetboek waarin uitdrukkelijk staat opgenomen dat deze visitatie het boekenonderzoek als finaliteit heeft. Het boekenonderzoek als finaliteit van het visitatierecht werd pas met de wet van 7 juni 2010 ingevoerd in het wetboek inkomstenbelastingen, zodat de bepalingen inzake het visitatierecht sindsdien volledig analoog zijn.

¹⁸⁴⁷ K. HEYRMAN, "Het huiszoekingsrecht van de fiscale administratie inzake BTW en inkomstenbelastingen", *TFR* 2004, nr. 260, 448, noot bij Cass. 16 december 2003; M. VAN KEIRSBILCK, noot bij Rb. Brussel 17 januari 2012, *Fisc. Koer.* 2012/4, 259 – 265; S. DE RAEDT, "Repliek: De limieten van de controle van computerbestanden", *TFR* 2012, afl. 417, 222 – 230; J. BONNE, W. VETTERS, "Visite, visite, een huis vol visite... Een analyse van het fiscaal visitatierecht inzake inkomstenbelastingen en BTW", *TFR* 2014, afl. 453-454, 6-46

¹⁸⁴⁸ Rb. Brussel 17 januari 2012, *TFR* 2012, afl. 417, 238; *Fisc. Koer.* 2012/04, 259 – 265, noot M. VAN KEIRSBILCK; Rb. Brugge 26 oktober 2011, *TFR* 2012, afl. 422, 499; Rb. Antwerpen 4 december 2012, Rb. Antwerpen 20 december 2013, *Fisc. Koer.* 2014/399; Rb. Gent 9 december 2015, *Fiscale koerier* 2016/04, 497 - 503

gerechtelijke uitspraken die aanvaarden dat er sprake is van een actief zoekrecht worden doorgaans sterk bekritiseerd door de rechtsleer¹⁸⁵⁰.

688. Los van de standpunten die worden gegeven in de rechtsleer, die door het EHRM niet mee worden genomen in de beoordeling van de voorzienbaarheid van een wettelijke bepaling, lijkt de combinatie van de wet, de voorbereidende werken en de rechtspraak niet van aard te zijn duidelijkheid op te leveren voor de belastingplichtige. Ook in die zin verschilt de Belgische situatie van de Noorse, waardoor er geen reden is om aan te nemen dat het EHRM zal aannemen dat een actieve zoekactie van de fiscale administratie tijdens een fiscale visitatie op een voorzienbare wijze besloten ligt in artikel 319 W.I.B. 1992.

689. Volledigheidshalve kan ook worden opgemerkt dat de rechtbank van eerste aanleg te Gent, in een vonnis van 27 juni 2016¹⁸⁵¹, een prejudiciële vraag heeft gesteld aan het Grondwettelijk Hof teneinde te vernemen of artikel 319 W.I.B. 1992 in overeenstemming is met – o.m. – artikel 8 EVRM in de interpretatie dat deze bepaling de bevoegde fiscale ambtenaren een algemeen, onvoorwaardelijk en onbeperkt recht verlenen tot vrije toegang van de in dat artikel vermelde bedrijfslokalen, waarbij deze ambtenaren deze lokalen zonder voorafgaandelijke toestemming mogen doorzoeken en onderzoeken en andere daden stellen die aan een strafrechtelijke huiszoeking doen denken met het oog op het onderzoeken van de boeken en de stukken die zich daar bevinden, ongeacht of dit gebeurt met het oog op de controle van de toepassing van fiscale wetgeving of met het oog op het vaststellen van strafrechtelijk gesanctioneerde fiscale inbreuken. Deze vraag is op dit moment nog onbeantwoord.

§ 4 Noodzakelijkheidsvereiste en de onderzoeksbevoegdheden van de fiscale administratie

I. Vraagstelling

690. Een onderzoeksmaatregel die als een inmenging in het privéleven moet worden beschouwd en waarvoor een voorzienbare wettelijke basis bestaat, zal evenwel een schending opleveren van artikel 8 EVRM in de mate dat de maatregel niet voldoet aan de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 EVRM. De noodzakelijkheidsvereiste moet worden beoordeeld in het licht van de legitieme doelstelling die er in casu in bestaat tot de juiste heffing van de belasting te komen.

De maatregel moet relevant en pertinent zijn om dit doel te bereiken. Een onderzoeksmaatregel die als een inmenging in het privéleven moet worden beschouwd en die niet relevant of pertinent is om tot de juiste heffing van de belasting te komen, vormt

¹⁸⁴⁹ Antwerpen 13 maart 2001, TFR 2001, afl.; 201, 485, noot D. JAEQUES; Rb. Luik 3 december 2001, *FJF* 2002/168; Antwerpen 4 december 2012, *Fisc. Act.* 2013, afl. 10, 2; Rb. Leuven 6 februari 2015, *Fisc. Koer.* 2015/637

¹⁸⁵⁰ S. DE RAEDT, “Repliek: De limieten van de controle van computerbestanden”, *TFR* 2012, afl. 417, 222 – 230; J. BOSSUYT, “Hoog bezoek: de fiscale visitatie doorgelicht”, *AFT* 2013, afl. 8-9, p. 18; J. BONNE, W. VETTERS, “Visite, visite, een huis vol visite... Een analyse van het fiscaal visitatierecht inzake inkomstenbelastingen en BTW”, *TFR* 2014, afl. 453-454, 6-46; Contra: A. BOUWEN, “Omtrent de onderzoeksbevoegdheid van AOIF en BBI, in het algemeen, en hun bevoegdheid om kopieën te maken – zonder toelating – van gegevens van een computersysteem, in het bijzonder”, *TFR* 2012, afl. 417, 214 – 221; J. VAN DEN BRANDE *Fisc. Act.* 2011, nr. 43/15; S. GNEDASJ, “Enkele reflecties over de waarborgen bij het onderzoek van computergegevens”, *AFT* 2015/3, 11-23

¹⁸⁵¹ Rb. Gent 27 juni 2016, *TFR* 2016, N61

een schending van artikel 8 EVRM. Deze situatie zal zich wellicht niet vaak voordoen. Het EHRM aanvaardt trouwens betreffende onderzoeksmaatregelen in het algemeen en fiscale onderzoeksmaatregelen in het bijzonder, zeer snel dat de onderzoeksmaatregel relevant en afdoend is om het legitieme doel te bereiken. In inkomstenbelastingen oordeelde het EHRM in de BERNH LARSEN-zaak dat dat het meenemen van de back-up van de server door de fiscale administratie, een maatregel is die relevant en afdoend is met het oog op het bereiken van een efficiënte belastingcontrole in concreto¹⁸⁵².

Belangrijker lijkt het dat de maatregel ook *proportioneel* moet zijn met dit doel, wat inhoudt dat er een redelijke verhouding is tussen de aantasting van het grondrecht enerzijds en de legitieme doelstelling van de belastingheffing anderzijds. Bij de afweging van de belangen die in dat kader dient te gebeuren moet rekening worden gehouden met onder meer de ernst van de overtreding die men tracht op te sporen aan de hand van de onderzoeksmaatregel¹⁸⁵³, alsook met het privacyinvasief karakter van de onderzoeksmaatregel. Ook de status van de betrokkene (bijvoorbeeld een onderzoeksmaatregel bij een persoon die tot het beroepsgeheim gehouden is)¹⁸⁵⁴ als de gevoelige aard van de informatie die met de onderzoeksmaatregel wordt ingewonnen, bepalen het gewicht van het belang van de belastingplichtige¹⁸⁵⁵. Een belangrijke methode om na te gaan of de onderzoeksmaatregel wel proportioneel is aan het beoogde doel, is het subsidiariteitsonderzoek, wat in casu inhoudt dat verschillende alternatieve (onderzoeks)maatregelen met elkaar worden vergeleken en waarbij wordt nagegaan of tot deze alternatieve maatregelen geen minder privacyinvasieve maatregel behoort¹⁸⁵⁶. Het EHRM aanvaardt daarbij dat eerst een minder privacyinvasieve maatregel werd genomen en pas nadat deze niet of minder efficiënt was gebleken, er werd overgestapt naar privacyinvasievere maatregelen¹⁸⁵⁷. Het EHRM laat bij de controle van de noodzakelijkheidsvereiste een eigen appreciatiemarge aan de lidstaten. De omvang van de appreciatiebevoegdheid van de lidstaten hangt af van een aantal contextuele factoren. Zo zal een onderzoeksmaatregel die is gericht tot een natuurlijke persoon, de appreciatiebevoegdheid van de lidstaat enger maakt, dan wanneer de maatregel gericht is tot een rechtspersoon¹⁸⁵⁸. De appreciatiebevoegdheid van de lidstaat is ook ruimer als de maatregel het professionele leven raakt, dan wanneer de maatregel het private leven raakt. Wanneer de maatregel het recht op wonen raakt, wordt de appreciatiebevoegdheid van de

¹⁸⁵² EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING AS/Noorwegen (§ 161)

¹⁸⁵³ ECRM 7 december 1982, HARDY-SPIRLET/België: waarbij in de beoordeling van de vraag of het opvragen van private uitgaven voldeed aan de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 § 2 EVRM, werd rekening gehouden met de omvang van de belastbare basis (toen: 6 miljoen BEF); EHRM 16 december 1992, NIEMIETZ /Duitsland (§37): het misdrijf dat men trachtte op te sporen betrof het onder druk zetten van een rechter; EHRM 28 april 2005, BUCK/Duitsland (§45), waar het slechts over een verkeersovertreding ging; EHRM 2 september 2010, UZUN/Duitsland; EHRM 6 december 2012, MICHAUD/Frankrijk (§121-123)(de maatregel is erop gericht om witwassen te voorkomen)

¹⁸⁵⁴ Merk op dat de fiscale administratie zelf meent dat de toegang tot de bedrijfslokalen waar een persoon die gebonden is door het beroepsgeheim zijn activiteiten uitoefent, niet mogelijk is tijdens de uren dat de geheimhouder zijn beroep uitoefent in aanwezigheid van zijn cliënten (*Parl. St. Kamer*, 1961-62, 264/42, 217, Comm.IB 319/4). In dat geval zal de fiscale administratie inderdaad grote kans maken om informatie te vernemen die door het beroepsgeheim gedekt is (bijvoorbeeld, alleen al wie cliënt is), waarvan de vraag rijst of het vernemen van deze informatie wel proportioneel is aan het doel van de controle, in casu de controle van de vertrouwenspersoon, zie hierover meer hierna in de afdeling over het derden onderzoek

¹⁸⁵⁵ EHRM 25 februari 1997 Z./Finland (§95)

¹⁸⁵⁶ Zie bv. EHRM 28 januari 2003, PECK/VK; Zie ook EHRM 28 april 2005, BUCK/Duitsland (§49)

¹⁸⁵⁷ EHRM 2 september 2010, UZUN/Duitsland (§78)

¹⁸⁵⁸ EHRM 16 december 1992, NIEMIETZ /Duitsland (§31); EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen (§159)

lidstaat aan een strengere controle onderworpen, omdat het recht op wonen als een cruciaal recht wordt beschouwd¹⁸⁵⁹. Ook het feit dat in het kader van de onderzoeksmaatregel er wordt geraakt aan persoonsgegevens, maakt de appreciatiebevoegdheid van de lidstaten enger¹⁸⁶⁰.

691. Het EHRM zal bij de controle van de noodzakelijkheidsvereiste soms alternatief en soms supplementair controleren of er voldoende procedurele waarborgen tegen misbruik zijn. Deze controle van de procedurele waarborgen tegen misbruik gebeurt *ook* op niveau van de voorzienbaarheidsvereiste. Hierboven werden de procedurele waarborgen tegen misbruik in dat kader ook al uitvoerig besproken, ook wat betreft de waarborgen tegen disproportioneel gebruik van een maatregel.

692. Een algemene vaststelling betreffende de onderzoeksbevoegdheden in het kader van de vestiging van de inkomstenbelastingen is in ieder geval dat de wet niet in algemene zin vereist dat zowel bij de keuze van de onderzoeksmaatregel als bij de uitvoering van de onderzoeksmaatregel er rekening wordt gehouden met het noodzakelijkheidsbeginsel. Dit heeft concreet tot gevolg dat een schending van de noodzakelijkheidsvereiste zal moeten gebeuren door de maatregel in kwestie te toetsen aan artikel 8 EVRM, hetzij aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waartoe het evenredigheidsbeginsel behoort (zie hierover, de afdeling 3 van hoofdstuk 2 over de rechtsbescherming). Bij de invoering van het Sociaal strafwetboek werd ervoor geopteerd om in artikel 19 van het Sociaal strafwetboek in algemene zin voor alle onderzoeksbevoegdheden van de sociale inspecteurs te schrijven dat *“bij de uitoefening van de in dit hoofdstuk bedoelde bevoegdheden de sociaal inspecteurs er voor dienen te zorgen dat de middelen die zij aanwenden **passend en noodzakelijk** zijn voor het toezicht op de naleving van de bepalingen van dit Wetboek, van de wetten bedoeld in Boek 2 van dit Wetboek en van de andere wetten waarvoor zij belast zijn met het toezicht op de naleving ervan, alsmede voor het toezicht op de naleving van de bepalingen van de uitvoeringsbesluiten van dit Wetboek en van voormelde wetten”*¹⁸⁶¹.

II. Het boekenonderzoek en het vraagrecht

693. Wat betreft zowel het boekenonderzoek als het vraagrecht rijst de vraag naar de noodzakelijkheid zowel op het niveau van de keuze van de onderzoeksmaatregel zelf, als op het niveau van de wijze waarop de maatregel wordt uitgevoerd.

694. Wat de **keuze van de maatregel** zelf betreft, werd hiervoor al aangegeven dat het feit dat iedereen steeds kan worden onderworpen aan een boekenonderzoek of een vraag om inlichtingen eigen is aan het fiscaal heffingsmechanisme, zodat misbruik betreffende de beslissing om over te gaan tot een boekenonderzoek of een vraag om inlichtingen niet meteen aan de orde lijkt te kunnen zijn. Er lijkt dan ook niet te kunnen worden

¹⁸⁵⁹ EHRM 24 november 1986, GILLOW/VK (§55); EHRM 27 mei 2004, CONNERS/UK (§82)

¹⁸⁶⁰ EHRM 25 februari 1997, Z./Finland (§ 95-98); EHRM 4 december 2008, S. AND MARPER/VK (§103); EHRM 22 december 2015, G.S.B./Zwitserland (§90); EHRM 4 juni 2013, PERUZZO en MAERTENS/Duitsland (§42); HvJ 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, DIGITAL RIGHTS IRELAND, overweging 53

¹⁸⁶¹ Uit de memorie van toelichting bij de invoering van het sociaal strafwetboek blijkt dat men bij de redactie van artikel 19 van het Sociaal strafwetboek onder meer rekening heeft willen houden met artikel 4 § 1, 3° van de Wet Verwerking Persoonsgegevens (zie memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 10 november 2009 tot invoering van een sociaal strafwetboek, *Parl. St. Kamer*, 52-1666/08, 109)

voorgehouden dat een beslissing om een belastingplichtige te onderwerpen aan een boekenonderzoek of een vraag om inlichtingen disproportioneel is aan het beoogde doel, met name te komen tot de juiste heffing van de inkomstenbelastingen.

Een uitzondering moet wellicht wel worden gemaakt voor het retentierecht van boeken en bescheiden. Het meenemen van deze informatie moet in wezen als een privacyinvasievere maatregel worden beschouwd, dan het louter voorleggen van deze informatie. Hoewel er niet aan kan worden getwijfeld dat het retentierecht van boeken en bescheiden relevant is en toereikend om tot het juiste bedrag van de verschuldigde inkomstenbelastingen te komen, rijst wel de vraag of deze privacyinvasievere werkwijze (in vergelijking tot de voorleggingsplicht) wel strikt noodzakelijk is om het beoogde doel te bereiken en met andere woorden deze privacyinvasievere methode wel proportioneel is aan het beoogde doel. Dit zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld, rekening houdend met de criteria die hierboven onder punt I werden aangereikt, waaronder de gevoelige aard van de informatie die men wenst mee te nemen, het al dan niet aanwezig zijn van correspondentie onder de informatie die men wenst mee te nemen (bijvoorbeeld door een kopie te nemen van de volledige server), het feit dat de persoon die aan de maatregel wordt onderworpen gehouden is tot het beroepsgeheim, en de ernst van de overtreding die men met de inmenging tracht op te sporen. In de circulaire over het retentierecht van artikel 315 ter W.I.B. 1992 erkent de fiscale administratie ook dat zij bij de uitoefening van haar discretionaire bevoegdheid om boeken en bescheiden mee te nemen rekening moet houden met de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het evenredigheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel¹⁸⁶². In het kader van de proportionaliteitscontrole bij dit retentierecht spelen ook de waarborgen tegen misbruik een rol. Deze zijn hierboven al besproken in het kader van het onderzoek naar de voorzienbaarheid (verplichting tot opstellen van proces-verbaal).

Een tweede kleine kanttekening inzake het proportioneel gebruik van deze maatregelen, betreft de keuze om vragen mondeling te stellen in plaats van schriftelijk. Mede gelet op de mogelijkheid voor de fiscale administratie om proces-verbaal op te maken waarin het mondelinge antwoord wordt weergegeven en het feit dat dit proces-verbaal geldt als bewijs tot het tegendeel, kan het stellen van mondeling vragen van enigerlei belang privacyinvasiever zijn dan het stellen van schriftelijke vragen. Gelet op het feit dat er bij mondelinge vragen geen antwoordtermijn wordt geboden, bestaat er immers een groter risico op ondoordacht prijsgeven van informatie die wordt beschermd door artikel 8 EVRM.

695. Bij de **wijze waarop** het boekenonderzoek wordt uitgevoerd alsook de vraag om inlichtingen wordt gesteld, is er een groter risico op disproportionaliteit, zeker wat betreft de keuze van de boeken en bescheiden waarvan de voorlegging wordt gevraagd alsook wat betreft de keuze van de inlichtingen waarnaar wordt gevraagd.

¹⁸⁶² Circulaire AAFisc Nr. 26/2014 (nr. Ci.RH.831/633.817/E.T. 126.407) d.d. 27.06.2014. In de circulaire wordt daarnaast nog gesteld: *“Het retentierecht dient zorgvuldig toegepast te worden waarbij het niet de bedoeling is dat de taxatieambtenaar er een gewoonte van maakt om de boeken en stukken mee te nemen. Het uitgangspunt blijft dat de belastingplichtige de documenten “zonder verplaatsing” dient voor te leggen en dat deze bij hem kunnen worden ingekeken. Slechts in weloverwogen omstandigheden zal de taxatieambtenaar deze documenten meenemen (...)”*

Bij de voorlegging van boeken en bescheiden werd de hierboven beschreven eerste categorie van boeken en bescheiden bijzonder ruim omschreven als “de boeken en bescheiden die noodzakelijk zijn voor het bepalen van de belastbare inkomsten”. De vereiste van de noodzakelijkheid ligt hier besloten in de wet zelf. Uit de wijze waarop de rechtspraak deze noodzakelijkheidsvereiste invult blijkt evenwel dat dit niet of minstens niet steeds op dezelfde wijze gebeurt als de invulling van de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 EVRM. Zo bijvoorbeeld wordt in de rechtspraak doorgaans niet nagegaan of de fiscale controle niet even doeltreffend kon gebeuren door het opvragen van documenten met een minder privacyinvasief karakter. Er wordt aanvaard dat boeken en bescheiden noodzakelijk zijn voor het bepalen van de belastbare inkomsten, van zodra ze op *enige wijze relevant of nuttig zijn* voor het bepalen van de belastbare inkomsten¹⁸⁶³. Hierboven werd al het voorbeeld gegeven van de voorlegplicht van een spaarrekening waarnaartoe regelmatig stortingen gebeuren vanop de professionele rekening¹⁸⁶⁴. Het Hof van Beroep te Brussel oordeelde dat het niet voorleggen van deze spaarrekening kon worden gesanctioneerd met een aanslag van ambtswege, vanuit de redenering dat de controle van deze spaarrekening “nuttig” is. Anderzijds is er ook rechtspraak waarin wordt aanvaard dat stukken niet moesten worden voorgelegd omdat ze weliswaar nuttig konden zijn, maar niet strikt noodzakelijk waren voor het bepalen van het bedrag van de belastbare inkomsten¹⁸⁶⁵. In ieder geval wordt in de rechtspraak geen uitvoerige toelichting gegeven bij dit onderzoek naar de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 315 W.I.B. 1992. De rechtspraak is dus onduidelijk en uiteenlopend wat betreft de wijze waarop de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 315 W.I.B. 1992 moet worden ingevuld. Van zodra de opgevraagde boeken en stukken worden beschermd onder artikel 8 EVRM (wat heel vaak het geval zal zijn zoals hierboven werd aangetoond, in de mate dat zij worden opgevraagd ten aanzien van natuurlijke personen of daarmee gelijkgestelde rechtspersonen), vormt de opvraging onder dwang een inmenging in het privéleven. De noodzakelijkheidsvereiste van artikel 315 W.I.B. 1992 wordt dan ernstig versterkt door de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 EVRM. De noodzakelijkheidscontrole zal in dat geval moeten gebeuren conform de rechtspraak van het EHRM, wat zowel een onderzoek naar de relevantie en pertinentie van de opgevraagde stukken vereist, als een onderzoek naar de proportionaliteit van de opgevraagde stukken met de concrete finaliteit van het onderzoek. Wat dat eerste punt betreft (relevantie en pertinentie) zal bijvoorbeeld het opvragen van stukken die de administratie al gekend zijn, strijdig zijn met de noodzakelijkheidsvereiste¹⁸⁶⁶. Wat de proportionaliteitsvereiste betreft, zal het subsidiariteitsonderzoek van belang zijn: kan dezelfde informatie over het belastbare inkomen ook worden opgevraagd door een document dat minder privacyinvasief is?

Gelijkaardige vaststellingen gelden voor de keuze van de inlichtingen waarnaar wordt gevraagd. In wezen kan elke inlichting worden gevraagd met het oog op het onderzoek van de fiscale toestand. Het volstaat dat de inlichtingen dus op enigerlei wijze relevant zijn voor dit onderzoek¹⁸⁶⁷. De wet vereist niet dat de inlichtingen noodzakelijk moeten zijn voor dit

¹⁸⁶³ Zie ook I. DE TROYER en L. VANDENBERGHE, *Handboek fiscale procedure*, Antwerpen, Intersentia 2014, 35

¹⁸⁶⁴ Brussel 30 juni 2011, *FJF* 2013, afl. 3, 315

¹⁸⁶⁵ Zie bv. rb. Brussel 27 mei 2004, *FJF* 2005/79 (inzake het niet voorleggen van de tachograafschrift)

¹⁸⁶⁶ D. BRACKE, “Het onderzoek bij de belastingplichtige inzake inkomstenbelastingen”, in S. VAN CROMBRUGGE (ed.), *Gentse Geschriften. De fiscale controle*, Kalmthout, Biblo, 1993, 18

¹⁸⁶⁷ M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 188; D. BRACKE, “Het onderzoek bij de belastingplichtige inzake inkomstenbelastingen”, in S. VAN CROMBRUGGE (ed.), *Gentse Geschriften. De fiscale controle*, Kalmthout, Biblo, 1993, 26

onderzoek. De gevraagde inlichtingen kunnen in die context bijzonder ruim zijn zoals aangetoond hierboven. Van zodra evenwel de inlichtingen worden beschermd onder artikel 8 EVRM, vormt de opvraging onder dwang een inmenging in het privéleven en moeten de inlichtingen voldoen aan de *noodzakelijkheidsvereiste* van artikel 8 EVRM, waardoor het toepassingsgebied wordt ingeperkt. Het volstaat dan niet dat de stukken relevant zijn voor de heffing van de belasting; ze moeten ook proportioneel zijn aan dit doel¹⁸⁶⁸.

III. Het visitatierecht

696. Ook betreffende het visitatierecht moet een onderscheid worden gemaakt tussen de noodzakelijkheid van de beslissing om een beroep te doen op het visitatierecht als onderzoeksmaatregel enerzijds en de noodzakelijkheid van de wijze van uitvoering van dit visitatierecht.

697. Wat de *keuze van de maatregel* zelf betreft is het duidelijk dat de fiscale visitatie in het algemeen en de fiscale huisvisitatie in het bijzonder veel privacyinvasiever zijn dan een boekenonderzoek of een vraag om inlichtingen. Hiervoor werd in het kader van de voorzienbaarheidsvereiste al aangegeven dat de omstandigheden waarin de fiscale administratie kan opteren voor een dergelijke visitatie in het geheel niet worden afgebakend, zodat een risico op disproportioneel gebruik van deze maatregel bestaat is. Vermits een fiscale visitatie nagenoeg steeds als een inmenging in het recht op woning kan worden beschouwd, zal de fiscale administratie bij de keuze om over te gaan tot een fiscale visitatie moeten rekening houden met de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 EVRM, wat haar discretionaire bevoegdheid beperkt. Er zal een noodzakelijkheidscontrole moeten worden uitgevoerd rekening houdend met de onder punt I aangereikte criteria.

698. Ook bij de *wijze waarop* het visitatierecht wordt uitgevoerd, kan er sprake zijn van disproportionaliteit. Ook wat dit betreft werd hierboven gesteld dat de wet ook naar uitvoeringmodaliteiten toe de bevoegdheid van de administratie slechts zeer beperkt afbakt, zodat er van de wet geen waarborg tegen disproportionaliteit uitgaat. Ook hier zal de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 EVRM de wijze waarop de visitatie wordt uitgevoerd (duurtijd, keuze van de handelingen die tijdens de visitatie worden gesteld, aankondiging van de visitatie of niet, ...) mede bepalen en de discretionaire bevoegdheid van de fiscale administratie terzake afbakenen.

§ 5 Het verwerken van persoonsgegevens bij het uitoefenen van de onderzoeksbevoegdheden

699. Hierboven is gebleken dat de uitoefening van onderzoeksbevoegdheden ten aanzien van *natuurlijke personen* nagenoeg steeds een inmenging vormt in het privéleven van deze natuurlijke persoon. Voor het boekenonderzoek en het vraagrecht lijkt er – in grote mate – een voorzienbare wettelijke basis voorhanden, zodat bij deze onderzoeksbevoegdheden vooral de vraag rijst naar het proportioneel uitoefenen van deze bevoegdheden. In de mate dat dit het geval is, is er geen schending van het recht op privéleven.

¹⁸⁶⁸ Zie voor een voorbeeld: ECRM 7 december 1982, HARDY-SPIRLET/België

Dit betekent evenwel niet dat de fiscale administratie bij deze vorm van informatieverwerking geen rekening zou moeten houden met het persoonsgegevensbeschermingsrecht. De informatie die wordt opgevraagd in het kader van de uitoefening van het vraagrecht en het boekenonderzoek bij een natuurlijke persoon zullen, net als dit het geval is voor de aangiftes voor natuurlijke personen, *steeds* kunnen worden gekoppeld aan een geïdentificeerd natuurlijke persoon, met name de belastingplichtige die het voorwerp uitmaakte van de onderzoeksdaad. Alle informatie die wordt opgevraagd in het kader van deze onderzoeksdaaden zijn dus persoonsgegevens. In dat kader rijst de vraag of deze persoonsgegevens mogen worden verwerkt (toelaatbaarheid van de verwerking) en of de verwerking voldoende kwalitatief is (finaliteit, proportionaliteit en transparantie).

De uitoefening van het fiscaal visitatierecht ten aanzien van een natuurlijke persoon geeft op zich nog geen aanleiding tot het *verwerken* van persoonsgegevens. Het is slechts de onderzoeksmaatregel die toelaat toegang te krijgen tot een woning, in de zin van artikel 8 EVRM. Tijdens deze fiscale visitatie wordt daarentegen wel informatie ingewonnen die als een persoonsgegeven moet worden beschouwd. Dit is het geval door het stellen van vragen en het uitoefenen van een boekenonderzoek, maar ook door (veelal de visu) vaststellingen te doen. Ook bij het registreren van deze vaststellingen, op welke wijze ook, is er sprake van het verwerken van persoonsgegevens.

700. Bij de uitoefening van de onderzoeksbevoegdheden ten aanzien van **rechtspersonen** is er, behoudens wanneer er sprake is van een fiscale visitatie, zelden sprake van een inmenging in de rechten van artikel 8 EVRM. Dit betekent evenwel niet dat bij het uitoefenen van de onderzoeksbevoegdheden ten aanzien van rechtspersonen er geen sprake kan zijn van de verwerking van persoonsgegevens. Er is sprake van de verwerking van persoonsgegevens wanneer de onderzoeksmaatregel erop gericht is informatie in te winnen van een rechtspersoon die met een natuurlijke persoon kan worden gelijkgesteld. Daarnaast zal er bij de inwinning van informatie lastens rechtspersonen, zelfs wanneer deze informatie-inwinning erop gericht is de fiscale toestand van de rechtspersoon te bepalen die het voorwerp uitmaakt van het onderzoek, vaak ook tegelijkertijd informatie worden verwerkt die betrekking heeft op geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke personen. De aard van deze informatie (met betrekking tot het private leven in de enge zin van het woord of niet) en de context waarin het wordt verzameld, spelen geen enkele rol. Bij de mededeling van informatie in het kader van het boekenonderzoek of het vraagrecht bij een rechtspersoon zal er wellicht regelmatig ook informatie (tegelijkertijd) worden meegegeeld die betrekking heeft op geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke personen zoals bestuurders, zaakvoerders, schuldenaars of schuldeisers, leveranciers of klanten of werknemers. Het kan daarbij gaan over zowel zeer "onschuldige" informatie zoals naam en contactgegevens. Het kan daarnaast ook gaan over informatie van natuurlijke personen die nog niet geïdentificeerd zijn (zoals lonen van werknemers). Zoals eerder aangehaald is identificatie door de fiscale administratie van dit soort informatie vaak zeer eenvoudig. De aanwending van de onderzoeksbevoegdheden zoals het vraagrecht of het boekenonderzoek ten aanzien van rechtspersonen zal daarom zelden een inmenging vormen in het privéleven van de rechtspersoon, maar vaak als een verwerking van persoonsgegevens (van derden-natuurlijke personen) kunnen worden aanzien. Ook hier geldt de vaststelling dat de

inzameling van de informatie die als persoonsgegeven moet worden gezien en deze die niet als dusdanig kwalificeert, volledig met elkaar is vermengd, zodat de aanbeveling in het advies 4/2007 van de Article 29 Working Party in herinnering dient te worden gebracht, om de regels betreffende persoonsgegevensbeschermingsrecht ook toe te passen op gegevens van rechtspersonen in de mate dat deze gegevens worden verwerkt op een wijze die niet toelaat deze gegevens te onderscheiden van de gegevens die wel als persoonsgegevens kunnen worden beschouwd¹⁸⁶⁹.

§ 6 De toelaatbaarheid van de gegevensverwerking bij de uitoefening van de onderzoeksbevoegdheden.

701. Bij de uitoefening van de onderzoeksbevoegdheden ten aanzien van zowel natuurlijke personen als rechtspersonen worden dus doorgaans ook persoonsgegevens verwerkt. Deze verwerkingen van persoonsgegevens door de fiscale administratie via de uitoefening van de onderzoeksbevoegdheden zullen doorgaans toelaatbaar zijn op grond van de toelaatbaarheidsgrond van de *wettelijke opdracht* (artikel 7 c van de Richtlijn 95/46, artikel 5 c van de Wet Verwerking Persoonsgegevens, artikel 6.1 c van de Verordening 2016/679). In het kader van de uitoefening van de onderzoeksbevoegdheden van de fiscale administratie teneinde te komen tot de juiste heffing van de belasting, is het immers noodzakelijk bepaalde persoonsgegevens te verwerken. In de mate dat persoonsgegevens worden opgevraagd die niet noodzakelijk zijn om de wettelijke opdracht van de fiscale administratie na te komen, is de inzameling ook niet toelaatbaar.

702. Het feit dat het verwerken van persoonsgegevens in het kader van de uitoefening van de onderzoeksbevoegdheden bij de belastingplichtige zelf in wezen toelaatbaar is, verhindert niet dat de verwerking van bepaalde categorieën gegevens verboden kan zijn. Hierboven is duidelijk geworden dat de omschrijving van de persoonsgegevens die kunnen worden opgevraagd zeer ruim is. Het is niet ondenkbaar dat in dat kader persoonsgegevens worden opgevraagd die weliswaar een relevantie vertonen met de fiscale situatie van de belastingplichtige, maar die tegelijkertijd behoren tot een categorie van gegevens waarvan de verwerking verboden is of minstens aan strikte vereisten is onderworpen.

Zo zal de fiscale administratie in het kader van de uitoefening van haar onderzoeksbevoegdheden geen zogenaamde gevoelige en medische gegevens mogen verwerken zoals hierboven omschreven. In het kader van een fiscale controle zal er in dat kader bijzondere waakzaamheid aan de dag moeten worden gelegd voor de medische gegevens, rekening houdend met de ruimere omschrijving die aan het begrip werd gegeven in de Verordening 2016/679 (artikel 4, 15° van de Verordening 2016/679 en overweging 35 van de Verordening 2016/679). Zoals hierboven al aangehaald ter gelegenheid van de bespreking van de verwerking van persoonsgegevens via de aangifte, is de handicap van de belastingplichtige en zijn huisgenoten van belang voor de berekening van de

¹⁸⁶⁹ Opinion 4/2007 van de Article 29 Working Party; zie ook redenering in HvJ 13 mei 2014, C-131/12, GOOGLE SPAIN, randnummer 28; zie ook Wetsontwerp van 6 juli 2012 houdende bepalingen betreffende de verwerking van persoonsgegevens door de FOD Financiën in het kader van zijn opdrachten, inbegrepen het advies van de Raad van State, doc 53/2343/001 waarin de wetgever erkent dat de verwerkingen die de FOD Financiën doet in het kader van zijn opdracht, grotendeels verwerkingen betreft van persoonsgegevens in de zin van de Wet Verwerking persoonsgegevens

inkomstenbelastingen. De verwerking van dit gegeven dat op grond van de Verordening 2016/679 schijnbaar als een medisch gegeven moet worden beschouwd, is principieel verboden (artikel 9.1 van de Verordening 2016/679), al laat de Verordening 2016/679 in artikel 9.2.g wel toe dat de gegevens toch worden verwerkt zoals hierboven nader toegelicht. Nadat de Verordening 2016/679 van toepassing is geworden, verdient het dus aanbeveling dat een wettelijke bepaling formeel de verwerking van medische gegevens in het kader van de uitoefening van de onderzoeksbevoegdheden regelt. In deze wet wordt bij voorkeur duidelijk bepaald *welke* medische gegevens er mogen worden opgevraagd. Daarbij zal de wetgever ook passende en specifieke maatregelen moeten treffen ter bescherming van de grondrechten van de betrokkenen, zoals hierboven toegelicht.

Ook de verwerking van gerechtelijke gegevens in het kader van de uitoefening van de onderzoeksbevoegdheden is niet ondenkbaar. Dit vormt als dusdanig geen probleem vermits de verwerking gebeurt onder toezicht van een openbare overheid, en in de mate dat de verwerking van deze gerechtelijke gegevens noodzakelijk is voor de uitoefening van de taak van de fiscale administratie (artikel 8 § 2 a van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). Doordat de federale fiscale administratie onder de geheimhoudingsplicht valt van artikel 337 W.I.B. 1992 is bovendien voldaan aan de geheimhoudingsvoorwaarde van artikel 8 § 3 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens. Op grond van artikel 25 van het Uitvoeringsbesluit moet de fiscale administratie wel een lijst maken van de categorieën van personen die deze gerechtelijke gegevens kunnen raadplegen. Hierboven werd al vastgesteld dat de Verordening 2016/679 de gerechtelijke gegevens weliswaar vergelijkbaar omschrijft als de Richtlijn 95/46, maar niet langer toelaat dat de lidstaten het toepassingsgebied van de gerechtelijke gegevens uitbreiden tot gegevens betreffende administratieve sancties of burgerrechtelijke beslissingen. Op het ogenblik dat de Verordening 2016/679 van toepassing wordt kunnen gegevens betreffende administratieve sancties en burgerrechtelijke beslissingen dus zoals andere persoonsgegevens worden verwerkt ter gelegenheid van het fiscaal onderzoek.

§ 7 Kwaliteitsvolle verwerking van persoonsgegevens naar aanleiding van de uitoefening van de onderzoeksbevoegdheden

I. Finaliteitsvereiste

703. De persoonsgegevens die via de uitoefening van de onderzoeksbevoegdheden worden verkregen moeten een welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde finaliteit dienen (artikel 6.1.b van de Richtlijn 95/46 in fine, artikel 4 § 1, 2° van de Wet Verwerking Persoonsgegevens en artikel 5.1.b van de Verordening 2016/679). De finaliteit moet voldoende *concreet* worden bepaald; de “heffing van de belasting” volstaat niet¹⁸⁷⁰. Zoals hierboven al opgemerkt is de finaliteitsomschrijving in de wet van 3 augustus 2012

¹⁸⁷⁰ Het feit dat voldaan is aan één of meer toelaatbaarheidsgronden van artikel 7 van de Richtlijn 95/46 (of artikel 6 van de Verordening 2016/679) betekent dus niet dat meteen ook voldaan is aan de finaliteitsvereiste van artikel 6.1.b van de Richtlijn 95/46 (artikel 5.1.b van de Verordening 2016/679): zie Opinion 3/2013 of article 29 Working Party on purpose limitation, 12 en 20-21: “*This notion goes beyond the requirement to have a legal ground for the processing under Article 7 of the Directive and also extends to other areas of law. Purpose specification under Article 6 and the requirement to have a legal ground under Article 7 are thus two separate and cumulative requirements*”; Zie ook D. DE BOT, *Privacybescherming bij e-government in België*, Brugge, Vandenbroele, 2005, 36; zie ook de aanbeveling van de Europese Toezichthouder voor Gegevensbescherming (EDPS) betreffende de opties van de EU inzake gegevensbescherming van 27 juli 2015 (2015/C 301/01)

ontoereikend. Ook ter gelegenheid van het starten van een boekenonderzoek of het stellen van een vraag om inlichtingen is er doorgaans geen kennisgeving van de concrete finaliteit van de onderzoeksdaad. De concrete finaliteit van de onderzoeksbevoegdheden blijkt evenwel voldoende uit de wet en met name uit de combinatie van de opbouw van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen en de wetsartikelen zelf. Met name is de finaliteit van alle onderzoeksbevoegdheden vooreerst de vestiging en controle van de inkomstenbelastingen (zie titel VII aangaande de “vestiging en de invordering van de belasting”). Daarnaast verfijnt elk van de betrokken wetsbepalingen betreffende de onderzoeksbevoegdheden de finaliteit van elke onderzoeksbevoegdheid. De aanduiding van deze finaliteit werd hierboven al besproken in het kader van de voorzienbaarheid van de wettelijke bepalingen. De finaliteit van het boekenonderzoek is met name het nazien van deze boeken en stukken voor het bepalen van het bedrag van de belastbare inkomsten van de belastingplichtige die aan het boekenonderzoek is onderworpen. Het meeneemrecht heeft zoals hierboven gesteld een iets ruimere finaliteit, vermits ook boeken en stukken mogen worden meegenomen met het oog op het bepalen van het bedrag van de belastbare inkomsten van derden. De finaliteit van het vraagrecht wordt in artikel 316 W.I.B. 1992 op dezelfde wijze verfijnd. Met name is het opvragen van de inlichtingen enkel gericht op het onderzoek van de fiscale toestand van de ondervraagde belastingplichtige. Het visitatierecht tenslotte is op zich geen onderzoeksbevoegdheid die als een vorm van gegevensverwerking kan worden beschouwd. Dit is wel het geval voor bepaalde handelingen die tijdens de visitatie kunnen worden gesteld. Het gaat hier dan met name en behoudens het hier al besproken boekenonderzoek en vraagrecht, over de waarnemingen van de controleambtenaar. Ook hier weer maakt artikel 319 W.I.B. 1992 duidelijk dat deze vaststellingen niet alleen moeten kaderen in de vestiging en invordering van de (inkomstenbelastingen)(titel VII), maar tevens erop gericht moeten zijn *“aan de ambtenaren de mogelijkheid te verschaffen de aard en de belangrijkheid van de bedoelde werkzaamheden vast te stellen en het bestaan, de aard en de hoeveelheid na te zien van de voorraden en voorwerpen van alle aard welke die personen er bezitten of uit enigen hoofde onder zich hebben, met inbegrip van de installaties en het rollend materieel”*, en dit in het kader van de controle van de fiscale toestand van de belastingplichtige zelf.

704. De finaliteit van de onderzoeksbevoegdheden bedoeld in de artikelen 475 en 476 W.I.B. 1992 is daarentegen wel voldoende bepaald. Uit de opbouw van de wet blijkt dat deze onderzoeksbevoegdheden enkel de vaststelling van het kadastraal inkomen als finaliteit hebben. De finaliteit van het boekenonderzoek bedoeld in artikel 475, 1° W.I.B. 1992 wordt daarbij bijkomend beperkt in die zin dat dit boekenonderzoek enkel erop gericht is de juistheid van de gevraagde inlichtingen na te gaan.

II. Proportionaliteit en minimale gegevensverwerking

705. Het is mogelijk dat een gegevensverwerking toelaatbaar is omdat ze noodzakelijk is voor de wettelijke opdracht van de fiscale administratie, of meer algemeen voor het algemeen (fiscaal) belang van de staat, maar niet proportioneel met de *concrete finaliteit* van de verwerking van persoonsgegevens via de onderzoeksbevoegdheden, zijnde – in globo – de vestiging en invordering van de inkomstenbelastingen in hoofde van de belastingplichtige zelf. Wanneer bijvoorbeeld persoonsgegevens worden ingezameld die weliswaar noodzakelijk zijn voor het algemeen fiscaal belang van de staat (omdat zij voor de heffing

van één of andere belasting wel kunnen dienen), maar deze persoonsgegevens niet proportioneel zijn aan de concrete finaliteit van de gegevensinzameling (in casu de heffing van de inkomstenbelastingen in hoofde van de belastingplichtige die het voorwerp uitmaakt van de onderzoeksmaatregel), dan is de verwerking van de persoonsgegevens niet proportioneel en dus onrechtmatig in de zin van het persoonsgegevensbeschermingsrecht.

706. Het aanwenden van onderzoeksbevoegdheden voor een andere finaliteit dan de concrete finaliteit die door de wetgever aan deze onderzoeksbevoegdheid is verleend (in de rechtsleer wordt dit het doelgebondenheidsbeginsel genoemd¹⁸⁷¹, wat rechtstreeks voortkomt uit het administratief recht¹⁸⁷²), wordt in de rechtspraak doorgaans impliciet of expliciet beoordeeld door middel van de rechtsfiguur van de machtsafwijking. Zo bijvoorbeeld oordeelde het Hof van Beroep te Gent in een arrest van 19 april 2011¹⁸⁷³ dat er sprake was van machtsafwijking doordat een BBI-ambtenaar de onderzoeksbevoegdheden die hem waren toegekend op grond van artikel 61 van het wbtw aanwendde in het kader van de bijstand van de sociale inspectie, die op dat moment niet over de technische expertise beschikte om de geïformatiseerde gegevens van de belastingplichtige te bekomen. Een ander voorbeeld betreft de al geciteerde zaak Optima. In een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Gent van 11 juni 2013¹⁸⁷⁴, diende de rechtbank te oordelen over een fiscale visitatie bij bank Optima op grond van artikel 319 W.I.B. 1992 die er op gericht was de klanten (derden dus) van Optima tot regularisatie van ontdoken inkomsten te brengen¹⁸⁷⁵. Aangenomen dat bij deze visitaties persoonsgegevens werden ingezameld, kan worden gesteld dat de inzameling van deze persoonsgegevens mogelijks noodzakelijk was om de wettelijke opdracht van de fiscale administratie na te leven, met name de vestiging van de belastingen, zodat de inzameling van persoonsgegevens op zich toelaatbaar was. De inzameling was evenwel niet proportioneel rekening houdend met de concrete finaliteit van de inzameling van persoonsgegevens via de vaststellingen tijdens een fiscale visitatie, met name het vestigen van het juiste bedrag van de inkomstenbelastingen van de persoon die het voorwerp uitmaakt van de controle, in deze Optima-bank.

III. Transparantie van de gegevensverwerking via de uitoefening van de onderzoeksbevoegdheden

707. De verwerking van persoonsgegevens via de onderzoeksbevoegdheden dient ook op een transparante wijze te gebeuren. Dit houdt in dat er niet alleen bepaalde informatie spontaan moet worden verstrekt aan de betrokkene, maar tevens dat de betrokkene een aantal rechten krijgt toegekend.

A. Spontane informatieverstrekking

708. De informatieverplichtingen van de fiscale administratie verschillen naarmate de persoonsgegevens bij de betrokkene zijn ingezameld, dan wel wanneer zij zijn ingezameld bij

¹⁸⁷¹ M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 127

¹⁸⁷² Zie hierover de onderafdeling over de draagwijdte van het persoonsgegevensbeschermingsrecht

¹⁸⁷³ Gent 19 april 2011, *TFR* 2012, afl. 417, 235

¹⁸⁷⁴ Rb. Gent 11 juni 2013, *TFR* 2014, afl. 453-454, 88, noot J. BOSSUYT

¹⁸⁷⁵ Zie ook S. DE RAEDT, "De draagwijdte van het recht op privacy en het fiscaal visitatierecht – Het belang van het arrest Bernh Larsen genuanceerd", *TFR* 2014, afl. 453-454, 47-75

derden. Vermits bij de controle van een natuurlijke persoon alle ingezamelde informatie normaliter persoonsgegevens zullen vormen, terwijl bij de controle van een rechtspersoon er doorgaans enkel persoonsgegevens zullen worden ingezameld van derden, wordt hierna een onderscheid tussen beide gemaakt.

1. De controle bij een natuurlijke persoon

709. Bij de inzameling van persoonsgegevens ter gelegenheid van een controle bij een natuurlijke persoon dient de fiscale administratie de bepaalde hierboven beschreven informatie te verstrekken. De hier besproken onderzoeksmaatregelen worden evenwel niet op een uniforme wijze aangekondigd, zodat er ook geen uniforme kennisgeving is van de hierboven beschreven informatie. Het opvragen en meenemen van documenten in het kader van het boekenonderzoek of het opvragen van inlichtingen is immers aan geen enkele vormvoorwaarde onderworpen. Hoewel de fiscale administratie doorgaans en in de mate dat dit opvragen schriftelijk gebeurt, modelformulieren hanteert (bijvoorbeeld voor de vraag om inlichtingen het formulier 332¹⁸⁷⁶), is zij hiertoe geenszins verplicht. Ook het mondeling opvragen van documenten of inlichtingen is dus mogelijk¹⁸⁷⁷, dan wel het opvragen van documenten en inlichtingen op een andere schriftelijke wijze dan via het modelformulier (bijvoorbeeld via een eenvoudige e-mail). Hetzelfde geldt voor het verzamelen van informatie door de vaststellingen die tijdens een fiscale visitatie gebeuren. De visitatie moet immers niet noodzakelijk worden aangekondigd en in de mate dat ze wordt aangekondigd is de administratie niet verplicht hiervoor een bepaald modelformulier te bezigen.

In de mate dat er gebruik wordt gemaakt van de modelformulieren van de administratie wordt doorgaans enkel uitdrukkelijk melding gemaakt van het al dan niet verplicht karakter van het antwoord en de gevolgen van niet-beantwoording¹⁸⁷⁸. De vermelding gebeurt teneinde de beginselen van behoorlijk bestuur na te leven¹⁸⁷⁹. Er is voor het overige geen systematische kennisgeving van de andere informatie, zelfs niet van de meest essentiële informatie zoals de finaliteit. Merk op dat dit wel het geval is in het mededingingsrecht, waar artikel IV.41 § 2 lid 2 WER voorschrijft dat in de vraag om inlichtingen naast de rechtsgrond ook het doel van het onderzoek moet zijn vermeld¹⁸⁸⁰.

¹⁸⁷⁶ Zie hierover: *Vr. en Antw.*, Kamer, 3 mei 2004, p. 4620 (Parl. Vr. nr. 188 van 18 december 2003 van de heer DEVLIES)

¹⁸⁷⁷ Zie inzake het telefonisch opvragen van inlichtingen: M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 192

¹⁸⁷⁸ In het formulier 332 wordt vermeld: *“Krachtens artikel 316 WIB 1992 is de belastingplichtige verplicht de administratie, op haar verzoek, binnen een maand na datum van verzending van de aanvraag, schriftelijk alle inlichtingen te verstrekken die van hem worden gevorderd met het oog op het onderzoek van zijn fiscale toestand. U dient derhalve de hierna gestelde vragen te beantwoorden binnen een termijn van een maand na de datum van verzending van deze aanvraag. Die termijn kan worden verlengd wegens wettige redenen, die mij voor het verstrijken ervan zijn mede te delen. Ik acht het nuttig u eveneens te wijzen: – op de bepalingen van artikel 351 WIB 1992 op grond waarvan de administratie de aanslag ambtshalve kan vestigen onder meer ingeval de belastingplichtige nagelaten heeft de gevraagde inlichtingen binnen de gestelde termijnen te verstrekken; – op de bepalingen van artikel 352 WIB 1992 die bij ambtshalve aanslag de bewijslast van het juiste bedrag van de belastbare inkomsten en van de andere in aanmerking komende gegevens ten laste leggen van de belastingplichtige die niet aantoont, dat wettige redenen hem hebben verhinderd die inlichtingen binnen de gestelde termijn te verstrekken; - op de bepalingen van de artikels 445 en 449 WIB 1992, die in de toepassing voorzien van administratieve boeten en van strafrechtelijke sancties wegens de overtreding van artikel 316 waarover het gaat.”*

¹⁸⁷⁹ Parl. Vr. nr. 876 van 2 mei 1997 van DIDDEN, www.monkey.be

¹⁸⁸⁰ Zie hierover: S. GNEDASJ, “Enkele reflecties over de waarborgen bij het onderzoek van computergegevens”, *AFT* 2015/3, 11-23

710. De vraag rijst dan of deze informatie voldoende blijkt uit de wet. Hiervoor werd immers al aangehaald dat de rechtspraak van het Hof van Justitie¹⁸⁸¹ lijkt te aanvaarden dat bepaalde informatie via de wet wordt verstrekt. Terzake kan opnieuw worden verwezen naar de wet van 3 augustus 2012 waarin op algemene wijze een aantal van de te verstrekken inlichtingen worden vermeld, waaronder de identiteit van de verwerkingsverantwoordelijke (artikel 2) en de doeleinden van de verwerking (artikel 3). Hiervoor werden al kritieken geformuleerd over de wijze waarop de verwerkingsverantwoordelijke en de doeleinden van de verwerking in deze wet staan geformuleerd. De ontvangers of categorieën van ontvangers van de persoonsgegevens staan in de wet van 3 augustus 2012 niet vermeld. Er wordt enkel melding gemaakt van de procedure die moet worden gevolgd bij het intern doorgeven van persoonsgegevens (artikel 4) en bij het elektronisch doorgeven van persoonsgegevens aan andere overheidsinstanties (artikel 6). De concrete ontvangers of categorieën van ontvangers van de persoonsgegevens die via de controle worden ingezameld, worden daarmee niet duidelijk. Het gebruiken van de door de fiscale administratie ingezamelde persoonsgegevens voor profilering wordt niet uitdrukkelijk vermeld, doch de mogelijkheid van de fiscale administratie om via het datawarehouse (dat wel uitdrukkelijk wettelijk is geregeld in artikel 5), te profileren (zonder dat er een geautomatiseerd besluit aan wordt gekoppeld) lijkt wel te kunnen worden afgeleid uit de wet (zie randnummer 226). Vermits de toevoeging van persoonsgegevens aan het datawarehouse in principe aan een machtiging van het sectoraal comité voor de federale overheid is onderworpen, is daarmee evenwel nog niet duidelijk of ook de via de controle ingezamelde persoonsgegevens het voorwerp kunnen uitmaken van profilering. Ook de rechten van de betrokkene blijken niet uit deze wet; enkel de beperking van het toegangsrecht wordt erin geregeld. De wet van 3 augustus 2012 lijkt dus niet in staat om de informatieverplichting van de fiscale administratie in te vullen.

711. Enkel het al dan niet verplicht karakter van het antwoord en de gevolgen van niet-beantwoording lijkt voldoende duidelijk in de fiscale wetten te zijn geregeld (zie hierboven). Dit volstaat evenwel niet, zodat kan worden gesteld dat bij de verwerking van persoonsgegevens die bij de betrokkene zelf worden ingezameld in het kader van een controle bij de natuurlijke persoon, er niet voldaan is aan de informatieverplichtingen van het persoonsgegevensbeschermingsrecht.

2. De controle bij een rechtspersoon

712. In het kader van de controle bij een rechtspersoon zullen doorgaans (met uitzondering van het geval waarin de controle gericht is tot een rechtspersoon die met een natuurlijke persoon moet worden gelijkgesteld) enkel persoonsgegevens worden ingezameld van derden. Evenwel kan er ook bij een controle van een natuurlijke persoon, sprake zijn van een inzameling van persoonsgegevens van derden. In beide gevallen dient de fiscale administratie – in principe - ook dan informatie te verstrekken aan de betrokkene, dit op het moment van de registratie van deze persoonsgegevens. Wat dit punt betreft kan in wezen worden verwezen naar de vaststellingen die terzake zijn gedaan over de inzameling van

¹⁸⁸¹ Arrest HvJ 1 oktober 2015, C-201/14, BARA

persoonsgegevens van derden ter gelegenheid van de aangifte. Aldaar worden de uitgebreide mogelijkheden voor overheden om te ontsnappen aan de kennisgevingsplicht besproken, samen met de kritieken die daarop kunnen worden geformuleerd.

B.Het recht op inzage

713. Hierboven werd al opgemerkt dat het recht op inzage werd beperkt door artikel 11 van de wet van 3 augustus 2012, bijgestuurd door artikel 96 van de wet van 17 juni 2013 houdende de fiscale en financiële bepalingen en betreffende de duurzame ontwikkeling¹⁸⁸², dat een bijkomende paragraaf 7 invoert in artikel 3 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens. Met name wordt dit inzagerecht beperkt gedurende de periode tijdens dewelke de betrokkene het voorwerp uitmaakt van een controle, een onderzoek of de daarmee verband houdende voorbereidende werkzaamheden, voor zover de toepassing ervan nadelig zou zijn voor de controle, voor het onderzoek of voor de voorbereidende werkzaamheden en alleen voor de duur daarvan. De persoonsgegevens die werden verzameld tijdens de fiscale controle zullen dus pas kunnen worden ingezien wanneer de controle is afgelopen, tenzij de inzage niet nadelig zou zijn voor de controle. Voor de bespreking van deze uitzondering wordt verwezen naar de desbetreffende onderafdeling.

C.Het recht op verbetering en vervollediging en het recht op wissen

714. De beperking van het inzagerecht tijdens de controle, zal het recht op verbetering, vervollediging of het wissen, in grote mate onwerkzaam maken. Doordat de inzage van deze gegevens tijdens de controle kan worden geweigerd, als de inzage nadelig zou zijn voor de controle, moet de betrokkene wachten tot na de controle alvorens hij inzage kan verkrijgen en vervolgens het recht op verbetering, vervollediging en het wissen kan uitoefenen. Op dat ogenblik is de kans groot dat de eventuele onjuiste of onvolledige informatie al is aangewend voor het vestigen van een aanslag.

715. Naar analogie met wat werd vastgesteld terzake van het verbeteringsrecht van de persoonsgegevens van de aangifte, kan ook terzake van de persoonsgegevens uit de controle worden gesteld dat het recht om de gegevens die tijdens de controle zijn verzameld, te verbeteren of te vervolledigen – in de mate dat het recht niet onwerkzaam is geworden doordat de betrokkene geen inzage krijgt van deze gegevens - een bijkomende rechtsbescherming biedt ten opzichte van de mogelijkheden in het fiscaal recht om gegevens te laten verbeteren. Terzake kan dan ook naar deze uiteenzetting worden verwezen.

716. Eveneens naar analogie met wat werd vastgesteld terzake van het recht om persoonsgegevens van de aangifte te laten wissen of afschermen, bestaat er ook een recht om de persoonsgegevens van de controle te laten wissen of afschermen, zij het dat dit recht op vergetelheid op grond van artikel 17 van de Verordening 2016/679 niet langer kan worden ingeroepen in de context van dit onderzoek.

¹⁸⁸² B.S. 28 juni 2013. Deze wijziging ging in op 8 juli 2013 (10 dagen na publicatie).

Onderafdeling 3 Informatie bekomen buiten de uitoefening van de onderzoeksbevoegdheden en buiten de aangifte van de belastingplichtige

§ 1 Afbakening van het voorwerp

717. In deze onderafdeling wordt de draagwijdte van het recht op privéleven en het recht op de bescherming van de persoonsgegevens nagegaan voor de inzameling van informatie buiten de aangifte en ook zonder onderzoeksbevoegdheden aan te wenden die expliciet staan vermeld in het wetboek inkomstenbelastingen (zie onderafdeling 2 hierboven). Het gaat nog wel steeds om informatie-inzameling waarbij *de belastingplichtige zelf* de bron is van de informatie. Hierbij wordt in hoofdzaak gedacht aan informatie-inzameling door observatie, waarbij de fiscale administratie informatie over de belastingplichtige verzamelt door (hoofdzakelijk visuele) waarnemingen te doen op publieke plaatsen, daaronder begrepen private plaatsen die publiek toegankelijk zijn (bijvoorbeeld het tellen van de klanten aan de buitenzijde van een restaurant¹⁸⁸³, observeren van een appartement aan zee dat volgens de belastingplichtige wordt aangewend voor beroepsdoeleinden, met name wanneer de belastingplichtige wachtdienst heeft in een nabijgelegen ziekenhuis¹⁸⁸⁴, het observeren van een pittakraam op de Gentse Feesten¹⁸⁸⁵, noteren van nummerplaten die het bedrijf binnenrijden vanop de openbare weg, verzamelen van prijslijsten bij horecabedrijven en dergelijke meer¹⁸⁸⁶). Tot deze openbare plaatsen moet in wezen ook het internet worden gerekend, zodat het raadplegen van internetsites zoals Facebook of Netlog¹⁸⁸⁷, Kapaza of eBay¹⁸⁸⁸ of Google Street View¹⁸⁸⁹ ook de vorm kan aannemen van een observatie. Ook het verzamelen van informatie over de belastingplichtige door het raadplegen van andere publieke bronnen, zoals publieke gegevensdatabanken (bijvoorbeeld

¹⁸⁸³ Rb. Brussel 13 april 2000, *FJF* 2001/117 (observatie van een restaurant van 17.50 u. 's avonds tot 2.25 u de ochtend nadien)

¹⁸⁸⁴ Rb. Gent 19 januari 2015, *Fisc. Koer.* 2015/04, 499 – 505 (waar de rechtsgeldigheid van de observatie weliswaar niet ter discussie werd gesteld; het ging over 58 observaties in en periode van iets meer dan 4 maand)

¹⁸⁸⁵ Gent 2 mei 2006, *Fisc.* 2006, nr. 1041, 11, weergave S. VAN CROMBRUGGE waarbij het gelijkkluidend vonnis werd bevestigd (rb. Gent 16 februari 2005, *Fisc.* nr. 981 p 11). In deze zaak werd geoordeeld dat de rechten van verdediging werden geschonden doordat de vaststellingen van de observatie pas 3 jaar later aan de belastingplichtige werden ter kennis gebracht.

¹⁸⁸⁶ Andere zaken waarin melding wordt gemaakt van observaties: Rb. West-Vlaanderen (afd. Brugge) (23 november 2015 (rolnr : 14/1029/A), www.monkey.be (waarbij de observaties waren gebeurd bij de klanten van de belastingplichtige, zijnde de afnemers van een drankcentrale), zie ook in beroep: Gent 9 februari 2016 *Fiscoloog* 2016, afl. 1474, 13

¹⁸⁸⁷ Zie korte berichten in *Fisc. Act.* 2009, nr. 39, p. 11-12; waar wordt gemeld dat controleurs interesse blijkt te hebben in sociale netwerksites zoals Facebook of Netlog als bron van informatie over de belastingplichtige. Zo kan een verslag op Facebook van een dure reis die de belastingplichtige zich volgens zijn aangegeven inkomen niet kan permitteren, interessante informatie vormen voor de fiscale administratie. Zie ook *Vr. en Antw.* Kamer 2008-09, nr. 66, 94-95 (Parl. Vr. nr. 335 Hagen Goyvaerts, 5 maart 2009), waarin de minister van Financiën bevestigt dat het de taxatieambtenaar vrij staat om bij zijn taxatiewerkzaamheden alle informatie te gebruiken die publiek toegankelijk is, waaronder inlichtingen verkregen via sociale netwerksites. Er wordt wel voorbehoud gemaakt voor de bewijswaarde van deze informatie. Uit een later antwoord van de minister op een parlementaire vraag zouden een aantal websites niet meer toegankelijk zijn voor de controleurs (Kamercomm. Fin., Criv 52 Com 672, 16 (Mond. Vr. nr. 15126 Kristof Waterschoot, 21 oktober 2009), omwille van een deontologische ICT-code. Als gevolg van die code werd de toegang geblokkeerd tot sites met «weinig professionele doeleinden», die gevaar opleveren voor virussen of schending van de wetgeving op de auteursrechten, of die teveel bandbreedte in beslag nemen.

¹⁸⁸⁸ In het kader van de controle van de zogenaamde “deeleconomie”: *Vr. en Antw.*, Kamer, 54, nr. 069, blz. 370-371 (Parl. Vr. nr. 755 van de heer VAN QUICKENBORNE dd. 22.01.2016)

¹⁸⁸⁹ *Vr. en Antw.*, Senaat, 2011-2012 (Parl. Vr. nr. 5-6221 van mevrouw WINCKEL dd. 08.05.2012) ivm het gebruik van google street view door de administratie van het kadaster

Belfirst¹⁸⁹⁰, of eenvoudigweg de Kruispuntbank van Ondernemingen of het Staatsblad), of zoals de dagbladpers (bijvoorbeeld informatie in het kader van de zogenaamde “Swiss Leaks”, de “Lux Leaks”, de “Panama Papers” en de “Bahamas Leaks”¹⁸⁹¹) wordt onderzocht. Hierna wordt niet ingegaan op de bewijswaarde van deze publieke informatie, maar enkel op de vraag wat de draagwijdte is van het recht op privéleven en het recht op bescherming van de persoonsgegevens bij het verzamelen van deze publieke informatie.

718. Wat betreft het raadplegen van informatie op het internet kan zinvol worden verwezen naar het Belgian Internet Service Center (afgekort en hierna verder genoemd “BISC”). Het BISC werd op 22 februari 2011 opgericht in de schoot van het College voor de strijd tegen de fiscale en sociale fraude. De dienst is een onderdeel van de Algemene Administratie van de Bijzondere Belastinginspectie en dus van de FOD Financiën. Deze dienst brengt enerzijds verdachte sites in kaart en spoort anderzijds frauduleuze handel op het web op¹⁸⁹². Daarbij wordt gebruik gemaakt van software die door soortgelijke diensten in het buitenland is ontwikkeld, genaamd “Xenon”¹⁸⁹³. Deze software downloadt webpagina’s en alle daaraan verbonden links, zonder dat de relaties tussen de pagina’s zoals die bestonden op het ogenblik van het “spioneren” verloren gaan¹⁸⁹⁴. Eens de informatie verzameld, kan de zogenaamde “Identity Information Extraction Module” van de software gelinkt worden met nationale databanken zodat de identificatie-informatie teruggevonden op het internet kan worden gematched met identificatie-informatie die al in nationale databanken beschikbaar is¹⁸⁹⁵ (zoals het rijksregister). Daarnaast zou er ook software beschikbaar zijn die zoekopdrachten vervult niet alleen binnen tekstgerelateerde informatie, maar ook binnen objectgerelateerde informatie (images)¹⁸⁹⁶. De dienst opereert niet alleen binnen de FOD Financiën, maar verzamelt ook inlichtingen ten behoeve van de FOD Economie en de Sociale Inlichtingen – en Opsporingsdienst (SIOD), die het orgaan mee hebben opgericht. Daarnaast wordt samengewerkt met de hormonencel, de Federale Computer Crime Unit (FCCU) binnen

¹⁸⁹⁰ Gent 20 november 2012, *FJF* 2013/143; Cass. 12 februari 2016, *FJF* 2016/175, waarin telkens melding wordt gemaakt van het raadplegen van Belfirst door de fiscale administratie

¹⁸⁹¹ *Beknopt Verslag*, 2015-2016, Plen 0126, blz. 21-24 (Samengevoegde mondelinge vragen P 1445, P 1447 en P 1446 van de heer Laaouej, de heer Vanvelthoven en de heer Dedecker dd. 22.09.2016), waarin door de minister van Financiën melding wordt gemaakt onderzoeken die door de BBI werden gestart naar aanleiding van de informatie die bekend werd in het kader van deze “schandalen”; zie ook *Vr. en Antw.*, Kamer, 54, nr. 082, blz. 363-365 (Parl. Vr. 963 van de heer Laaouej dd. 18.05.2016), waarin de minister van Financiën de verhoging van de belastbare basis kenbaar maakt verwezenlijkt ingevolge de zaak “Swiss Leaks” (724.135.850,13 EUR, die resulteert in een toename van de ingekohierde belasting van 477.534.394,27 EUR, belastingverhogingen inbegrepen, alsook ingevolge de zaak “LuxLeaks(Rulings)” (7.558.840,00 EUR, wat resulteert in een ingekohierde belasting van 2.710.029,65 EUR) en ten slotte ingevolge de zaak “OffShore Leaks” (verhoging van de belastbare basis van 4.235.315,76 EUR, die resulteert in een toename van de ingekohierde belasting van 1.067.850,77 EUR)

¹⁸⁹² Schriftelijke vraag nr. 5-2403 van Bert Anciaux d.d. 26 mei 2011; *Vr. en Antw.*, Kamer, 2011-2012, nr. 094, blz. 65-68 (Parl. Vr. nr. 621 van mevrouw Lahaye-Battheu dd. 08.11.2012)

¹⁸⁹³ Schriftelijke vraag nr. 5-2403 van Bert Anciaux d.d. 26 mei 2011; Uit een gesprek met de heer Dirk Dierickx, eerstaanwendend inspecteur diensthoofd en projectleider van BISC, op 7 oktober 2013 gaat het hier om Xenon, software die naar tekstgerelateerde informatie speurt. Xenon (het woord verwijst naar de heldere auto koplampen die donkere plaatsen kunnen verlichten) werd ontwikkeld door een Nederlandse data mining firma, namelijk Sentient Machine Research en zou ook sinds 2004 gebruikt wordt door de Nederlandse belastingdienst (NORTON, Q., “Tax takers send in the spiders”, *Wired*, 25 januari 2007 (<http://www.wired.com/politics/security/news/2007/01/72564>). Ook andere landen maken gebruik van deze software (Oostenrijk, Denemarken, UK, Canada, Zweden)(stand van zaken 2013).

¹⁸⁹⁴ NORTON, Q., “Tax takers send in the spiders”, *Wired*, 25 januari 2007 (<http://www.wired.com/politics/security/news/2007/01/72564>)

¹⁸⁹⁵ NORTON, Q., “Tax takers send in the spiders”, *Wired*, 25 januari 2007 (<http://www.wired.com/politics/security/news/2007/01/72564>)

¹⁸⁹⁶ Zie ook het gesprek met de heer Dirk Dierickx, eerstaanwendend inspecteur diensthoofd en projectleider van BISC, op 7 oktober 2013

de federale politie, de kansspelcommissie, het Federaal Agentschap voor de Veiligheid van de Voedselketen (FAVV), het Federaal Agentschap voor Geneesmiddelen en Gezondheidsproducten (FAGG) en het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie (BIPT)¹⁸⁹⁷. Ook internationaal zou er sprake zijn van samenwerking¹⁸⁹⁸.

§ 2 De inzameling van publieke informatie als inmenging in het privéleven

I. De vraagstelling

719. De vraag rijst of het verzamelen van informatie die publiek beschikbaar is voor de fiscale administratie op enigerlei wijze een inmenging kan vormen in het privéleven.

In dat kader dient de *finaliteit* van de bescherming van het recht op privéleven in herinnering te worden gebracht, met name de persoonlijke ontplooiing en het welzijn van het individu¹⁸⁹⁹. Het is dit recht op zelfontplooiing dat het EHRM ertoe heeft gebracht om ook het recht om relaties aan te gaan met andere mensen, als onderdeel te beschouwen van het recht op privéleven¹⁹⁰⁰. Deze redenering heeft het EHRM er niet alleen toe gebracht om ook datgene wat zich afspeelt in de professionele sfeer te rekenen tot het privéleven¹⁹⁰¹. Ook datgene wat zich afspeelt in de publieke context kan volgens het EHRM om dezelfde redenen, en in bepaalde omstandigheden, ook worden gerekend tot het privéleven, omdat zich daar ook de mogelijkheid afspeelt om relaties aan te knopen met andere mensen¹⁹⁰². Het criterium van de redelijke privacyverwachting¹⁹⁰³ speelt, hoewel niet doorslaggevend, mee om te bepalen of datgene wat zich in een publieke context afspeelt ook effectief tot het privéleven kan worden gerekend.

720. Iemand gadeslaan in het openbaar, zal in principe geen inmenging vormen in het privéleven. Wanneer dit gadeslaan evenwel systematisch of permanent gebeurt, rijzen er

¹⁸⁹⁷ Schriftelijke vraag nr. 5-2403 van Bert Anciaux d.d. 26 mei 2011

¹⁸⁹⁸ Schriftelijke vraag nr. 5-2403 van Bert Anciaux d.d. 26 mei 2011

¹⁸⁹⁹ P. DE HERT, *Artikel 8 EVRM en het Belgisch recht. De bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys & Breesch, 1998, p. 6; U. KILKELLY, *The right to respect for private and family life. A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention of Human Rights*, Straatsburg, Council of Europe, 2003, 11; P. DE HERT, "het recht op privacy" in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM – deel II. Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 711 met verwijzing naar EHRM 24 november 1986, GILLOW/VK (§ 55): "a right which is pertinent to their own personal security and well-being"; K. LEMMENS, "Le droit au respect de la vie privée et de la personnalité" in M. VERDUSSEN en N. BONBLED, *Les droits constitutionnels en Belgique*, Bruylant, Brussel, 2011, 906-907; Ook bij de tot standkoming van artikel 22 GW wordt verwezen naar "de bescherming van de persoon, de erkenning van zijn identiteit en de belangrijkheid van zijn ontplooiing en die van zijn gezin" (*Parl. St. Senaat*, 1991-1992, nr. 100-4/2°, p.3)

¹⁹⁰⁰ ECRM 18 mei 1976, X./Ijlsland: "For numerous anglo-saxon and French authors the right to respect for private life is a right to privacy, the right to live, as far as one wishes, protected from publicity. (...) In the opinion of the Commission however, the right to respect for private life does not end there. It comprises also, to a certain degree, the right to establish and develop relationships with other human beings, especially in the emotional field, for the development and fulfilment of one's own personality". Zie ook ECRM 12 juli 1977, BRUGGEMAN en SCHEUTEN /Duitse Bondsrepubliek

¹⁹⁰¹ EHRM 16 december 1992, NIEMIETZ/Duitsland

¹⁹⁰² EHRM 4 mei 2000, ROTARU/Roemenie (§ 43); EHRM 25 september 2001, P.G. & J.H./VK (§ 56).

¹⁹⁰³ Zie hierover: H.T. GOMEZ-AROSTEGUI "Defining Private life under the European Convention on Human Rights by referring to reasonable expectations", *California Western Int. Law Journal* 2005, 153-200; B.-J. KOOPS & R. LEENES, "'Code' and the Slow Erosion of Privacy", *Michigan Telecommunications & Technology Law Review* 2005, 115-188; H.R. KRANENBORG, en L.F.M. VERHEY, *Wet bescherming persoonsgegevens in Europees perspectief*, Deventer, Kluwer, 2011, 19-21; F. BOEHM, *Information Sharing and Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice. Towards Harmonised Data Protection Principles for Information Exchange at EU-level*, Berlin – Heidelberg, Springer,, 2012, XII, 29-30.

wel privacyvragen, omdat de betrokkene zich hier mogelijksterwijs en gezien de omstandigheden niet aan verwacht¹⁹⁰⁴. In het kader van het eigenhandig observeren door de fiscale administratie van personen op openbare plaatsen, waaronder het internet, zal dus vooral het criterium van de redelijke privacyverwachting spelen, wanneer de observatie door de fiscale administratie de vorm aanneemt van een systematische of permanente observatie. Het criterium van het systematisch of permanent karakter is niet alleen relevant bij de eigenhandige waarnemingen van de fiscale administratie op publieke plaatsen, maar is tevens relevant bij het beoordelen van het raadplegen en opslaan van informatie uit publieke bronnen allerhande¹⁹⁰⁵. Wanneer ook deze raadpleging systematisch en permanent gebeurt, kunnen er privacyvragen rijzen. Naast de privacyverwachting, zal ook de context meespelen in de beoordeling van de vraag of dit systematisch of permanent vergaren en opslaan van informatie uit publieke bronnen ook effectief een inmenging vormt in het privéleven. Het gevoelig karakter van de publieke informatie zal bijvoorbeeld van belang zijn (bijvoorbeeld handelt de informatie over “meningen, gevoelens en gedragingen”¹⁹⁰⁶ over de geloofsovertuiging¹⁹⁰⁷, ...), net als het gebruik dat van de publieke informatie wordt gemaakt. Er zal sneller sprake zijn van een privacyinmenging indien de publieke informatie voor lange tijd wordt bewaard met daaraan gekoppeld de mogelijkheid om derden er kennis van te laten nemen. Er zal ook sneller sprake zijn van een privacyinmenging indien de publieke informatie wordt doorgegeven¹⁹⁰⁸. Ook het geautomatiseerd zoeken waardoor de reikwijdte van de zoekactie veel ruimer wordt, is een contextueel element dat zal bijdragen tot de beoordeling dat een informatie-inzameling een inmenging vormt in het privéleven, of niet¹⁹⁰⁹.

II. De observatie

721. Het verzamelen van informatie door eigen waarnemingen van de fiscale administratie zal in de regel geen inmenging vormen in het privéleven¹⁹¹⁰. Er rijst pas een privacyvraagstuk op het ogenblik dat de observaties van de fiscale administratie een permanent of systematisch karakter krijgen. Of een observatie dan als een inmenging moet worden beschouwd, zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld, en de context van de observatie, alsook de redelijke privacyverwachting, zal mee in rekening moeten worden gebracht.

Dit houdt in dat een eenmalige waarneming door de fiscale administratie van een fiscaal relevant gegeven in het openbaar, zoals de vaststelling dat aan een gebouw geen naamplaat is bevestigd van de advocaat die het gebouw in zijn aangifte opneemt als een beroepsactivum, geen probleem vormt. Wanneer de waarnemingen voortvloeien uit een

¹⁹⁰⁴ EHRM 25 september 2001, P.G. & J.H./VK (de stemopnames worden beschermd onder artikel 8, onder meer omdat zij verder werden gebruikt voor identificatiedoeleinden). Zie ook eerder al in de zaak FRIEDL (Opinion of the Commission van 31 januari 1995 in de zaak FRIEDL/Oostenrijk (§ 49-52))

¹⁹⁰⁵ EHRM 4 mei 2000, ROTARU/Roemenie (§ 43); EHRM 25 september 2001 P.G. & J.H./VK; Opinion of the Commission van 31 januari 1995 in de zaak FRIEDL/Oostenrijk (§ 49-52)

¹⁹⁰⁶ EHRM 2 september 2010, UZUN/Duitsland (§ 52)

¹⁹⁰⁷ EHRM 11 februari 2011, WASMUTH/Duitsland (§74)

¹⁹⁰⁸ EHRM 29 juni 2006, WEBER en SARAVIA (§79); HvJ 20 mei 2003, C-465/00, C-138/01 en C-139/01, OSTERREICHISCHER RUNDFUNK, overweging 73-74

¹⁹⁰⁹ HvJ 13 mei 2014, C-131/12, GOOGLE SPAIN

¹⁹¹⁰ Zie Vred. Veurne 13 november 2008, TGR-TWVR 2009, afl. 2, 65, noot MOEYKENS, F., waarin het nemen van een foto van een nummerplaat van een voertuig dat op de openbare weg staat niet als een inmenging in het privéleven wordt beschouwd.

observatie die enige tijd in beslag neemt of die regelmatig wordt herhaald, zal daarentegen rekening moeten worden gehouden met de context én met de redelijke privacyverwachting. Een kortstondige observatie van bijvoorbeeld het beroepslokaal waartoe de fiscale administratie de vrije toegang wil vragen, lijkt daarom doorgaans niet als een inmenging in het privéleven te kunnen worden beschouwd¹⁹¹¹, ook niet wanneer ter gelegenheid van die observatie foto's worden gemaakt. Het beroepslokaal is immers een gebouw dat zelfs binnenin kan worden gevisiteerd door de fiscale administratie om haar toe te laten kennis te nemen van de wijze van bedrijfsvoering. Een belastingplichtige lijkt er zich derhalve ook redelijkerwijs aan te kunnen verwachten dat de fiscale administratie zich ook rekenschap geeft van de wijze van bedrijfsvoering, door een observatie van de buitenzijde van het bedrijfslokaal. Wanneer de observatie daarentegen niet langer kortstondig is, maar zich uitstrekt over diverse uren of dagen, dan wel met een zekere regelmaat wordt herhaald (bijvoorbeeld dagelijks), dan lijkt er wel sprake te zijn van een inmenging in het privéleven. Ook wanneer de observatie niet het beroepslokaal betreft, maar een privéwoning, of de belastingplichtige zelf die zich ergens in het openbaar begeeft, dan lijkt er eveneens sneller te kunnen worden gesteld dat er sprake is van een inmenging in het privéleven.

Ook het Belgisch Hof van Cassatie gaat er bij observaties vrij snel van uit dat er sprake is van een inmenging in het privéleven. In een arrest van 27 juni 2007 diende het Hof van Cassatie te oordelen over de vraag of de observaties op de openbare weg of op openbare plaatsen door de inlichtingen – en veiligheidsdiensten, eventueel gepaard gaand met opnamen, een wettelijke grondslag kenden in het Belgisch recht¹⁹¹². Alvorens tot het besluit te komen dat dit het geval was, oordeelde het Hof van Cassatie dat dergelijke observaties een inmenging vormden in het privéleven in de zin van artikel 8 EVRM. Het Hof van Cassatie stelde dit in algemene termen en dus zonder verdere nuancering naar duurtijd, naar context of naar privacyverwachting toe.

722. Het gadeslaan van belastingplichtigen op het internet (door bijvoorbeeld het consulteren van informatie op sociale media, zoals Facebook of Netlog of het consulteren van de professionele website van de belastingplichtige), wat eveneens als een publieke ruimte kan worden beschouwd, zal op dezelfde wijze moeten worden beoordeeld. Het eenmalig raadplegen van de Facebookpagina van de belastingplichtige om bijvoorbeeld te verifiëren of een reis, waarvan de kosten in aftrek werden gebracht, wel een beroepsmatig karakter had, lijkt in die zin niet van aard een inmenging in het privéleven te kunnen opleveren. Wanneer de fiscale administratie daarentegen op regelmatige basis publieke informatie opzoekt over een belastingplichtige op het internet, kan er daarentegen wel sprake zijn van een inmenging in het privéleven, afhankelijk van de context en de redelijke privacyverwachting van de belastingplichtige. Het raadplegen (met enige regelmaat) van de professionele website van de belastingplichtige (bijvoorbeeld om de prijzen van op het internet aangeboden goederen te controleren) zal in dat kader minder snel als een inmenging in het privéleven kunnen worden beschouwd, dan wanneer (regelmatig) sociale

¹⁹¹¹ F. BLOMME en T. MESSIAEN, *Handboek Sociaal Strafrecht. Hhet nieuwe sociaal strafwetboek*, Gent, Story, 2010, 115 die stellen dat een kortstondige en passieve observatie van het pand dat men wenst te betreden om bijvoorbeeld te zien of er personen zijn tewerkgesteld en waar de vluchtwegen zijn, mogelijk is, zelfs zonder legitimatiebewijs.

¹⁹¹² Cass. 27 juni 2007 RW 2008-09, 1634, noot W. VAN LAETHEM; *T.Strafr.* 2008, 271, noot F. SCHUERMANS; zie ook later: Cass. 28 juni 2011, *RABG* 2012, afl. 2, 110; zie in dezelfde zin: GwH 27 januari 2011, nr. 10/2011, overweging B.7.3

mediasites worden geraadpleegd, waar doorgaans private informatie wordt achtergelaten. Wanneer voor de raadpleging van deze internetsites (met zowel professionele informatie als private informatie) daarenboven technische hulpmiddelen worden aangewend, zodat de reikwijdte van de zoekactie aanzienlijk wordt vergroot¹⁹¹³ (zoals software die het zoeken en samenbrengen van informatie over een belastingplichtige vergemakkelijkt, die wordt aangewend door het hierboven beschreven BISC), dan lijkt er snel sprake te zullen zijn van een inmenging in het privéleven. Het geautomatiseerd afspeuren van het internet door het BISC, lijkt derhalve als een inmenging in het privéleven te moeten worden beschouwd. De zoekacties gebeuren immers niet alleen geautomatiseerd, ze lijken ook van aard te zijn dat ze zowel informatie over het private leven in de enge zin van het woord kunnen opleveren, als informatie over het professionele leven. Bovendien is er een duidelijke samenwerking met andere overheidsdiensten, zodat deze informatie wordt gedeeld met een grote groep van personen. Tot slot lijkt er geen aanleiding nodig te zijn om een zoekactie op te starten ten aanzien van welbepaalde personen en is onduidelijk hoelang de verzamelde informatie wordt bewaard.

723. Volledigheidshalve moet bovendien worden opgemerkt dat er niet alleen een inmenging kan zijn in het privéleven wanneer de belastingplichtige zelf wordt geobserveerd, maar ook wanneer voorwerpen of gebeurtenissen worden geobserveerd die informatie verschaffen over het private of professionele leven van de betrokkene. Zo zal het observeren van nummerplaten, waarna de fiscale administratie vervolgens gebruik maakt van de onderzoeksbevoegdheden om bij de bevoegde overheidsdiensten op te vragen aan welke persoon deze nummerplaat is gekoppeld, evenzeer als een inmenging in het privéleven kunnen worden beschouwd, wanneer er sprake is van enige regelmaat en systematiek bij de observatie zoals hierboven toegelicht¹⁹¹⁴.

III. Het raadplegen van publieke bronnen

724. Hoewel het wellicht te ver gaat om te stellen dat het raadplegen van publieke bronnen (zoals Belfirst, Staatsblad, kranten, ...) als een vorm van observatie dient te worden beschouwd, dient de beoordeling van deze vorm van informatie-inzameling op het vlak van een eventuele inmenging in het privéleven, wel op dezelfde wijze te gebeuren als voor observaties. Dit houdt in dat het eenmalig raadplegen van deze publieke bronnen op zich uiteraard *geen* inmenging in het privéleven vormt¹⁹¹⁵.

Evenwel, rekening houdend met het arrest ROTARU¹⁹¹⁶, zal het raadplegen van publieke informatie, gevolgd door het opslaan ervan voor taxatiedoeleinden, toch als een inmenging in het privéleven *kunnen* worden beschouwd, wanneer de fiscale administratie op systematische wijze publieke informatie verzamelt voor *welbepaalde* belastingplichtigen. In dat kader is er in wezen toch sprake van een observatie. Het raadplegen van publieke

¹⁹¹³ HvJ 13 mei 2014, C-131/12, GOOGLE SPAIN

¹⁹¹⁴ Zie in dezelfde zin: M. MAUS, "Verplichte herstelproeven voor de parkeerheffing? Het verhaal van kleine bedragen en grote principes", *LRB* 2008, 167

¹⁹¹⁵ Zie Cass. 12 februari 2016, *Fisc.Koer.* 2016 (weergave DE BECKER, N.), afl. 12, 719, waarin het Hof van Cassatie oordeelde dat het raadplegen van Belfirst zelfs geen onderzoeksdaad vormde en aldus deze raadpleging kan plaats vinden zonder de voorafgaande kennisgeving van artikel 333 W.I.B. 1992

¹⁹¹⁶ EHRM 4 mei 2000, ROTARU/Roemenie (§ 43)

informatie, dat niet systematisch gebeurt, maar bijvoorbeeld enkel naar aanleiding van een concrete controle, zal niet als een inmenging in het privéleven kunnen worden aanzien.

Wanneer de fiscale administratie systematisch publieke bronnen raadpleegt, zal er bovendien ook rekening moeten worden gehouden met de context en de redelijke privacyverwachting. Er zal sneller sprake zijn van een inmenging in het privéleven wanneer de publieke bronnen informatie prijsgeven over het private leven in de enge zin van het woord. Indien de fiscale administratie de informatie raadpleegt zonder enige aanleiding, en vervolgens voor een nog onbepaalde tijd bewaart, met de bedoeling na te gaan of er niet in de toekomst van deze informatie gebruik zou kunnen worden gemaakt voor taxatiedoeleinden, dan zal er opnieuw sneller sprake zijn van een privacyinmenging dan wanneer zij deze publieke bronnen raadpleegt naar aanleiding van een concreet feit dat verdere controle vereist. Ook wanneer de publieke informatie in het individueel dossier van de betrokkene wordt opgeslagen, zonder dat deze informatie wordt doorgegeven aan andere overheidsdiensten, zal het regelmatig raadplegen van publieke bronnen minder snel als een inmenging in het privéleven worden beschouwd, dan wanneer de publieke informatie bijvoorbeeld wordt opgeslagen in het datawarehouse, dan wel wanneer deze publieke informatie wordt opgeslagen in een databank die ook door andere overheidsdiensten kan worden geraadpleegd¹⁹¹⁷.

§ 3 De legaliteitsvereiste bij het verzamelen van publieke informatie die als een inmenging in het privéleven moet worden beschouwd

725. In de mate dat de observatie door de fiscale administratie of de raadpleging door de fiscale administratie van publieke bronnen als een inmenging in het privéleven dient te worden beschouwd, vereist artikel 8 EVRM dat voor deze inmenging een voorzienbare wettelijke basis bestaat, die in de Belgische context omwille van artikel 22 GW ook moet zijn geregeld in een formele wet.

Voor de hier besproken vormen van inmengingen in het privéleven ontbreekt evenwel een *specifieke* wettelijke basis. Dit betekent evenwel niet dat elke vorm van observatie, in de mate dat ze een inmenging in het privéleven vormt, als een schending van het privéleven kan worden beschouwd. Voor bepaalde minder privacyinvasieve vormen van observatie (inzameling van publieke informatie), zal immers kunnen worden gesteld dat deze inmenging op een voorzienbare wijze besloten ligt in meer algemene wettelijke bepalingen.

726. Wat dit punt betreft, kan verwezen worden naar de observaties uitgevoerd door de veiligheidsdiensten in het kader van hun opdracht. Voor de BIM¹⁹¹⁸-wet van 4 februari 2010 werden de observaties door de veiligheidsdiensten niet uitdrukkelijk wettelijk geregeld. Het Hof van Cassatie oordeelde hierover¹⁹¹⁹ dat de door de veiligheidsdiensten uitgevoerde observaties weliswaar inmengingen vormen in het privéleven in de zin van artikel 8 EVRM,

¹⁹¹⁷ Zie bv. : *Vr. en Antw.*, Senaat, 2011-2012 (Parl. Vr. nr. 5-6221 van mevrouw WINCKEL dd. 08.05.2012) ivm het gebruik van google street view door de administratie van het kadaster, waarin melding wordt gemaakt van het systematisch doorgeven van iedere niet aangegeven wijziging aan een gebouw die wordt vastgesteld door het kadaster, aan de betrokken gemeenten, dit via de toepassing "URBAIN"

¹⁹¹⁸ "BIM" staat voor Bijzondere InlichtingenMethoden

¹⁹¹⁹ Cass. 27 juni 2007 RW 2008-09, 1634, noot W. VAN LAETHEM; *T.Strafr.* 2008, 271, noot F. SCHUERMANS; zie ook later: Cass. 28 juni 2011, *RABG* 2012, afl. 2, 110

doch dat deze observaties een voldoende voorzienbare wettelijke basis kenden in artikel 13 van de wet van 30 november 1998 houdende de regeling van de inlichtingen – en veiligheidsdienst. Dit artikel bepaalt in algemene zin dat *“de inlichtingen- en veiligheidsdiensten in het raam van hun opdrachten inlichtingen en persoonsgegevens opsporen, verzamelen, ontvangen en verwerken die nuttig kunnen zijn om hun opdrachten te vervullen en een documentatie bijhouden, meer bepaald met betrekking tot de gebeurtenissen, de groeperingen en de personen die een belang vertonen voor de uitoefening van hun opdrachten. De in de documentatie vervatte inlichtingen moeten in verband staan met de doeleinden van het gegevensbestand en beperkt blijven tot de vereisten die eruit voortvloeien.”* Het Hof van Cassatie bevestigde hiermee een arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 19 januari 2007¹⁹²⁰ waarin nog werd verduidelijkt dat deze wettelijke basis volstond, te meer daar het observeren op publieke plaatsen merkelijk minder verregaand is dan infiltratie, huiszoeking of telefoontap¹⁹²¹.

Ook wat betreft de politiediensten bestaan er gelijkaardige algemene wettelijke bepalingen waarvan het Hof van Cassatie aanneemt dat ze een voldoende wettelijke basis vormen voor het uitvoeren van observaties voor de inwerkingtreding van de BOM¹⁹²²-wet¹⁹²³. Zo kan er voor een observatie op publieke plaatsen een wettelijke grondslag worden gevonden in de algemene taakstelling van de politie omschreven in artikel 8 Sv¹⁹²⁴ en artikel 15 van de Wet van 5 augustus 1992 op het Politieambt (hierna WPA)¹⁹²⁵. Een oogje in het zeil houden op publieke plaatsen lijkt immers tot de algemene taken van de politie te behoren. Ook artikel 44/1 WPA kan een wettelijke grondslag vormen voor het inwinnen van publieke informatie. Deze wet machtigt politiediensten om *“gegevens van persoonlijke aard en inlichtingen in te winnen en te verwerken, meer bepaald met betrekking tot de gebeurtenissen, de groeperingen en de personen die een concreet belang vertonen voor de uitoefening van de opdrachten van bestuurlijke en gerechtelijke politie”*.

¹⁹²⁰ Brussel 19 januari 2007, *T.Strafr.* 2008, 281, noot F. SCHUERMANS

¹⁹²¹ De wetgever, die met de voorbereiding van de BIM-wet reeds was gestart voor het voornoemde arrest van het Hof van Cassatie, voerde met de BIM-wet een aantal uitdrukkelijke wettelijke bepalingen toe aan de wet van 30 november 1998 houdende de regeling van de inlichtingen – en veiligheidsdienst waarin de observatie werd geregeld, gaande van de minst privacyinvasieve vorm van observatie (bestaande uit het observeren op publieke plaatsen en private plaatsen die toegankelijk zijn voor het publiek zonder technische hulpmiddelen, artikel 16/1 van de Wet van 30 november 1998) tot meer privacyinvasieve vormen van observatie (met technische hulpmiddelen, in private plaatsen, waaronder woningen of lokalen aangewend voor beroepsdoeleinden of als woonplaats door een advocaat, een arts of een journalist; artikel 18/2 ev. van de wet van 30 november 1998). In functie van het privacyinvasief karakter werden diverse waarborgen ingevoerd tegen misbruik, waaronder een proportionaliteitsvereiste (de meer privacyinvasievere vormen van observatie kunnen slechts worden aangewend wanneer de minder privacyinvasieve vorm ontoereikend is gebleken) en controlemechanismen.

¹⁹²² “BOM” staat voor Bijzondere OnderzoeksMethoden; zie de Wet van 6 januari 2003 betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden, BS 12 mei 2003

¹⁹²³ Cass. 28 juni 2011, *RABG* 2012, afl. 2, 110

¹⁹²⁴ *“De gerechtelijke politie spoort de misdaden, de wanbedrijven en de overtredingen op, verzamelt de bewijzen ervan en levert de daders over aan de rechtbanken belast met hun bestraffing.”*

¹⁹²⁵ *“Bij het vervullen van hun opdrachten van gerechtelijke politie, hebben de politiediensten als taak: 1° de misdaden, de wanbedrijven en de overtredingen op te sporen, de bewijzen ervan te verzamelen, daarvan kennis te geven aan de bevoegde overheden, de daders ervan te vatten, aan te houden en ter beschikking te stellen van de bevoegde overheid, op de wijze en in de vormen bepaald door de wet; 2° de personen in wier aanhouding door de wet wordt voorzien, op te sporen, te vatten, aan te houden en ter beschikking te stellen van de bevoegde overheden; 3° de voorwerpen waarvan de inbeslagneming voorgeschreven is, op te sporen, in beslag te nemen en ter beschikking te stellen van de bevoegde overheden; 4° het verslag van hun opdrachten en de inlichtingen die zij naar aanleiding ervan hebben ingewonnen aan de bevoegde overheden te bezorgen. Dit artikel is eveneens van toepassing op de inbreuken op de reglementen betreffende de politie over het wegverkeer die bestraft worden met administratieve sancties.”*

Vermits de mate van precisie waarmee een wettelijke bepaling een inmenging in het privéleven moet regelen volgens de rechtspraak van het EHRM afhankelijk is van de privacyinvasief karakter van de inmenging, lijken dergelijke algemene wettelijke bepalingen evenwel enkel te kunnen dienen als voorzienbare wettelijke basis voor de minder privacyinvasieve vormen van observaties en/of raadpleging van publieke bronnen, zoals de gewone observaties zonder technische hulpmiddelen, of de kortstondige observaties¹⁹²⁶. Meer privacyinvasieve vormen van observatie hebben nood aan een duidelijkere wettelijke bepaling, die een voldoende waarborg vormt tegen misbruik. Dit werd in wezen bevestigd door een arrest van het Grondwettelijk Hof van 21 december 2004¹⁹²⁷ en van 27 januari 2011¹⁹²⁸. In beide arresten werd geoordeeld over de observatie zoals deze wordt geregeld in de zogenaamde BOM-wet van 6 januari 2003. Deze BOM-wet voerde een artikel 47 sexies in in het wetboek van strafvordering. In deze bepaling werd een meer privacyinvasieve vorm van observatie geregeld, met name de zogenaamde stelselmatige observatie, die in het wetboek staat gedefinieerd als de observatie van meer dan vijf opeenvolgende dagen of van meer dan vijf niet-opeenvolgende dagen gespreid over een periode van een maand, een observatie waarbij technische hulpmiddelen worden aangewend, een observatie met een internationaal karakter, of een observatie uitgevoerd door de gespecialiseerde eenheden van de federale politie. In het arrest van 27 januari 2011 diende het Grondwettelijk Hof te oordelen over de mogelijkheid voor bepaalde ambtenaren van de douane en accijnzen die de hoedanigheid hebben verkregen van officier van gerechtelijke politie om over te gaan tot observatie. Het toenmalig Arbitragehof oordeelde dat, enkel wanneer de wet zo wordt geïnterpreteerd dat de observatie door de ambtenaren van de douane en accijnzen (met de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie) onderworpen is aan de voorwaarden van het Wetboek van strafvordering, er geen sprake is van een schending van artikel 6 EVRM, noch van artikel 8 EVRM. Enkel dan zijn er voldoende waarborgen tegen misbruik, zoals ook al werd geoordeeld in het arrest nr. 202/2004 van 21 december 2004 waarin de BOM-wet werd beoordeeld op onder meer haar conformiteit met artikel 8 EVRM.

727. In het Wetboek van de inkomstenbelastingen ontbreekt een algemene wettelijke bepaling die de federale fiscale administratie de bevoegdheid verleent om informatie in te zamelen, zoals deze wel bestaat voor de inzameling van inlichtingen door de veiligheidsdiensten en door politie. Het recht om informatie in te winnen moet eerder impliciet worden afgeleid uit de wettelijke bepalingen in het wetboek inkomstenbelastingen die de meewerkverplichting regelen van de belastingplichtige, van derden en van overheden om inlichtingen ter beschikking te stellen. Geen van deze bepalingen volstaat als wettelijke

¹⁹²⁶ Zie M. VERMEULEN en P. DE HERT, "toegang tot sociale media en controle door de politie. Een eerste juridische verkenning vanuit mensenrechtelijk perspectief.", *Panopticon* 2012, nr. 33, 261 waarin zij stellen dat voor het systematisch opslaan van publieke gegevens over één persoon of over het verder gebruiken van deze publieke gegevens met behulp van profielen en misdaadanalysemethoden door politiediensten, er geen wettelijke basis bestaat en artikel 44/1 van de wet op het politieambt ontoereikend is. Zij verdedigen dat het systematisch opslaan van publieke gegevens en het verwerken ervan aan de hand van misdaadanalysemethoden, moet worden beschouwd als de zogenaamde stelselmatige observatie geregeld in artikel 47 sexies Sv. (vermits het moet worden beschouwd als een observatie met technische hulpmiddelen; een observatie met technische hulpmiddelen is steeds een stelselmatige observatie in de zin van artikel 47 sexies Sv.) Een dergelijke stelselmatige observatie is slechts mogelijk indien dit door de procureur des konings is bevolen in het kader van een strafonderzoek, in de mate dat dit nodig is voor het onderzoek én de waarheid niet op een andere wijze aan het licht kan worden gebracht, indien er ernstige aanwijzingen zijn van strafbare feiten die kunnen worden gestraft met een gevangenisstraf van één jaar of meer.

¹⁹²⁷ Arbitragehof 21 december 2004, nr. 202/2004

¹⁹²⁸ GwH 27 januari 2011, nr. 10/2011

grondslag voor het verzamelen van publieke informatie, ook niet voor de minder privacyinvasieve vormen van observatie. Het verzamelen van publieke informatie vereist immers niet de medewerking van de belastingplichtige, van derden of andere overheden.

In die zin lijken zelfs de minder privacyinvasieve vormen van observatie, in de mate dat die door hun regelmatig of systematisch karakter en/of door de context als een inmenging in het privéleven moeten worden beschouwd, geen wettelijke basis te kennen in het Belgisch fiscaal recht. Een uitzondering lijkt de observatie van de bedrijfslokalen te zijn, die – in de mate dat ze een inmenging vormen in het privéleven – een voorzienbare wettelijke basis lijkt te kunnen vinden in de wettelijke bepalingen betreffende de fiscale visitaties. Hier kan opnieuw verwezen worden naar de zaak BERNH LARSEN waarin het EHRM oordeelde dat het meenemen van een kopie van documenten, hoewel dit niet uitdrukkelijk in de Noorse wet stond vermeld, voldoende voorzienbaar was in de Noorse wet die het voorleggen van de fiscaal relevante stukken als verplichting oplegde¹⁹²⁹. Ook in de Belgische rechtspraak wordt op een analoge wijze geredeneerd voor wat betreft het observeren van een beroepslokaal, als voorbereiding op een fiscale visitatie¹⁹³⁰.

728. A fortiori geldt dat voor meer verregaande vormen van observatie, waaronder het observeren met behulp van technische hulpmiddelen zoals software die het zoekbereik op het internet verruimt, of het observeren van private woningen, of het observeren voor lange duur, een wettelijke bepaling ontbreekt, zodat deze meer privacyinvasieve observaties in ieder geval als een schending van het recht op privéleven moeten worden beschouwd.

§ 4 De noodzakelijkheidsvereiste van het verzamelen van publieke informatie die als een inmenging in het privéleven moet worden beschouwd

729. Voor de minder privacyinvasieve vormen van observatie, waarvan kan worden gesteld dat zij besloten liggen in de wettelijke bepaling betreffende de fiscale visitatie, rijst nog de vraag of de observatie wel noodzakelijk is om het legitieme doel te bereiken. Dit zal telkens de facto moeten worden beoordeeld. Er zal dus moeten worden nagegaan of deze observatie wel relevant is om het beoogde doel te bereiken. In die mate dat ze relevant is, zal ook moeten worden nagegaan of ze wel proportioneel is met dit doel, wat onder meer betekent dat moet worden nagegaan of hetzelfde doel ook met minder privacyinvasieve methodes kan worden bereikt.

Aangezien het EHRM er zich soms toe beperkt na te gaan of er voldoende procedurele waarborgen zijn tegen misbruik (dat er met name in bestaat dat disproportioneel gebruik wordt gemaakt van de aangevochten inmenging in het privéleven), is het relevant na te gaan wat de procedurele waarborgen zijn tegen misbruik voor deze vormen van observatie waarvan kan worden aangenomen dat zij op voorzienbare wijze besloten liggen in de wettelijke bepalingen betreffende de fiscale visitatie. Logischerwijs zijn deze waarborgen dezelfde als deze voor de fiscale visitatie zelf. Deze werden hiervoor besproken.

¹⁹²⁹ EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen (§127)

¹⁹³⁰ Rb. Brussel 13 april 2000, FJF 2001/117 (het betreft hier wel een observatie door de btw-administratie)

§ 5 De inzameling van publieke informatie en de bescherming van de persoonsgegevens

730. Persoonsgegevens die publiek zijn gemaakt blijven, zonder enig onderscheid, beschermd onder het persoonsgegevensbeschermingsrecht¹⁹³¹. De bescherming van het persoonsgegevensrecht blijft dus overeind voor deze vormen van inzameling van publieke informatie die niet onder het toepassingsgebied vallen van het recht op privéleven, omdat er geen sprake is van enige inmenging in het privéleven (bijvoorbeeld de niet-systematische raadpleging van publieke bronnen naar aanleiding van een controle). Ook de vormen van inzameling van publieke informatie die weliswaar een inmenging zijn in het privéleven, maar toegelaten zijn omdat zij voldoen aan de vereisten van artikel 8 lid 2 EVRM (bijvoorbeeld het voor enige tijd observeren van een beroepslokaal ter voorbereiding van een fiscale visitatie, waarvan is aangetoond dat deze observatie noodzakelijk is voor belastingdoeleinden), zullen ook moeten voldoen aan de vereisten van het persoonsgegevensbeschermingsrecht. Hiervoor is het uiteraard noodzakelijk dat de publieke informatie uit persoonsgegevens bestaat, en het met andere woorden gaat over informatie die betrekking heeft op een natuurlijke persoon (geïdentificeerd of identificeerbaar).

737. Het verzamelen van publieke informatie die als een persoonsgegeven kwalificeert, zal dus toelaatbaar moeten zijn, en zo dit het geval is moet de verzameling op een kwaliteitsvolle wijze gebeuren, wat onder meer betekent dat de verzameling gepaard gaat met voldoende transparantie. De vereiste van de toelaatbaarheid zal doorgaans geen probleem vormen, vermits de verzameling van persoonsgegevens in de regel minstens noodzakelijk is voor het algemeen belang. De fiscale administratie zal zich wel moeten onthouden van het verzamelen van gevoelige en medische gegevens, of zich minstens moeten houden aan hierboven toegelichte restricties.

732. De (toelaatbare) verwerking van publieke persoonsgegevens moet ook kwaliteitsvol gebeuren wat in hoofdzaak betekent dat de finaliteit voldoende concreet bepaald is (artikel 6.1.b van de Richtlijn 95/46 in fine, artikel 4 § 1, 2° van de Wet Verwerking Persoonsgegevens en artikel 5.1.b van de Verordening 2016/679). De “heffing van de belasting” volstaat niet als finaliteit. Het opvragen van publieke persoonsgegevens vindt – zoals hierboven gesteld – geen aansluiting bij een wettelijke bepaling, behoudens wanneer het een observatie betreft als voorbereiding van een fiscale visitatie, in welk geval de concrete finaliteit van de observatie aansluit bij deze van de fiscale administratie.. De finaliteit van de verzameling van andere publieke gegevens, die geen aansluiting vindt in een wettelijke bepaling, is problematischer. Mogelijks kan de finaliteit impliciet worden afgeleid uit de omstandigheden. Wanneer bijvoorbeeld publieke persoonsgegevens worden geraadpleegd in het kader van een concrete controle van een belastingplichtige in de inkomstenbelasting, dan zal moeten worden aangenomen dat de finaliteit van de inwinning van de publieke persoonsgegevens ook de heffing van de inkomstenbelastingen betreft. Het verzamelen van publieke gegevens, zonder enige concrete finaliteit (bijvoorbeeld om later te zien welke administratie deze gegevens nuttig kan gebruiken, wat in wezen het opzet lijkt te zijn van de activiteiten van het BISC), is in strijd met de beginselen van het persoonsgegevensbeschermingsrecht. In de mate dat de concrete finaliteit van de inwinning van de persoonsgegevens voldoende bepaalbaar is, zal vervolgens nog moeten worden

¹⁹³¹ Opinion 3/1999 of Working Party 29 on public sector information and the protection of personal data, 3

nagegaan of de inzameling van deze publieke gegevens wel proportioneel is aan deze concrete finaliteit (met name de heffing van de inkomstenbelastingen) en of de gegevens niet langer worden bewaard dan nodig voor deze concrete finaliteit.

733. Tot slot zal de inzameling van persoonsgegevens uit publieke bronnen ook voldoende transparant moeten gebeuren. Bij elk van de hier besproken vormen van informatie-inzameling is de medewerking van de betrokken belastingplichtige niet vereist, vermits de informatie wordt gehaald uit het “publieke domein”. De fiscale administratie zal dus in principe informatie moeten verstrekken over de inzameling van de (publieke) persoonsgegevens op het ogenblik dat zij deze gegevens registreert (artikel 11.1 van de Richtlijn 95/46 en artikel 9 § 2 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). In de praktijk zal de belastingplichtige doorgaans niet op de hoogte worden gesteld wanneer de fiscale administratie zijn persoonsgegevens registreert. De belastingplichtige zal doorgaans zelf moeten vaststellen dat er publieke persoonsgegevens over hem zijn verzameld op het ogenblik dat hij in kennis wordt gesteld van de bewijselementen waarop de fiscale administratie zich steunt voor het vestigen van een aanslag (bijvoorbeeld in een bericht van wijziging) of wanneer hij bijvoorbeeld inzage verkrijgt in het administratief dossier. Op grond van de Verordening 2016/679 moet de informatie *in principe* worden verstrekt binnen de maand na het verkrijgen van de persoonsgegevens (Artikel 14.3 van de Verordening 2016/679). De Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens lijkt op dit moment nog toe te laten dat er geen kennisgeving gebeurt, wanneer de registratie of de verstrekking van de persoonsgegevens verricht wordt *met het oog op* de toepassing van een bepaling voorgeschreven *door of krachtens* een wet, een decreet of een ordonnantie (artikel 9 § 2 b van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). De Verordening 2016/679 maakt het mogelijk af te zien van de informatieverstrekking wanneer het *verkrijgen of verstrekken* van de gegevens *uitdrukkelijk* is voorgeschreven bij Unie- of lidstatelijk recht dat op de verwerkingsverantwoordelijke van toepassing is en dat recht voorziet in passende maatregelen om de gerechtvaardigde belangen van de betrokkene te beschermen (artikel 14.5.c van de Verordening 2016/679). Vanaf de toepasselijkheid van de Verordening 2016/679 zal het verzamelen van publieke persoonsgegevens dus in ieder geval gepaard moeten gaan met een kennisgeving van de wettelijke omschreven informatie.

734. Transparantie van de verwerking van persoonsgegevens uit publieke bronnen houdt ook in dat er in principe een recht op inzage is van deze persoonsgegevens. Hierboven werd al opgemerkt dat het recht op inzage werd beperkt door artikel 11 van de wet van 3 augustus 2012. De inzage kan met name worden geweigerd gedurende de periode tijdens dewelke de betrokkene het voorwerp uitmaakt van een controle, een onderzoek of de daarmee verband houdende voorbereidende werkzaamheden, en voor zover de toepassing van dit inzagerecht nadelig zou zijn voor de controle (en alleen voor de duur daarvan). De (publieke) persoonsgegevens die werden verzameld tijdens de fiscale controle zullen dus pas kunnen worden ingezien wanneer de controle is afgelopen, tenzij de inzage niet nadelig zou zijn voor de controle. Voor de bespreking van deze uitzondering wordt verwezen naar de desbetreffende onderafdeling. In het kader van de bespreking van het transparantiebeginsel bij de inzameling van persoonsgegevens door uitoefening van onderzoeksbevoegdheden, werd al gesteld dat de beperking van het inzagerecht tijdens de controle, het recht op verbetering, vervollediging of het wissen, in grote mate onwerkzaam maken. Nochtans lijkt

dit recht op verbetering bij de verwerking van persoonsgegevens die uit publieke bronnen zoals dagbladers en internetsites allerhande afkomstig zijn, van groot belang. De betrokkene zal evenwel mogelijks moeten wachten tot na de controle alvorens hij inzage kan verkrijgen en vervolgens het recht op verbetering, vervollediging en het wissen kan uitoefenen. Op dat ogenblik is de kans groot dat de eventuele onjuiste of onvolledige informatie al is aangewend voor het vestigen van een aanslag.

Afdeling 4 Informatie bekomen bij derden

Onderafdeling 1 Informatie bekomen bij derden op grond van verplichte medewerking

§ 1 Afbakening van het onderwerp

735. In deze onderafdeling wordt de draagwijdte van het recht op privéleven en het recht op de bescherming van de persoonsgegevens nagegaan voor de informatie die door derden verplicht wordt overgemaakt aan de fiscale administratie, met het oog op het vestigen van de inkomstenbelastingen. Hierbij dient een onderscheid te worden gemaakt tussen het actief en systematisch overmaken van informatie op grond van een wettelijke verplichting enerzijds en het passief overmaken van informatie in het kader van een concreet onderzoek door de fiscale administratie¹⁹³² (het zogenaamde “derdenonderzoek”).

736. Diverse derden zijn gehouden om actief informatie door te geven aan de fiscale administratie. Het gaat hierbij vooral over de *schuldenaars* van inkomsten, die de administratie over de omvang van de inkomsten en de identiteit van de verkrijger moeten inlichten. Hierbij kan vooral gedacht worden aan het systeem van de individuele fiches en samenvattende opgaven (artikel 57 W.I.B. 1992). Dit systeem wordt ook aangewend om *verkrijgers* van bepaalde bedragen, die aanleiding geven tot een belastingvoordeel bij de betaler, toe te laten de fiscale administratie in kennis te stellen van het ontvangen bedrag en de identiteit van de betaler. Zo bijvoorbeeld zullen instellingen en ondernemingen die bedragen hebben ontvangen in het kader van het pensioensparen een afschrift moeten overmaken aan de administratie van het attest dat zij aan de pensioenspaarder overmaken (artikel 63/5 van het K.B.W.I.B. 1992)(fiche 281.60). Een gelijkaardige regeling bestaat voor bedragen ontvangen voor dienstencheques en voor aftrekbare giften (respectievelijk de fiche 281.81 en 281.71). Deze fiches worden doorgaans¹⁹³³ digitaal via het Belcotax-systeem aan de administratie ter beschikking gesteld. Deze systematische en digitale toelevering van informatie maakt het mogelijk om een reeks codes in te vullen in de aangifte in de personenbelasting die online via de Tax-on-Web-applicatie kan worden ingediend¹⁹³⁴. Dit systeem werd recent nog uitgebreid door kredietinstellingen en verzekeringsondernemingen te verplichten om een afschrift over te maken aan de fiscale administratie van het attest dat zij uitreiken aan personen in het kader van het bekomen van een belastingvoordeel voor de betalingen gedaan met betrekking tot hoofdzakelijk individuele levensverzekeringen en

¹⁹³² Voor het onderscheid tussen de “actieve en passieve” meewerkverplichting van derden: M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 222 ev.

¹⁹³³ De digitale verstrekking is in de regels slechts verplicht voor de fiches 281.10 tot en met 281.50, de andere fiches kunnen nog op papier worden ingediend (KB 3 juni 2007)

¹⁹³⁴ Jaarverslag 2014 FOD Financiën; zie ook *Kamer, Vr. en Antw.*, 2014-2015 (Parl. Vr. nr. 227 van de heer PIEDBOEUF dd. 16.03.2015)

hypothecaire leningen (nieuw artikel 323/1 W.I.B. 1992)(nieuwe fiches 281.61 (leningen) en 281.62 (levensverzekeringen)¹⁹³⁵.

Ook de aangifte in de inkomstenbelastingen van derden zal toelaten systematisch informatie te verkrijgen over belastingplichtigen, denken we maar aan de plicht om de naam van de onderhoudsgerechtigde en de onderhoudsplichtige te vermelden.

In sommige gevallen is de derde die actief informatie moet verstrekken over de belastingplichtige zelfs gehouden om de belasting van de betrokken belastingplichtige te betalen. Een voorbeeld zijn de notarissen en gerechtsdeurwaarders die worden ingeschakeld in de heffing van de belasting van niet-inwoners verschuldigd op bepaalde meerwaarden op onroerende goederen (artikel 301 W.I.B. 1992 juncto artikel 177 van het K.B.W.I.B. 1992). Bij de overdracht onder bezwarende titel van in België gelegen onroerende goederen of van zakelijke rechten met betrekking tot zulke goederen, zijn deze personen verplicht, bij de registratie van de akte¹⁹³⁶, zowel de belasting van niet-inwoners te betalen met betrekking tot deze meerwaarden, als er tevens aangifte van te doen.

Hierna wordt *niet* getracht om exhaustief elke vorm van actieve uitwisseling van informatie tussen derden en de fiscale administratie te bespreken. De toegang door overheden, waaronder fiscale overheden, tot informatie van de private sector, is immers een fenomeen dat hand over hand toeneemt en dat overigens een wereldwijd fenomeen is¹⁹³⁷. Er worden enkel een aantal vaststellingen geformuleerd die betrekking hebben op elke vorm van inzameling van informatie van dit type.

737. Daarnaast kunnen derden ook worden aangesproken om informatie te verstrekken naar aanleiding van een concreet onderzoek (passieve meewerkverplichting). Dit is het geval op grond van de onderzoeksbevoegdheden bedoeld in artikel 322 § 1 W.I.B. 1992 en artikel 323 W.I.B. 1992. Het inschakelen van derden in de controle is in wezen een zeer oud fenomeen. In de afdeling over de inzameling van informatie bij de belastingplichtige werd al gesteld dat de wet van 29 oktober 1919¹⁹³⁸ enkel onderzoeksbevoegdheden toekende aan de administratie in het kader van het behandelen van een bezwaar. Tot deze onderzoeksbevoegdheden behoorde evenwel meteen de mogelijkheid om derden te horen (artikel 62 van de wet van 29 oktober 1919)¹⁹³⁹, onder meer door een echt getuigenverhoor dat afzonderlijk in de wet was geregeld (artikel 64 van de wet van 29 oktober 1919)¹⁹⁴⁰. Voor

¹⁹³⁵ Zie K.B. van 9 februari 2017 tot uitvoering van artikel 323/1 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 houdende de elektronische uitwisseling van de gegevens met betrekking tot de hypothecaire leningen en individuele levensverzekeringen, BS 20 februari 2017

¹⁹³⁶ of van de verklaring die betrekking heeft op de overdracht van het onroerend goed

¹⁹³⁷ F. CATE, J. DEMPSEY, I. RUBINSTEIN, "Systematic government access to private sector data", *Int. Data Privacy Law* 2012, 192

¹⁹³⁸ BS 24-25 november 1919

¹⁹³⁹ Artikel 62: "Tot bepaling van de belastbare inkomsten kan een ambtenaar der belastingen van een hoogere graad dan dien van controleur, welk ook het bedrag van het geschil zij, alle bewijsmiddelen, door het gemeene recht toegelaten, aanvoeren, met uitzondering van den eed; desnoods kan hij derden hooren en een onderzoek instellen".

¹⁹⁴⁰ Artikel 64: "De belanghebbende belastingplichtigen worden bij aangetekende brief opgeroepen om het getuigenverhoor bij te wonen. De getuigen zijn verplicht te getuigen van al de akten en feiten waarvan zij kennis hebben en waarvan de vaststelling nuttig zijn kan voor de toepassing der fiscale wetten op de feiten, waarover geschil is. Voor hunnen getuigenis doen zij de volgende verklaring: "Ik bevestig, onder de straffen bij de wet voorzien tegen de valsche getuigenis, dat mijn getuigenis oprecht en juist zal zijn." Het niet verschijnen of weigeren van getuigenis wordt gestraft met eene boete van 100 tot 10.000 frank. De strafbepalingen

vrije beroepen werd meteen gedacht aan het horen van de stafhouder of andere voorzitters van beroepskorpsen, vermits dit uitdrukkelijk in de wet werd geregeld (artikel 63 eerste lid van de wet van 29 oktober 1919)¹⁹⁴¹. Daarnaast had men voor dit derdenonderzoek ook vooral in algemene zin de schuldeisers of schuldenaars van de belastingplichtige op het oog (artikel 63 tweede lid van de wet van 29 oktober 1919)¹⁹⁴². De mogelijkheid om derden in te schakelen in de controle van de aangifte werd ingevoerd door de wet van 20 november 1962¹⁹⁴³. Zowel de mogelijkheid van een controle bij derden over welbepaalde belastingplichtigen als niet nader bepaalde belastingplichtigen werd ingevoerd en de tekst van de wet is in grote mate dezelfde als deze van de huidige artikelen 322 § 1 en 323 W.I.B. 1992¹⁹⁴⁴.

Vandaag geeft artikel 322 § 1 W.I.B. 1992 aan de administratie de bevoegdheid over te gaan tot een onderzoek bij derden over *welbepaalde* belastingplichtigen, onder meer door middel van een getuigenverhoor (artikelen 325 en 326 W.I.B. 1992). In de praktijk worden in dit kader vaak boekhouders, bedrijfsrevisoren, klanten en leveranciers aangesproken om inlichtingen te verstrekken¹⁹⁴⁵. Maar ook familieleden en partners van de bedrijfsleiders kunnen worden aangesproken¹⁹⁴⁶. Artikel 323 W.I.B. 1992 geeft de administratie de bevoegdheid een onderzoek te doen bij derden over *niet nader bepaalde* belastingplichtigen. In de praktijk wordt artikel 323 W.I.B. 1992 aangewend om informatie te vragen bij derden over hun klanten teneinde grootschalige controleacties te kunnen opzetten, onder meer om indiciaire taxaties te kunnen voorbereiden (door het opvragen van bijvoorbeeld klantenlijsten bij leveranciers van bepaalde luxeproducten of bij reisbureaus¹⁹⁴⁷). Maar ook andere controles zijn denkbaar, zoals het opvragen van informatie bij energieleveranciers over het energieverbruik van hun klanten in het kader van de controle van het werkelijk verblijf van de belastingplichtigen, of het opvragen van de gegevens van een parkeerbedrijf wat de fiscale administratie inzicht geeft in de verplaatsingen van de belastingplichtigen¹⁹⁴⁸. Ook in het kader van de controle van het kadastraal inkomen kan er van derden informatie worden gevraagd, zij het dat dit alleen kan bij de huurders van de belastingplichtige (artikel 475, 1° W.I.B. 1992)¹⁹⁴⁹.

betreffende de valsche getuigenis en de omkoopning van getuigen in burgerlijke zalen zijn van toepassing op de getuigenissen voorzien bij dit artikel."

¹⁹⁴¹ Artikel 63 eerste lid: "Teneinde de behandeling van het verhaal te verzekeren, kan het beheer de stafhouders of voorzitters der beroepskorpsen hooren, die de verscheidene vrije beroepen, ambten of posten vertegenwoordigen."

¹⁹⁴² Artikel 63 tweede lid: "Het kan van de Staat-, provincie- en gemeentebesturen, van de schuldeischers of schuldenaars der belastingplichtigen alle inlichtingen vorderen, waarvan zij kennis hebben en die nuttig kunnen zijn."

¹⁹⁴³ BS 1 december 1962

¹⁹⁴⁴ M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 222

¹⁹⁴⁵ *Vr. en Antw.*, Kamer, 28 juli 2008, p. 7168 (Parl. Vr. nr. 109 van mevrouw CLAES dd. 29.04.2008)

¹⁹⁴⁶ *Vr. en Antw.*, Kamer, 28 juli 2008, p. 7168 (Parl. Vr. nr. 109 van mevrouw CLAES dd. 29.04.2008)

¹⁹⁴⁷ Zie hierover: M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 233; zie dezelfde voorbeelden in F. CAPPELLE, "Het onderzoek bij derden in inkomstenbelastingen" in S. VAN CROMBRUGGE (ed.), *Gentse Geschriften. De fiscale controle*, Kalmthout, Biblo, 1993, 58; zie ook M. MORIS, *procédure fiscale approfondie en matière d'impôts directs*, Limal, Anthemis, 2014, 199; zie meer recent: de melding van de controles bij distributieketens om informatie te verkrijgen die wordt ingewonnen via de klantenkaarten (*Beknopt Verslag*, Kamercommissie Financiën, Com 452, blz. 2 (Parl. Vr. nr. 4473 van mevrouw GENOT dd. 24.04.2001))

¹⁹⁴⁸ Voorbeeld uit Nederland; zie hierover; Rb. Oost-Brabant 26 november 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6553, *Computerrecht* 2014/8, met noot T. WISMAN, hervormd door 's Hertogenbosch, 19 augustus 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1087, *P&I* 2015, afl. 2, 48 met noot M. GOUDSMIT en waarover hierna meer

¹⁹⁴⁹ Merk op dat de controle bij de landmeter-expert, bedoeld in artikel 475, 2° W.I.B. 1992 enkel betrekking heeft op het bekomen van plannen en bijhorende stukken die dienstig zijn voor het bijhouden van de kadastrale plannen. De informatie die van de landmeter-expert wordt bekomen draagt aldus niet bij tot het

Uit onderzoek bij derden dat gericht is op het controleren van de fiscale toestand van deze derde zelf, kan er ook toevallig informatie blijken die relevant is voor de belastingheffing van de belastingplichtige. Artikel 317 W.I.B. 1991 laat toe dat deze informatie ook kan worden gebruikt voor de belastingheffing van een andere belastingplichtige. Een uitzondering op dit principe staat geformuleerd in artikel 318 W.I.B. 1992: in de regel kan de fiscale administratie bij financiële instellingen geen informatie inzamelen met het oog op het belasten van hun cliënten. Op dit principe bestaan diverse uitzonderingen, waardoor een informatiestroom van de financiële instellingen naar de fiscale administratie toe mogelijk is. Deze wordt afzonderlijk besproken, hierna in onderafdeling 2.

§ 2 De verplichte informatieverstrekking van derden als inmenging in het privéleven, en het beroepsgeheim

I. De verplichte informatieverstrekking van derden als inmenging in het privéleven

738. De verplichte informatieverstrekking van derden vertoont grote gelijkenissen met de verplichte informatieverstrekking van de belastingplichtige, zowel wanneer er actief informatie wordt verstrekt, dan wel wanneer er informatie wordt verstrekt in het kader van een concreet onderzoek, in die mate dat wat betreft het toepassingsgebied van het recht op privéleven analoge conclusies kunnen worden getrokken. De informatieverstrekking is in hoofde van de derde steeds gedwongen¹⁹⁵⁰, maar vooral: in hoofde van de belastingplichtige die hierbij niet wordt betrokken, is deze informatieverstrekking ongewild. Daarnaast zorgt het private karakter van de informatie die moet worden verstrekt er doorgaans voor dat de verplichte verstrekking een inmenging vormt in het privéleven van de belastingplichtige. Wanneer derden actief of passief informatie moeten verstrekken over *natuurlijke personen* zal er immers zeer snel sprake zijn van informatie die wordt beschermd onder artikel 8 EVRM. De verplicht door derden te verstrekken informatie zal fiscaal relevant moeten zijn, waardoor ze meestal inzicht verleent in het professionele leven van de belastingplichtige, maar ook vaak in het louter private leven (al was het maar omdat het inkomen van een natuurlijke persoon een element vormt van zijn private leven). Voor het verzamelen van publieke gegevens worden derden doorgaans niet ingeschakeld: deze kan de fiscale administratie zelf inzamelen. Indien de verplichte informatieverstrekking een *rechtspersoon*

bepalen van het kadastrale inkomen en dus onrechtstreeks tot de vestiging van de inkomstenbelasting. Deze informatie-inwinning wordt aldus buiten beschouwing gelaten.

¹⁹⁵⁰ Sancties op niet-medewerking aan derdenonderzoek: administratieve boete (artikel 445 W.I.B. 1992), desnoods strafsancties (artikel 449 ev. W.I.B. 1992), waaronder specifieke strafsancties in het kader van het fiscaal getuigenverhoor (valse getuigenis: artikel 451 W.I.B. 1992), niet-verschijning of weigering om te getuigen (artikel 452 W.I.B. 1992). De sancties voor de niet-medewerking aan de actieve informatieverplichting van derden moet geval per geval worden bekeken. Zo wordt het niet-verstrekken van individuele fiches en samenvattende opgaven bedoeld in artikel 57 W.I.B. 1992 gesanctioneerd met enerzijds de niet-aftrekbaarheid van de in deze fiches opgenomen vergoedingen in hoofde van de derde (artikel 57 W.I.B. 1992) en in bepaalde gevallen het vestigen van een afzonderlijke aanslag wegens geheime commissielonen (artikel 219 W.I.B. 1992 voor wat betreft vennootschappen en artikel 223 W.I.B. 1992 voor wat betreft rechtspersonen). Slechts een minderheid in de rechtsleer meent dat er in hoofde van derden geen meewerkverplichting zou zijn: zie hierover M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 227; zie hierover ook: F. CAPPELLE, "Het onderzoek bij derden in inkomstenbelastingen" in S. VAN CROMBRUGGE (ed.), *Gentse Geschriften. De fiscale controle*, Kalmthout, Biblo, 1993, 54 met verwijzing naar C. AMAND, *les pouvoirs d'investigation du fisc*, Brussel, CED SAMSON, 1987, 75. Deze laatste aanvaardt evenwel dat er een zekere dwang uitgaat van het derdenonderzoek, al was het maar omwille van de vrees dat het niet-beantwoorden van de vraag over de belastingplichtige een onderzoek van de eigen fiscale toestand tot gevolg zal hebben (C. AMAND, *les pouvoirs d'investigation du fisc*, Brussel, CED SAMSON, 1987, 65).

betreft, zal er minder snel sprake zijn van rechtsbescherming onder artikel 8 EVRM, behoudens wanneer de betrokken rechtspersoon met een natuurlijke persoon moet worden gelijkgesteld, wanneer de derden informatie moeten verstrekken die voortkomt uit de communicatie tussen personen, of wanneer de informatie confidentiële commerciële informatie betreft van de betrokken rechtspersoon.

Het is evenwel mogelijk dat de verplichte informatieverstrekking ook een inmenging vormt in het privéleven van de derde zelf. Het is immers mogelijk dat de informatie die de derde moet prijsgeven niet alleen de onderzochte belastingplichtige betreft maar tegelijkertijd ook inzicht oplevert in het private en/of professionele leven van de derde.

II. Het beroepsgeheim kan verplichte informatieverstrekking vermijden

A. Inleiding

739. Bij de verplichte informatieverstrekking door een *belastingplichtige* zelf zal het zwijgrecht in een beperkt aantal gevallen toelaten dat ongewilde kennisname van private informatie wordt vermeden. In het kader van de verplichte informatieverstrekking door *derden* is het relevant na te gaan in welke mate het beroepsgeheim van deze derde toelaat de ongewilde kennisname van private informatie van de belastingplichtige te vermijden. De mogelijkheid om de medewerking te weigeren wegens het beroepsgeheim is doorgaans aan de orde bij het aanspreken van derden in het kader van een concreet onderzoek (passieve meewerkplicht). Maar er zijn ook wettelijke bepalingen die personen, die gehouden zijn tot het beroepsgeheim, actief dwingen tot het verstrekken van informatie. Ook bij deze actieve meewerkplicht rijst de vraag naar de verenigbaarheid met het beroepsgeheim. Een voorbeeld uit het strafrecht is de meldplicht voor advocaten als gevolg van de witwaswetgeving. De verenigbaarheid van de Franse witwaswetgeving met het beroepsgeheim werd door het EHRM in het arrest MICHAUD¹⁹⁵¹ beoordeeld. Een ander voorbeeld uit het fiscaal recht, maar dan de btw-wetgeving, is de verplichting voor advocaten om op grond van artikel 53 quinquies WBTW een btw-listing in te dienen, waarin de namen van alle btw-plichtige cliënten voorkomen aan wie ze een ereloonstaat hebben gestuurd samen met het bedrag van die staten. De verenigbaarheid van deze verplichting met het beroepsgeheim is nog geen voorwerp geweest van een uitspraak ten gronde¹⁹⁵².

740. Hierna wordt niet alleen nagegaan in welke mate het beroepsgeheim de ongewilde kennisname van bepaalde informatie kan vermijden (waardoor er ook geen sprake kan zijn van een inmenging in het privéleven). Het beroepsgeheim tracht in wezen de vertrouwensrelatie tussen de vertrouwenspersoon enerzijds en zijn patiënt of cliënt anderzijds te beschermen¹⁹⁵³. Dit blijkt de belangrijkste finaliteit te zijn van de invoering van art.458 S.W. enerzijds en deontologische regels die terzake bestaan voor diverse beroepsgroepen anderzijds. Nochtans lijkt het beschermen van de vertrouwelijkheid nauw

¹⁹⁵¹ EHRM 6 december 2012, MICHAUD/Frankrijk; in dezelfde zin voor de Belgische witwaswetgeving: GwH 10 juli 2008, nr. 102/2008

¹⁹⁵² Er is wel een uitspraak geweest in kortgeding: zie KG. Brussel (Fr.) 23 maart 2015, *JT* 2015, afl. 6625, 827 (waarin de kortgedingrechter oordeelt dat er geen sprake is van hoogdringendheid), zie ook KG Brussel (Ndl) 26 maart 2015, onuitgegeven, alsook Brussel 25 november 2015, eveneens onuitgegeven

¹⁹⁵³ Zie hierover een recent doctoraatsonderzoek: F. BLOCKX, *Beroepsgeheim*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 189-256

verwant met het beschermen van het privéleven¹⁹⁵⁴. In die zin is het relevant ook relevant na te gaan of er een privacybenadering van het beroepsgeheim mogelijk is en tot welke inzichten dit dan leidt.

B. Juridische grondslag voor de primauteit van het beroepsgeheim

741. Alvorens na te gaan in welke gevallen het beroepsgeheim kan worden ingeroepen en hierdoor een ongewilde kennisname van informatie over de belastingplichtige kan worden vermeden, moet worden nagegaan of het beroepsgeheim wel kan prevaleren op de fiscale meewerkverplichtingen. Hoewel er in de rechtsleer veelal wordt vanuitgegaan dat dit het geval is¹⁹⁵⁵, wordt hiervoor doorgaans geen rechtsgrond gegeven. De privacybenadering van het beroepsgeheim laat evenwel toe om de voorrang van het beroepsgeheim op de fiscale meewerkverplichtingen in bepaalde gevallen te verantwoorden.

742. Artikel 458 Sw.¹⁹⁵⁶ lijkt in ieder geval niet als rechtsgrond te kunnen dienen voor de voorrang van het beroepsgeheim op de fiscale meewerkverplichting. Dit artikel stelt het bekendmaken van geheimen die zijn toevertrouwd aan personen die gehouden zijn tot het beroepsgeheim weliswaar strafbaar, maar sluit het geval dat *de wet* hen verplicht die geheimen bekend te maken uit van strafbaarstelling¹⁹⁵⁷. De fiscale meewerkverplichtingen zijn zowel ten aanzien van de belastingplichtige zelf als ten aanzien van derden ingeschreven in een formele wet¹⁹⁵⁸ die derhalve als uitzonderingen kunnen worden gezien op de geheimhoudingsplicht van artikel 458 Sw.¹⁹⁵⁹.

743. Anderzijds vloeit het beroepsgeheim ook *niet uitdrukkelijk* voort uit fundamentele rechten zoals het recht op privéleven en het recht op eerlijk proces, die hun bron vinden in internationale verdragen die prevaleren op wetten van nationale staten. Het recht op eerlijk proces is overigens enkel relevant voor de beoordeling van het beroepsgeheim van de advocaat.

Artikel 8 EVRM beschermt, zoals is gebleken uit de onderafdeling over de draagwijdte van het recht op privéleven, in wezen *alle* private en professionele informatie over – in de regel - natuurlijke personen, alsook alle informatie die onderdeel uitmaakt van communicatie tussen personen. De informatie die een natuurlijke persoon toevertrouwt aan zijn

¹⁹⁵⁴ Zie hierover eveneens: F. BLOCKX, *Beroepsgeheim*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 189-256

¹⁹⁵⁵ G.-A. DAL, "Le secret professionnel de l'avocat en Belgique" in E. JANSSENS en J. MEERTS (eds.), *Het beroepsgeheim van de advocaat in Europese context*, Brussel, Larcier, 2002, 3-28; M. MAUS, "De fiscus en de discretie – en geheimhoudingsplicht van de notaris", noot onder Cass. 4 januari 2008, *Not.Fisc.M.* 2008, afl. 10, 349

¹⁹⁵⁶ Artikel 458 Sw.: "Geneesheren, heilkundigen, officieren van gezondheid, apothekers, vroedvrouwen en alle andere personen die uit hoofde van hun staat of beroep kennis dragen van geheimen die hun zijn toevertrouwd, en deze bekendmaken buiten het geval dat zij geroepen worden om in rechte of voor een parlementaire onderzoekscommissie getuigenis af te leggen en buiten het geval dat de wet hen verplicht die geheimen bekend te maken, worden gestraft met gevangenisstraf van acht dagen tot zes maanden en met geldboete van honderd euro tot vijfhonderd euro".

¹⁹⁵⁷ Ook het geval dat deze personen geroepen worden om in rechte of voor een parlementaire onderzoekscommissie getuigenis af te leggen, wordt uitgesloten van de strafbaarstelling

¹⁹⁵⁸ Van latere datum dan de wet waarbij het beroepsgeheim werd ingevoerd, met name in de Code Pénal van 1810 (F. BLOCKX, *Beroepsgeheim*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 41)

¹⁹⁵⁹ Andere voorbeelden van formele wetten die afwijken van de geheimhoudingsplicht van artikel 458 Sw, zijn bijvoorbeeld de spreekplicht van de houder van het beroepsgeheim die kennis krijgen van voornamelijk seksuele misdrijven ten aanzien van minderjarigen en andere kwetsbare groepen (artikel 458bis Sw.)

vertrouwenspersoon (zijnde de persoon gehouden tot het beroepsgeheim, zoals de advocaat, de notaris of de geneesheer) zal dus *steeds* beschermd worden door artikel 8 EVRM¹⁹⁶⁰, net zoals informatie die aan iemand wordt gecommuniceerd die niet gebonden is door het beroepsgeheim. Het beroepsgeheim wordt door het EHRM *wel* meegenomen bij de beoordeling van de proportionaliteitsvereiste van een inmenging in het privéleven. Het feit dat de inmenging in het privéleven zich richt tot een persoon die tot het beroepsgeheim gehouden is, zorgt ervoor dat aan het belang van deze persoon een groter gewicht wordt toegekend¹⁹⁶¹. Het feit dat de informatie beschermd wordt door het beroepsgeheim zorgt dus voor een *versterkte* bescherming van artikel 8 EVRM¹⁹⁶². Voor het beroepsgeheim van advocaten wordt de reden voor deze nood aan een versterkte bescherming gevonden in het belang van dit beroepsgeheim voor de goede werking van justitie en finaal de rechten gewaarborgd door artikel 6 EVRM¹⁹⁶³. Aldus staat het beroepsgeheim van de advocaat ten dienste van een maatschappelijk belang (behoud van het vertrouwen door de maatschappij in de werking van justitie) als het belang van de cliënt (behoud van diens vertrouwensrelatie). Deze dubbele finaliteit wordt ook erkend voor het medisch beroepsgeheim¹⁹⁶⁴. Daarnaast zal het beroepsgeheim ook meespelen in de beoordeling van de zogenaamde procedurele waarborgen tegen misbruik en vereist het EHRM dat er specifieke procedurele maatregelen zijn ter waarborging van dit beroepsgeheim¹⁹⁶⁵.

Ook artikel 6 EVRM beschermt *niet expliciet* het beroepsgeheim van (in dat geval) de advocaat. Zoals hierboven gesteld neemt het EHRM wel aan dat het beroepsgeheim van de advocaat essentieel is om de rechten van artikel 6 EVRM te kunnen waarborgen¹⁹⁶⁶. Essentieel voor het waarborgen van deze rechten is het feit dat de rechtsonderhorige erop kan vertrouwen dat hij alle informatie aan zijn raadsman kan meedelen die voor zijn verdediging kan dienen, zonder het risico te lopen dat deze informatie wordt doorgegeven of bekend gemaakt¹⁹⁶⁷. Zoals hierboven gesteld is het in stand houden van deze vertrouwensrelatie één van de doelstellingen van het beroepsgeheim.

¹⁹⁶⁰ Zie ook EHRM 6 december 2012, MICHAUD/Frankrijk (§91)

¹⁹⁶¹ EHRM 6 december 2012, MICHAUD/Frankrijk (§117); EHRM 16 oktober 2007, WIESER AND BICOS BETEILIGUNGEN/Oostenrijk (§§ 65 en 66); EHRM 16 december 1992, NIEMIETZ /Duitsland (§37), EHRM 24 juli 2008, ANDRE/Frankrijk (§ 41)

¹⁹⁶² EHRM 6 december 2012, MICHAUD/Frankrijk (§119)

¹⁹⁶³ EHRM 25 februari 2003, ROEMEN en SCHMIT/Luxemburg (§69); EHRM 24 juli 2008, ANDRE/Frankrijk (§41); EHRM 6 december 2012, MICHAUD/Frankrijk (§117-119); EHRM 1 december 2015, BRITO FERRINHO BEXIGA VILLA-NOVA/Portugal (§43)

¹⁹⁶⁴ EHRM 25 februari 1997, Z./Finland ; F. BLOCKX, *Beroepsgeheim*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 12 ev.

¹⁹⁶⁵ EHRM 1 december 2015, BRITO FERRINHO BEXIGA VILLA-NOVA/Portugal (§55)

¹⁹⁶⁶ Hiermee wordt met name verwezen naar het recht op een eerlijk proces (artikel 6 § 1 EVRM, van toepassing op geschillen over burgerlijke rechten en verplichtingen en op strafvervolgingen), het vermoeden van onschuld (artikel 6 § 2 EVRM, van toepassing op strafvervolgingen), waaruit het zwijgrecht of het recht zichzelf niet te incrimineren wordt afgeleid, alsook de rechten van de verdediging (artikel 6 § 3 EVRM) waartoe ook het recht op de bijstand van een advocaat naar keuze behoort.

¹⁹⁶⁷ Arbitragehof 1/Arbitragehof 24 februari 1999/3 juli 2005, nr. 125/2005, overweging B.7.1; HvJ 26 juni 2007, C-305/5, ORDE VAN FRANSTALIGE EN DUITSTALIGE BALIES EA., overweging 32; GwH 23 januari 2008, nr. 10/2008, overweging B.7.1; EHRM 6 december 2012, MICHAUD/Frankrijk (§117): *“The result is that while Article 8 protects the confidentiality of all “correspondence” between individuals, it affords strengthened protection to exchanges between lawyers and their clients. This is justified by the fact that lawyers are assigned a fundamental role in a democratic society, that of defending litigants. Yet lawyers cannot carry out this essential task if they are unable to guarantee to those they are defending that their exchanges will remain confidential. It is the relationship of trust between them, essential to the accomplishment of that mission, that is at stake. Indirectly but necessarily dependent thereupon is the right of everyone to a fair trial, including the right of accused persons not to incriminate themselves”*, zie hierover ook: M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 236

744. Vermits het beroepsgeheim geen expliciete rechtsgrond kan vinden in fundamentele rechten, zoals het recht op privéleven en het recht op eerlijk proces, dient het eerder te worden beschouwd als een *algemeen beginsel dat verband houdt met fundamentele rechten*¹⁹⁶⁸, te weten het recht op privéleven en in sommige gevallen het recht op eerlijk proces, wat de voorrang verantwoordt van dit beginsel op de fiscale meewerkverplichting. Gelet op het verband van dit algemeen beginsel met de genoemde fundamentele rechten, is een afwijking van deze voorrang onderworpen aan de voorwaarde dat de opheffing van het beroepsgeheim evenredig is aan een gerechtvaardigd doel van algemeen belang, in casu de belastingheffing¹⁹⁶⁹.

745. Voor wat betreft de inkomstenbelastingen wordt de mogelijke voorrang van het beroepsgeheim op de fiscale meewerkverplichting impliciet erkend doordat een procedure is voorgeschreven die moet worden gevolgd wanneer de vertrouwenspersoon aan wie informatie wordt gevraagd zijn beroepsgeheim inroept. Met name schrijft artikel 334 W.I.B. 1992 voor dat om tussenkomst moet worden verzocht van de tuchtoverheid opdat deze zou oordelen over de verzoenbaarheid van het beroepsgeheim met de gevraagde overlegging van informatie.

C.De evenredigheidscontrole

746. Het beroepsgeheim zal dus niet steeds de fiscale meewerkverplichtingen terzijde kunnen schuiven¹⁹⁷⁰. Dit zal slechts het geval zijn indien de opheffing van het beroepsgeheim *evenredig* is aan het dwingend doel van algemeen belang dat wordt nagestreefd, met name de juiste heffing van de belasting, en dit rekening houdend met het bijzonder gewicht dat aan dit beroepsgeheim moet worden toegekend als gevolg van de rol van dit beroepsgeheim voor het behoud van de vertrouwensrelaties (individueel en collectief).

747. De beoordeling van de verzoenbaarheid van het beroepsgeheim met de overlegging van de door de fiscale administratie gevraagde informatie in het kader van een concreet onderzoek wordt in het kader van de controle van de inkomstenbelastingen toevertrouwd aan een tuchtoverheid (artikel 334 W.I.B. 1992), dit zowel wanneer de vertrouwenspersoon worden aangesproken voor een onderzoek naar zijn eigen fiscale toestand (en er toepassing wordt gemaakt van de artikelen 315 eerste en tweede lid, 315 bis, eerste tot derde lid en 316 W.I.B. 1992), als wanneer hij wordt aangesproken in het kader van een onderzoek naar nader of niet nader bepaalde belastingplichtigen (en er toepassing wordt gemaakt van de artikelen 322 tot 324 W.I.B. 1992). Deze tussenkomst van de tuchtoverheid zal hierna verder worden besproken in het kader van de bespreking van de procedurele waarborgen.

¹⁹⁶⁸ Zie letterlijk GwH 23 januari 2008, 10/2008, overweging B.7.10; GwH 26 september 2013, nr. 127/2013, overweging B.31.2 ; GwH 5 december 2013, nr. 163/2013, overweging B.19.1 e.v; zie ook J.J.I. VERBURG, *Het Beroepsgeheim*, Arnhem, Gouda Quint, 1985, 17 die stelt dat het beroepsgeheim "intrinsiek verbonden is met fundamentele rechten", waarnaar wordt verwezen door T. AFSCRIFT en F. GODDEVRIENDT, "Het beroepsgeheim van fiscale raadgevers: *camera obscura* of *tabula rasa*?", *TFR* 2002, 295 ev.

¹⁹⁶⁹ Arbitragehof 13 juli 2005, nr. 125/2005, overweging B.7.2; EHRM 23 januari 2008, nr. 10/2008, overweging B.7.2; EHRM 6 december 2012, MICHAUD/Frankrijk (§120); GwH 26 september 2013, nr. 127/2013, overweging B.31.2

¹⁹⁷⁰ Contra: M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 236 die stelt dat de fiscale administratie zich de facto zal moeten onthouden van, in het kader van een fiscaal derdenonderzoek bij personen die tot het beroepsgeheim zijn gehouden, om vragen te stellen met betrekking tot informatie die duidelijk onder het beroepsgeheim valt

748. In het licht van deze evenredigheidsvereiste kan worden gesteld dat het beroepsgeheim veel sneller de fiscale meewerkverplichting van derden (die gehouden zijn tot het beroepsgeheim) zal kunnen terzijde schuiven, dan wanneer de meewerkverplichting gericht is tot de belastingplichtige zelf (die gehouden is tot het beroepsgeheim). Bij het inschakelen van een derde in het belastingheffingsproces rijst immers steeds de vraag of deze meer privacyinvasieve werkwijze niet kan worden vermeden door een minder privacyinvasieve werkwijze die erin bestaat de informatie bij de belastingplichtige zelf te halen. Wanneer de derde die wordt ingeschakeld in de informatiegaring gehouden is tot het beroepsgeheim zal in dat kader sneller kunnen worden besloten dat de maatregel onevenredig is dan wanneer de derde niet gehouden is tot het beroepsgeheim¹⁹⁷¹. Bij een controle van de eigen fiscale toestand van de vertrouwenspersoon zal dit argument uiteraard niet spelen. Dit betekent evenwel niet dat het beroepsgeheim geen betekenis zou hebben bij de controle van een belastingplichtige die zelf tot het beroepsgeheim gehouden is¹⁹⁷². Met name zal van de gevraagde informatie evengoed moeten worden nagezien (in de mate dat de informatie beschermd wordt door het beroepsgeheim) of deze informatie wel noodzakelijk is voor de belastingheffing van de vertrouwenspersoon. Een typisch voorbeeld zijn de namen van de cliënten of patiënten van de advocaat of geneesheer. Hierna zal worden aangetoond dat deze namen op zich onder het beroepsgeheim vallen. De vraag rijst derhalve of de bekendmaking van deze namen van cliënten (bijvoorbeeld op een ereloonstaat) noodzakelijk en proportioneel is aan het doel van de bekendmaking, in casu de belastingheffing van de vertrouwenspersoon zelf. Hierover wordt doorgaans verdedigd dat deze kunnen worden vervangen door bijvoorbeeld een nummer¹⁹⁷³, of kunnen worden bedekt¹⁹⁷⁴.

749. Ook het EHRM voerde deze evenredigheidscontrole uit in het hiervoor al aangehaalde arrest MICHAUD, bij het onderzoek naar de vraag of de wettelijke verplichting om informatie te melden in het kader van de Franse witwaswetgeving, verenigbaar is met het beroepsgeheim. Het EHRM meent dat de meldplicht evenredig is met het beoogde doel. Het EHRM houdt hierbij rekening met twee factoren. Vooreerst geldt de meldingsplicht niet voor informatie die de advocaat bekomt in het kader van het voorbereiden, voeren en voorkomen van gerechtelijke procedures, waardoor de informatie die de advocaat bekomt wanneer hij zijn meest essentiële rol vervult (namelijk het verdedigen van zijn cliënt) niet moet worden gemeld¹⁹⁷⁵. Het beschermen van deze fundamentele rol vormt zoals gezegd de

¹⁹⁷¹ Contra: T. AFSCHRIFT en F. GODDEVRIENDT, "Het beroepsgeheim van fiscale raadgevers: *camera obscura* of *tabula rasa*?", *TFR* 2002, 295 ev.; die menen dat bij een derdenonderzoek er steeds moet worden geweigerd te antwoorden

¹⁹⁷² F. CAPPELLE, "Het onderzoek bij derden in inkomstenbelastingen" in S. VAN CROMBRUGGE (ed.), *Gentse Geschriften. De fiscale controle*, Kalmthout, Biblo, 1993, 70; T. LITANNIE, "Le controle fiscale et la protection du contribuable", in in P. JAILLOT, *les pouvoirs d'investigation du fisc et les délais d'imposition*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, 166

¹⁹⁷³ G.-A. DAL, "Le secret professionnel de l'avocat en Belgique" in E. JANSSENS en J. MEERTS (eds.), *Het beroepsgeheim van de advocaat in Europese context*, Brussel, Larcier, 2002, 23

¹⁹⁷⁴ Gent 15 juni 2010, RABG 2010, afl. 19, 1244 ev., noot E. VRIJDEERS; Bergen 1 april 2016, *Fiscoloog* 2016, nr. 1481, 3; T. AFSCHRIFT en F. GODDEVRIENDT, "Het beroepsgeheim van fiscale raadgevers: *camera obscura* of *tabula rasa*?", *TFR* 2002, 295 ev.

¹⁹⁷⁵ Voor het Hof van Justitie is dit een doorslaggevend element in de beoordeling van de vraag of het onderwerpen van advocaten aan de meldplicht van de witwaswetgeving strijdig is met artikel 6 EVRM: HvJ 26 juni 2007, C-305/5, ORDE VAN FRANSTALIGE EN DUITSTALIGE BALIES EA.; Ook het Grondwettelijk Hof meent dat dit een doorslaggevend element is in de beoordeling van de conformiteit van de meldplicht van de advocaten met het beroepsgeheim: GwH 23 januari 2008, nr. 10/2008, overweging B.9.6

finaliteit van het beroepsgeheim. Aan deze finaliteit wordt aldus in wezen niet geraakt. Ten tweede hecht het EHRM veel belang aan het feit dat de informatie door de advocaat eerst moet worden gemeld aan de voorzitter van de balie, die een filterfunctie vervuld in het doorgeven van de informatie aan de overheden en aldus een procedurele waarborg vormt voor het beschermen van de rechten van de rechtsonderhorige¹⁹⁷⁶. Uit dit oordeel dient al bij al te worden afgeleid dat het belang van het beroepsgeheim, althans ten aanzien van de informatie die de advocaat bekomt bij het verdedigen van zijn cliënten (in een ruime zin van het woord), zwaarder doorweegt dan de preventie en opsporing van witwasmisdrijven.

D.De tot het beroepsgeheim gehouden personen en de informatie die door het beroepsgeheim is gedekt

750. Rest dan nog de vraag welke personen gehouden zijn tot het beroepsgeheim en welke informatie door het beroepsgeheim wordt beschermd. Alleen van deze informatie rijst immers de vraag of de verplichting ze mee te delen evenredig is met het doel van de informatie-inzameling, zijnde hetzij de belastingheffing van de vertrouwenspersoon, hetzij de belastingheffing van de persoon (doorgaans cliënt of patiënt) die deze informatie heeft toevertrouwd.

751. Het beroepsgeheim moet vooreerst worden gerespecteerd door medische beroepen, waaronder “*de geneesheren, heelkundigen, officieren van gezondheid, apothekers en vroedvrouwen*”, zoals uitdrukkelijk vermeld in artikel 458 Sw. Daarnaast kunnen ook “*alle andere personen die uit hoofde van hun staat of beroep kennis dragen van geheimen die hun zijn toevertrouwd*”, zich op hun beroepsgeheim baseren om een onevenredige vraag tot voorlegging van informatie te weigeren (zie ook artikel 458 Sw.). De rechtspraak heeft deze laatste omschrijving geconcretiseerd. B. ALLEMEERSCH heeft de rechtspraak van 1830 tot 2003 terzake bestudeerd. Naar deze studie kan worden verwezen¹⁹⁷⁷. De rechtspraak heeft zo met name de advocaat¹⁹⁷⁸, de notaris en de gerechtsdeurwaarder¹⁹⁷⁹ aangewezen als personen die gehouden zijn tot het beroepsgeheim. Bepaalde beroepsgroepen zijn door de rechtspraak ook uitdrukkelijk uitgesloten van het beroepsgeheim, zoals de bankier¹⁹⁸⁰ en de wisselagent¹⁹⁸¹. Ook rechtspersonen kunnen gehouden zijn tot het beroepsgeheim¹⁹⁸². Daarnaast kunnen ook latere formele wetten het toepassingsgebied van artikel 458 Sw. uitbreiden¹⁹⁸³, zoals dit het geval is geweest voor de bijvoorbeeld de externe boekhouder (artikel 58 lid 3 van de wet van 22 april 1999 over de boekhoudkundige en fiscale beroepen).

752. Tot slot rijst nog de vraag welke informatie is beschermd door het beroepsgeheim. Na zijn hierboven al aangehaalde uitvoerige studie besluit B. ALLEMEERSCH dat het

¹⁹⁷⁶ Zie ook GwH 23 januari 2008, nr. 10/2008, overweging B.14.2

¹⁹⁷⁷ B. ALLEMEERSCH, “Het toepassingsgebied van artikel 458 Sw. Over het succes van het beroepsgeheim en het geheim van dat succes”, *RW* 2003-2004, nr. 1, 5 ev.

¹⁹⁷⁸ Cass. 20 februari 1905, *Pas.* 1905, I, 141; Cass. 13 juni 1963, *Pas.* 1963, I, 1079; Cass. 15 december 1994, *Arr. Cass.* 1994, 1118

¹⁹⁷⁹ Cass. 20 februari 1905, *Pas.* 1905, I, 141

¹⁹⁸⁰ Cass. 25 oktober 1978, *Arr. Cass.* 1978-79, 223

¹⁹⁸¹ Cass. 26 september 1966, *Pas.* 1967, I, 89

¹⁹⁸² B. ALLEMEERSCH, “Het toepassingsgebied van artikel 458 Sw. Over het succes van het beroepsgeheim en het geheim van dat succes”, *RW* 2003-2004, nr. 1, 5

¹⁹⁸³ Zie hierover: B. ALLEMEERSCH, “Het toepassingsgebied van artikel 458 Sw. Over het succes van het beroepsgeheim en het geheim van dat succes”, *RW* 2003-2004, nr. 1, 5; M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 236-237

beroepsgeheim “*alle informatie beschermt waarvan de kennisname is gebeurd tijdens de uitoefening door de confident van zijn ambt of functie of terwijl hij wegens die hoedanigheid werd aangesproken, voor zover althans deze informatie in redelijk verband staat met de uitoefening van het ambt of de functie door de confident en zij inherent vertrouwelijk is of expliciet dan wel impliciet onder voorwaarde van geheimhouding is toevertrouwd aan de confident*”¹⁹⁸⁴. Deze omschrijving is op zich zeer ruim. Zo speelt de inhoud van de informatie in wezen geen rol. Zelfs de loutere contactname met een persoon die gehouden is tot het beroepsgeheim is informatie die door het beroepsgeheim wordt beschermd¹⁹⁸⁵, zodat het prijsgeven – in casu – aan de fiscale administratie van de namen van bijvoorbeeld de patiënten of cliënten van een geneesheer of advocaat in strijd *kan* zijn met het beroepsgeheim¹⁹⁸⁶, in de mate dat het opvragen van deze informatie bij de vertrouwenspersoon onevenredig is aan het beoogde doel (hetzij de heffing van belastingen bij de vertrouwenspersoon, hetzij de heffing van belastingen bij de cliënt of patiënt). Zowel informatie die door de patiënt of cliënt aan de vertrouwenspersoon is toevertrouwd, als informatie die de vertrouwenspersoon op een andere wijze over de patiënt of cliënt heeft vernomen, vastgesteld of ontdekt¹⁹⁸⁷, wordt beschermd door het beroepsgeheim. Zo zal informatie over de cliënt van de externe boekhouder, bekomen van derden, beschermd worden door het beroepsgeheim¹⁹⁸⁸ en kan de mededeling van deze informatie door de externe boekhouder aan de fiscale administratie in strijd zijn met het beroepsgeheim in de mate dat deze mededeling niet evenredig is met de finaliteit (hetzij de belastingheffing van de vertrouwenspersoon, hetzij de belastingheffing van de cliënt). De informatie moet wel bij de vertrouwenspersoon zijn terecht gekomen in het kader van de uitoefening van zijn vertrouwensopdracht. De informatie die bij een advocaat terecht komt in zijn hoedanigheid van gerechtelijk mandataris, zal zo niet onder het beroepsgeheim vallen¹⁹⁸⁹. De informatie moet ten slotte vertrouwelijk zijn. Publieke informatie kan nooit beschermd worden door het beroepsgeheim. Zo zal een notaris een lijst met vennootschapsakten waarin bepaalde belastingplichtigen worden genoemd, aan de fiscale administratie moeten overmaken zonder zich op zijn beroepsgeheim te kunnen beroepen¹⁹⁹⁰. De vraag naar de evenredigheid rijst in dat geval dus niet eens.

§ 3 De verplichte informatieverstrekking door derden en de legaliteitsvereiste

I. De actieve informatieverstrekking door derden

753. In de mate dat de verplichte *actieve* verstrekking van informatie door derden als inmenging moet worden beschouwd in het privéleven van de belastingplichtige (of van de derde zelf), dient deze gebaseerd te zijn op een kwalitatieve wettelijke basis. Het is hierbij in wezen van geen belang dat de informatie die de derde aan de fiscale administratie verstrekt ook van belang is voor de eigen belastingheffing van de derde (zoals dit bijvoorbeeld het

¹⁹⁸⁴ B. ALLEMEERSCH, “Het toepassingsgebied van artikel 458 Sw. Over het succes van het beroepsgeheim en het geheim van dat succes”, *RW* 2003-2004, nr. 1, 12

¹⁹⁸⁵ ALLEMEERSCH, “Het toepassingsgebied van artikel 458 Sw. Over het succes van het beroepsgeheim en het geheim van dat succes”, *RW* 2003-2004, nr. 1, 12

¹⁹⁸⁶ Zie KG Brussel (Fr.) 23 maart 2015, *JT* 2015, afl. 6625, 827

¹⁹⁸⁷ ALLEMEERSCH, “Het toepassingsgebied van artikel 458 Sw. Over het succes van het beroepsgeheim en het geheim van dat succes”, *RW* 2003-2004, nr. 1, 13; KG Brussel (Fr.) 23 maart 2015, *JT* 2015, afl. 6625, 827

¹⁹⁸⁸ Cass. 22 februari 2011, *Arr.Cass.* 2011, afl. 2, 588

¹⁹⁸⁹ M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 238

¹⁹⁹⁰ Cass. 4 januari 2008, *Not.Fisc.M.* 2008, afl. 10, 349, noot M. MAUS

geval is voor de informatie die over de belastingplichtige kan worden afgeleid uit de aangifte in de bedrijfsvoorheffing).

754. Het actief verstrekken van informatie, in de mate dat dit een inmenging vormt in het recht op privéleven, zal daarom niet gebaseerd kunnen zijn op een akkoord tussen enerzijds de fiscale administratie en anderzijds de derden of een sectorvertegenwoordiger waartoe deze derde behoort¹⁹⁹¹. Ook een circulaire kan bijvoorbeeld niet de wettelijke grondslag vormen voor de uitwisseling van dergelijke informatie¹⁹⁹². Het moet daarenboven gaan over een formele wet, die omwille van de voorzienbaarheidsvereiste, voldoende duidelijk moet zijn over het toepassingsgebied van de verplichte actieve verstrekking en de wijze waarop dit moet gebeuren¹⁹⁹³. Aangenomen dat een groot deel van de actieve informatieverstrekking van derden betrekking zal hebben op persoonsgegevens, zal de wet ook duidelijkheid moeten verschaffen over essentiële beginselen van het persoonsgegevensbeschermingsrecht, waaronder de concrete finaliteit van de verplichte verstrekking en de bewaartermijn¹⁹⁹⁴. De verduidelijking in de wet van de concrete finaliteit van de verplichte informatieverstrekking zal in het bijzonder nodig zijn wanneer de verplicht te verstrekken informatie strikt genomen niet nodig is voor de berekening van de belasting (van derden), maar een andere finaliteit dient, zoals het controleren van belastingplichtigen, zodat onder meer de proportionaliteit van de maatregelen kan worden beoordeeld in functie van deze concrete doelstelling¹⁹⁹⁵.

II. Het derdenonderzoek

A. Inleiding

755. Het passief verstrekken van informatie op basis van een concreet verzoek van de belastingadministratie moet, in de mate dat de informatieverstrekking als een inmenging in het privéleven moet worden beschouwd, eveneens een grondslag vinden in een voldoende voorzienbare formele wet. Het hier bedoelde derdenonderzoek wordt geregeld in formele wetten, met name de artikelen 322 § 1 W.I.B. 1992¹⁹⁹⁶, artikel 323 W.I.B. 1992, alsook artikel 475, 1° W.I.B. 1992. De vraag rijst of deze bepalingen voldoende voorzienbaar zijn. Aangezien het gaat om wetten die aan de fiscale administratie een discretionaire bevoegdheid verlenen op vlak van dit derdenonderzoek, houdt dit met name in dat de

¹⁹⁹¹ In Nederland maakte de media melding van een protocol tussen Markplaats.nl (een forum voor de verkoop van tweedehandsmateriaal) en de Nederlands Belastingdienst (www.rtlnieuws.nl/8/10/2014)

¹⁹⁹² Merk op dat M. MAUS in zijn proefschrift (M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 232-233) circulaire citeert uit de jaren '60 – '80 waaruit een automatische uitwisseling van gegevens tussen bepaalde actoren uit de privésector en de administratie zou blijken (o.m. ten aanzien van verzekeringsmaatschappijen, bepaalde fabrikanten en groothandelaars, en organisatoren van sportwedstrijden). Zie ook: C. AMAND, *les pouvoirs d'investigation du fisc*, Brussel, CED SAMSON, 1987, 71; Geen van de geciteerde circulaire wordt evenwel nog gepubliceerd op de informatiewebsite van de fiscale administratie (www.fisconet.fgov.be) zodat wordt aangenomen dat deze circulaire inmiddels zijn ingetrokken.

¹⁹⁹³ EHRM 26 april 1979 SUNDAY TIMES/VK (zie §§ 48 en 49); EHRM 2 augustus 1984 MALONE/VK (§67); EHRM 26 maart 1987 LEANDER/Zweden (§51) en andere

¹⁹⁹⁴ EHRM 4 mei 2000, ROTARU/Roemenie; EHRM 4 december 2008, S. AND MARPER/VK; GwH 18 maart 2010, nr. 29/2010; GwH 13 januari 2011, 1/2011, B.12.1

¹⁹⁹⁵ Merk op dat ook D. DE BOT in zijn doctoraatsonderzoek een onderscheid maakt tussen gegevens die worden uitgewisseld met het oog op controle en deze die worden uitgewisseld met het oog op dienstverlening naar de burger toe. De BOT onderzoekt alleen de laatste vorm en stelt dat bij de gegevensuitwisseling met het oog op controle er veel sneller sprake zal zijn van een inmenging in het privéleven alsook van problemen inzake onverenigbaar hergebruik (D. DE BOT, *E-government in het federale België*, Brussel, Politeia, 2015, 199)

¹⁹⁹⁶ En daarmee samenhangend: artikel 325 en 326 W.I.B. 1992

wetten deze discretionaire bevoegdheid voldoende dienen af te bakenen, zodat de wet een waarborg vormt tegen misbruik. De voorzienbaarheid van de wettelijke bepalingen moet daarbij niet met dezelfde strengheid worden beoordeeld als de wettelijke bepalingen die de fiscale visitatie toelaten. Het betreden van iemands woning of beroepslokaal is niet van dezelfde orde als het inzamelen van private informatie. Anderzijds is het duidelijk dat het opvragen van informatie bij een derde privacyinvasiever is dan het opvragen van informatie bij de belastingplichtige zelf, zodat het derdenonderzoek ook niet met dezelfde soepelheid kan worden beoordeeld als het onderzoek bij de belastingplichtige, zeker omdat de derde doorgaans¹⁹⁹⁷ niet wordt ingelicht van deze informatie-inzameling.

B. Voorzienbaarheid van de uitvoeringswijze

756. Wat betreft de uitvoeringswijze gelden terzake de artikelen 322 § 1, 323 en 475, 1° W.I.B. 1992 in wezen gelijkaardige vaststelling als deze die terzake artikel 316 W.I.B. 1992 kunnen worden gemaakt. Hoewel er weinig informatie wordt gegeven over de wijze van uitvoering, lijken deze wettelijke bepalingen toch voorzienbaar. Ze verduidelijken allen binnen welke termijn er dient te worden geantwoord (de administratie kan de termijn bepalen¹⁹⁹⁸, en kan die om wettige redenen verlengen¹⁹⁹⁹). De administratie lijkt daarnaast de vragen zowel mondeling als schriftelijk te kunnen stellen²⁰⁰⁰, omdat de wettelijke bepalingen terzake niets vermelden²⁰⁰¹. Wat betreft artikel 322 § 1 W.I.B. 1992 moeten twee vormen van mondelinge vragen worden onderscheiden, met name het stellen van mondelinge vragen door middel van een formeel geregeld getuigenverhoor enerzijds en het stellen van mondelinge vragen buiten het formeel kader van het getuigenverhoor, anderzijds. Artikel 322 § 2 W.I.B. 1992 stelt met name expliciet dat de administratie *“geschreven attesten kan inzamelen, derden horen, een onderzoek instellen en (...) alle inlichtingen vorderen”*. Er wordt algemeen aangenomen dat het in wezen over twee types van onderzoekshandelingen gaat²⁰⁰²: enerzijds het inzamelen van attesten en het vorderen van inlichtingen (wat in wezen zowel mondeling als schriftelijk kan worden gevraagd), anderzijds het horen van derden en het instellen van een onderzoek, waarvan wordt aangenomen dat hier het getuigenverhoor wordt bedoeld, zoals verder afzonderlijk geregeld in de artikelen 325 en 326 W.I.B. 1992.

757. Wat betreft het stellen van mondelinge vragen werd in verband met artikel 316 W.I.B. 1992 al gesteld dat een aantal bedenkingen kunnen worden gemaakt rond mogelijk misbruik, onder meer omdat er voor mondelinge vragen geen antwoordtermijn is. Bij mondelinge vragen die in het kader van artikel 322 § 1 W.I.B. 1992 zouden worden gesteld,

¹⁹⁹⁷ Bij het getuigenverhoor, zie hierna, wordt de belastingplichtige wel opgeroepen

¹⁹⁹⁸ Wat betreft artikel 322 § 1 W.I.B. 1992 dat een derdenonderzoek toelaat bij derden die niet noodzakelijk een professionele band hebben met de belastingplichtige (zie hierover verder hierna) stelt de administratieve commentaar dat de administratie zich bij het bepalen van deze termijn “zeer breed” moet tonen (Comm.IB 322/13).

¹⁹⁹⁹ Artikel 475, 1° W.I.B. 1992 bepaalt enkel dat de fiscale administratie de termijn kan kiezen, er kan evenwel worden aangenomen dat het de administratie steeds toegestaan is de termijn te verlengen.

²⁰⁰⁰ F. CAPPELLE, “Het onderzoek bij derden in inkomstenbelastingen” in S. VAN CROMBRUGGE (ed.), *Gentse Geschriften. De fiscale controle*, Kalmthout, Biblo, 1993, 53; M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 227

²⁰⁰¹ Nochtans zal de opvragen van inlichtingen bij derden doorgaans schriftelijk gebeuren. Voor wat betreft de toepassing van artikel 322 § 1 W.I.B. 1992 1992 gebeurt dit via een formulier 332ter (zie Comm.IB 322/11)

²⁰⁰² M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 225, met verwijzingen aldaar, zie ook Comm.IB 322/2

lijkt er wel steeds een antwoordtermijn te moeten worden toegekend. De wet stelt immers dat de administratie “*binnen een door haar bepaalde termijn (...) inlichtingen kan vorderen*” (wat dan zowel mondeling als schriftelijk lijkt te kunnen). Artikel 316 W.I.B. 1992 stelt daarentegen dat “*de belastingplichtige verplicht is binnen de maand (...) na de verzending van de aanvraag, schriftelijk alle inlichtingen te verstrekken*” en dat dit geldt “*onverminderd het recht van de administratie tot het vragen van mondelinge inlichtingen*”. Het stellen van mondelinge vragen aan derden (buiten de context van het getuigenverhoor) lijkt in die context dan ook niet erg privacyinvasief te zijn voor de derde zelf, in de mate dat hem al wordt gevraagd om informatie prijs te geven die niet alleen de belastingplichtige betreft, maar die ook inzicht geeft in zijn eigen private of professionele leven.

758. Het getuigenverhoor werd door de wetgever ingevoerd als een maatregel waarvan slechts uitzonderlijk gebruik kan worden gemaakt, met name wanneer de belastingplichtige de oprechtheid van de door derden verstrekte inlichtingen betwist en wanneer een confrontatie tussen getuigen en belastingplichtige belang biedt²⁰⁰³. Dit uitzonderlijk en subsidiair karakter van het getuigenverhoor wordt evenwel geenszins weergegeven in de wet, zodat de administratie in wezen in elke omstandigheid tot een getuigenverhoor kan beslissen. Het getuigenverhoor is evenwel *niet noodzakelijk* privacyinvasiever dan het mondeling of schriftelijk opvragen van inlichtingen. In hoofde van de belastingplichtige heeft het getuigenverhoor alvast het voordeel dat hij bij deze informatie-inzameling betrokken wordt, wat deze vorm van informatie-inzameling zelfs minder privacyinvasief maakt. Ook in hoofde van de derde die wordt ondervraagd, zal het getuigenverhoor niet noodzakelijk privacyinvasief zijn vermits de derde niet noodzakelijk informatie zal moeten prijsgeven die inzicht verstrekt in zijn eigen private of professionele leven. Het inschrijven in de wet van de subsidiariteit van het getuigenverhoor dringt zich vanuit privacyoogpunt dan ook niet meteen op. Dit betekent niet dat het getuigenverhoor niet de facto zeer privacyinvasief kan zijn voor zowel de belastingplichtige als de derde, omwille van de aard van de vragen die worden gesteld, en het dwingend-formeel karakter dat van het getuigenverhoor uitgaat (eedeflegging derde, aanwezigheid van de belastingplichtige, opstelling proces-verbaal). De keuze voor een getuigenverhoor moet in die context dan ook bij voorkeur worden beoordeeld in het kader van de noodzakelijkheidsvereiste. De wijze waarop het getuigenverhoor moet worden uitgevoerd is voldoende duidelijk geregeld opdat de betrokkenen weten waar zij aan toe zijn (oproeping van de belastingplichtige, afleggen van de eed, opstellen van een proces-verbaal, afnemen verhoor enkel door een ambtenaar met een hogere graad dan die van attaché²⁰⁰⁴).

759. Wat betreft het derdenonderzoek in het kader van de controle van het kadastraal inkomen (enkel bij de huurder), is de wijze van uitvoering eveneens voldoende duidelijk. Bij de huurder (artikel 475, 1° W.I.B. 1992) lijken zowel mondelinge als schriftelijke inlichtingen te kunnen worden opgevraagd. Ook een boekenonderzoek bij deze derde lijkt mogelijk op

²⁰⁰³ Parl. St. Kamer, 1961-1962, 264/1, 111 waarnaar wordt verwezen in M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 227-228

²⁰⁰⁴ M. MORIS gaat ervan uit dat elk derdenonderzoek van artikel 322 § 1 W.I.B. 1992 door een dergelijke hogere ambtenaar moet worden uitgevoerd (M. MORIS, *procédure fiscale approfondie en matière d'impôts directs*, Limal, Anthemis, 2014, 179). Dit standpunt lijkt niet te kunnen worden gevolgd nu de wet dit uitdrukkelijk voorschrijft voor het uitvoeren van onderzoeken en het horen van derden (tweede type van onderzoekshandeling)

basis van een letterlijke lezing van de wet, zij het dat dit boekenonderzoek er enkel op gericht kan zijn de juistheid van de verstrekte inlichtingen na te gaan.

C.Voorzienbaarheid van het toepassingsgebied

760. Wat het toepassingsgebied betreft lijkt er wel een fundamenteel probleem te zijn op vlak van de voorzienbaarheid. Het toepassingsgebied is immers bijzonder ruim omschreven, zowel wat betreft de personen die aan het derdenonderzoek kunnen worden onderworpen (met uitzondering van artikel 475, 1° W.I.B. 1992, dat een derdenonderzoek enkel mogelijk maakt ten aanzien van de huurder)(eerste aspect), als wat betreft de informatie die kan worden gevraagd (tweede aspect), als wat betreft de omstandigheden waarin het derdenonderzoek mogelijk is (derde aspect).

1.Personeel toepassingsgebied

761. Wat betreft de *personen die aan een derdenonderzoek kunnen worden onderworpen* (eerste aspect) stellen zowel artikel 322 § 1 als artikel 323 W.I.B. 1992 zeer algemeen dat dit kan voor alle natuurlijke personen en rechtspersonen alsook verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid. De derden moeten wel gevestigd zijn in België omwille van de territorialiteit van de onderzoeksbevoegdheid van de fiscale administratie²⁰⁰⁵.

762. De administratie gaat er daarbij voor wat betreft de toepassing van artikel 323 W.I.B. 1992 (onderzoek over niet nader bepaalde belastingplichtigen) van uit dat het moet gaan over een derde die een professionele band heeft met de belastingplichtige²⁰⁰⁶. Deze voorwaarde staat niet in de wet. De wet vermeldt enkel dat de derde *“rechtstreeks of onrechtstreeks in betrekking moet zijn geweest met de belastingplichtige uit hoofde van diens verrichtingen of activiteiten”*. De vereiste van de professionele band met de belastingplichtige wordt wel als dusdanig door de rechtspraak erkend²⁰⁰⁷. Hoewel de voorzienbaarheid van de wet door het EHRM wordt beoordeeld, rekening houdend met de gangbare interpretatie van de wet door de rechtspraak, moet hier toch rekening worden gehouden met het feit dat de rechtspraak zeer beperkt is en er bovendien geen bevestiging is van dit standpunt door het Hof van Cassatie. Vanuit dit oogpunt lijkt het *aangewezen* deze voorwaarde in de wet te vermelden, opdat de betrokkenen weten waar zij aan toe zijn. Het is ook onduidelijk wat moet worden begrepen onder deze *“rechtstreekse of onrechtstreekse”* (professionele) band²⁰⁰⁸ waarvan sprake in de wet. Een voorbeeld uit de praktijk maakt dit duidelijk. Bij een BBI-onderzoek bij Worldline (de grootste beheerder van elektronisch betalingsverkeer in België) die – naar mag worden aangenomen – gebaseerd is op artikel 323 W.I.B. 1992, wil de fiscale administratie informatie bekomen over de *klanten van de klanten* van Worldline. De fiscale administratie wil met name te weten komen wie wat heeft betaald bij klanten van Wordline, zoals restaurants, winkelketens en dergelijke meer, of wie bij voorbeeld cash bedragen heeft afgehaald bij een bankautomaat. Met deze

²⁰⁰⁵ Comm.IB 322/9

²⁰⁰⁶ Comm.IB 323/2 met verwijzing naar *Bull.Bel.* 1984, 1497 (Parl. Vr. senator Hismans, 2 februari 1984). Voor wat betreft het derdenonderzoek over welbepaalde belastingplichtigen (artikel 322 § 1 W.I.B. 1992) wordt in de administratieve commentaar – vrij evident – enkel gesteld dat het moet gaan over personen met wie de derden in contact zijn geweest (Comm.IB 322/4).

²⁰⁰⁷ Antwerpen 10 maart 1998, *Fisk. Koer.* 1998, 231

²⁰⁰⁸ Zie hierover: S. DE RAEDT, “De BBI-controle bij Worldline: een testcase van formaat”, *TFR* 2016, 923 ev.

klanten heeft Worldline *geen* enkele professionele relatie. Nog los van de vraag of een dergelijke controle niet als een omzeiling van het bankgeheim moet worden beschouwd²⁰⁰⁹, toont dit voorbeeld aan dat het niet zeer duidelijk is wat onder een onrechtstreekse relatie moet worden verstaan en of bijvoorbeeld de klanten van de klanten als een dergelijke onrechtstreekse relatie moeten worden gezien²⁰¹⁰. Vanuit het oogpunt van de voorzienbaarheid ware verduidelijking op dat vlak eveneens wenselijk, al was het door een voldoende kenbare administratieve commentaar.

763. Dit lijkt evenwel niet het meest essentiële probleem te zijn op het vlak van de voorzienbaarheid van het personeel toepassingsgebied van deze bepalingen. Voor wat betreft artikel 323 W.I.B. 1992 is het personeel toepassingsgebied, zelfs met de beperking dat er een professionele band moet zijn, zo ruim omschreven dat het toelaat niet alleen voor de hand liggende derdenonderzoeken uit te voeren bij bijvoorbeeld klanten of leveranciers van de belastingplichtige, waaraan de belastingplichtige zich nog redelijkerwijs kan verwachten. De bepaling laat ook toe om onderzoek uit te voeren die doorgaans buiten de privacyverwachting van de belastingplichtige ligt en waarbij gevoelige informatie wordt ingewonnen die toelaat een goed beeld te krijgen over het (private) doen en laten van de belastingplichtige. Hierboven werden al de voorbeelden aangehaald van controles bij wijnhandelaren en reisbureaus, alsook bij distributieketens, waardoor de administratie in staat is een beeld te krijgen van het privaat consumptiegedrag van de belastingplichtige. Een recenter voorbeeld is de hiervoor al vermelde controle bij Worldline. Een beheerder van elektronisch betalingsverkeer beschikt over een massa private informatie: hij weet wie waar welk bedrag heeft betaald of afgehaald. Ook zou de fiscale administratie informatie kunnen opvragen bij telecommunicatiebedrijven die telecommunicatiediensten leveren die zelfs enkel privé worden gebruikt (bijvoorbeeld GSM- of internetabonnement). De fiscale administratie zou met name interesse kunnen hebben in de lokalisatiegegevens waarover deze telecommunicatiebedrijven beschikken vermits door gebruik van mobiele telefonie de gebruiker potentieel constant kan worden gelokaliseerd. Deze lokalisatiegegevens zouden bijvoorbeeld kunnen dienen om te bepalen in welke staat een persoon moet worden geacht rijksinwoner te zijn, of om te bepalen hoeveel privékilometers iemand heeft afgelegd, of om te bepalen waar een persoon zijn feitelijke woonplaats heeft (gemeentebelasting)²⁰¹¹. Ook energieleveranciers kunnen fiscaal nuttige informatie hebben. De verbruiksgegevens zullen bijvoorbeeld interessant zijn voor de controle van het werkelijk verblijf op een bepaald adres²⁰¹². Ook een vertrouwenspersoon zoals een advocaat of arts wordt op geen enkele

²⁰⁰⁹ Zie in die zin : S. DE RAEDT, "De BBI-controle bij Worldline: een testcase van formaat", *TFR* 2016, 923 ev.; zie ook: J. VANDEN BRANDEN, "Opvragen bankgegevens aan Banksys is een daad van machtsafwending", *TFR* 2005, 449 ev., noot bij Cass. 1 oktober 2004. Door deze controle verkrijgt de fiscale administratie immers bancaire informatie van een onderaannemer van de financiële instellingen bij wie een bankonderzoek slechts onder strikte voorwaarden mogelijk is.

²⁰¹⁰ Het Hof van Cassatie heeft enkel verduidelijkt dat voor de toepassing van artikel 322 § 1 W.I.B. 1992 het niet vereist is dat de derde eigenaar moet zijn van de gegevens: Cass. 1 oktober 2004, *TFR* 2005, 447, met noot J. VANDEN BRANDEN

²⁰¹¹ zie hierover: F. MORTIER, "Geolocalisatie in een fiscale context", *TFR* 2016, 971

²⁰¹² Bij het opvragen van gegevens bij telecommunicatiebedrijven en bij energieleveranciers rijst wel de vraag, net zoals dit het geval voor eender welke derde die wordt aangesproken of deze derden, of deze derden de gevraagde gegevens nog wel heeft bewaard. Aangenomen dat veel van de via het derdenonderzoek gevraagde gegevens persoonsgegevens zijn, is de derde immers op grond van het persoonsgegevensbeschermingsrecht gehouden deze persoonsgegevens niet langer te bewaren dan nodig voor de finaliteit van de verwerking. Wanneer een werkgever bijvoorbeeld lokalisatiegegevens van zijn werknemers verwerkt met het oog op een welbepaalde controle van deze werknemers, wordt aanbevolen deze gegevens slechts voor een beperkte periode van twee maand te bewaren (Opinion 5/2005 van de Article 29 Working Party on the use of location

wijze uitgesloten van het personeel toepassingsgebied, hoewel het verzamelen van informatie bij deze vertrouwenspersonen buiten de redelijke privacyverwachting van de belastingplichtige zal liggen.

764. Alle hiervoor vermelde derden die buiten de privacyverwachting van de belastingplichtige kunnen worden aangesproken in het kader van een derdenonderzoek over niet-nader bepaalde belastingplichtigen, kunnen ook worden aangesproken in het kader van een derdenonderzoek over een welbepaalde belastingplichtige. Het personeel toepassingsgebied van artikel 322 § 1 W.I.B. 1992 is, door het feit dat er geen professionele band voorhanden hoeft te zijn²⁰¹³, bovendien en zo mogelijk nog ruimer. Op grond van deze bepaling is het mogelijk dat de (ex-)partner van de belastingplichtige wordt aangesproken in het kader van een derdenonderzoek of dat een derde die bijvoorbeeld een privéfeest heeft georganiseerd wordt aangesproken in verband met het bedrag dat hij aan een welbepaalde cateraar heeft betaald. In het laatste voorbeeld is er bovendien nog sprake van een inmenging in het privéleven van de derde.

765. Bepaalde derden lijken dus over informatie te beschikken die weliswaar fiscaal relevant kan zijn maar die een bijzondere gevoeligheid heeft die verantwoordt dat de bevoegdheid voor de fiscale administratie om dit soort derden te bevragen toch enigszins wordt afgebakend in die zin dat dit soort derdenonderzoeken alleen worden uitgevoerd wanneer dit strikt noodzakelijk blijkt. De reden waarom een afbakening zich opdringt is overigens niet alleen het feit dat de informatie gevoelig is. Ook het feit dat de betrokkene zich redelijkerwijs niet zal verwachten aan dit hergebruik van informatie in handen van derden, verantwoordt een verdere afbakening van het personeel toepassingsgebied. Het gaat ook doorgaans over informatie die is verzameld voor een finaliteit die veraf ligt van de taxatiedoeleinden van de fiscale administratie. Het gaat kortom om informatie die – volgens de regels van het persoonsgegevensbeschermingsrecht – zou worden beschouwd als het zogenaamd onverenigbaar hergebruik (zie ook verder hierna).

766. Hierna zal blijken dat het derdenonderzoek bij een financiële instelling, waar eveneens gevoelige informatie kan worden opgevraagd en die eveneens toelaat een duidelijk beeld te krijgen van het private doen en laten van de belastingplichtige, aan een reeks voorwaarden is onderworpen, die ervoor zorgen dat de bevoegdheid van de administratie toch enigszins is afgebakend. Ook in het strafwetboek werden voor onderzoeksdaden bij telecommunicatiebedrijven bijzondere regels ingeschreven ter waarborging van de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene. Zo is het opvragen van de oorsprong en de bestemming van elektronische communicatie onder meer onderworpen aan de voorwaarde dat er ernstige aanwijzingen moeten zijn dat de strafbare feiten een correctionele hoofdgevangenisstraf van een jaar of een zwaardere straf tot gevolg kunnen hebben (artikel 88 bis § 1 lid 1 Sv). Er is een tussenkomst van een onderzoeksrechter vereist, die zijn bevelschrift bijzonder moet motiveren, met opgave van de feitelijke omstandigheden van de zaak, die de maatregel rechtvaardigen, van de proportionaliteit met inachtneming van de persoonlijke levenssfeer en van de subsidiariteit ten opzichte van elke andere

data with a view to providing value added services), wat deze lokalisatiegegevens fiscaal vaak oninteressant maakt (zie hierover: S. DE RAEDT: "Geolokalisatie en privacy", *TFR* 2017, 3).
²⁰¹³ Dit wordt bevestigd in de Comm.IB 322/3

onderzoeksdaad (artikel 88 bis § 1 lid 3 Sv). Een dergelijke maatregel kan bovendien alleen betrekking hebben op de elektronische communicatiemiddelen van een advocaat of een arts, indien deze zelf verdacht wordt van strafbare feiten van een zekere omvang²⁰¹⁴, of, indien precieze feiten doen vermoeden dat derden die ervan verdacht worden een dergelijk strafbaar feit te hebben gepleegd, gebruik maken van diens elektronische communicatiemiddelen (artikel 88 bis § 3 Sv). Deze voorwaarden werden expliciet toegevoegd aan de wet om gevolg te geven aan de rechtspraak van het Hof van Justitie in de hierboven al aangehaalde zaak DIGITAL RIGHTS IRELAND²⁰¹⁵.

767. Enige afbakening van de bevoegdheid van de administratie dringt zich dus op ten aanzien van het personeel toepassingsgebied van het derdenonderzoek, zodat derden met bijzonder gevoelige informatie slechts kunnen worden aangesproken in welbepaalde omstandigheden en mits inlassing van waarborgen tegen misbruik. Een wettelijke regeling rond het opvragen van dergelijke privacygevoelige informatie dringt zich ook op in het kader van het persoonsgegevensbeschermingsrecht, zoals hierna zal blijken.

2.Afbakening van de omstandigheden waarin het derdenonderzoek mogelijk is

768. Ook de afwezigheid van enige afbakening van het derde aspect, met name *de omstandigheden waarin* het derdenonderzoek mogelijk is, lijkt problematisch, met name voor wat betreft het derdenonderzoek op grond van artikel 322 § 1 W.I.B. 1992 en artikel 475, 1° W.I.B. 1992. De wet laat in wezen toe dat dit derdenonderzoek in alle omstandigheden²⁰¹⁶ kan. De discretionaire bevoegdheid van de fiscale administratie om over te gaan tot een derdenonderzoek wordt dus ook op dit vlak op geen enkele wijze afgebakend. Wat betreft het derdenonderzoek over welbepaalde belastingplichtigen (artikel 322 § 2 W.I.B. 1992) geeft de administratie weliswaar zelf aan dat het derdenonderzoek in wezen subsidiair is²⁰¹⁷, doch deze voorwaarde is niet ingeschreven in de wet. Het opvragen van informatie over de belastingplichtige bij derden in plaats van bij de belastingplichtige zelf is evenwel *steeds* privacyinvasiever. Het invoeren van een subsidiariteitsregel van dit derdenonderzoek op grond van artikel 322 § 1 W.I.B. 1992, waarbij de informatie in de regel eerst bij de belastingplichtige moet worden opgevraagd, lijkt dan ook aangewezen, zij het dat deze regel niet van aard moet zijn dat de informatie *in alle gevallen* eerst bij de belastingplichtige moeten worden opgevraagd, maar wel telkens wanneer dit de correcte heffing van de belasting niet in de weg staat²⁰¹⁸. Dezelfde conclusie lijkt zich op te dringen voor artikel 475, 1° W.I.B. 1992 voor het derdenonderzoek bij de huurder.

769. Hierna zal blijken dat voor wat betreft het derdenonderzoek bij de financiële instelling, deze subsidiariteit wel steeds is voorgeschreven (met uitzondering voor het bankonderzoek op vraag van een buitenlandse staat). Met name dient de fiscale

²⁰¹⁴ Met name strafbare feiten die een correctionele hoofdgevangenisstraf van een jaar of een zwaardere straf tot gevolg kunnen hebben

²⁰¹⁵ HvJ 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, DIGITAL RIGHTS IRELAND; dit blijkt uit de memorie van toelichting bij de wet van 29 mei 2016, *Parl. St.* De Kamer, doc 54, nr. 1567/001

²⁰¹⁶ Dit uiteraard slechts binnen de controletermijnen voorgeschreven door de wet.

²⁰¹⁷ Comm.IB 322/2, bv. wanneer de belastingplichtige niet zelf antwoord op een vraag om inlichtingen.

²⁰¹⁸ Zie ook de redenering in: Rechtbank Amsterdam 8 november 2011 (ECLI:NL:RBAMS:2011:BW2575)

administratie, alvorens zij kan overgaan tot een in de artikelen 322 § 2 ev. W.I.B. 1992 geregeld bankonderzoek, eerst aan de belastingplichtige de informatie opvragen (artikel 322 § 2 lid 2, 1° W.I.B. 1992). Het is juist dat de informatie die bij een financiële instelling kan worden opgevraagd, bijzonder beschermd wordt door artikel 8 EVRM omdat het informatie betreft die enerzijds voortkomt uit de communicatie tussen de financiële instelling en de klant' maar bovendien toelaat een goed beeld te vormen over iemands "meningen, gevoelens en gedragingen"²⁰¹⁹. Evenwel kan op basis van een derdenonderzoek op grond van artikel 322 § 1 W.I.B. 1992 bij andere derden dan financiële instellingen, soms evenzeer informatie worden opgevraagd die bijzondere bescherming verdient omdat het toelaat een duidelijk beeld te krijgen over iemands private gedragingen, zoals uit de hierboven vermelde voorbeelden is gebleken (onderzoek bij energieleveranciers, telecommunicatiebedrijven, beheerders van elektronisch betalingsverkeer, ...). Vanuit die context kan worden verdedigd de subsidiariteitsregel van artikel 322 § 2 W.I.B. 1992 evenzeer te laten gelden bij een derdenonderzoek op grond van artikel 322 § 1 W.I.B. 1992, telkens wanneer dit de correcte heffing van de belasting niet in de weg staat.

770. Bij het derdenonderzoek op grond van artikel 323 W.I.B. 1992 liggen de zaken anders, omdat dit onderzoek nog niet nader bepaalde belastingplichtigen betreft. Dit betekent evenwel niet dat een dergelijk derdenonderzoek in alle omstandigheden mogelijk is. Een dergelijk derdenonderzoek zal immers ook steeds moeten worden beoordeeld in het kader van de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 EVRM.

3.Afbakening van de inlichtingen die kunnen worden gevraagd

771. Ook de *inlichtingen die kunnen worden gevraagd* (tweede aspect) worden zeer ruim geformuleerd. Dit lijkt evenwel niet problematisch vanuit het oogpunt van de voorzienbaarheid. De inlichtingen moeten in ieder geval fiscale relevantie hebben. Rekening houdend met het arrest BERNH LARSEN²⁰²⁰ moet de eenvoudige verwijzing naar "fiscale relevantie" volstaan om een bepaling voldoende voorzienbaar te maken. Ook inlichtingen die beschermd worden door het beroepsgeheim zijn niet a priori uitgesloten. Zoals hierboven toegelicht moet bij het vragen van dergelijke inlichtingen steeds een evenredigheidscontrole worden uitgevoerd, die toelaat te besluiten dat de fiscale verplichting om deze informatie te verschaffen primeert op het beroepsgeheim dat deze informatie beschermt. Er dringt zich derhalve geen verdere afbakening van de bevoegdheid van de administratie op, te meer daar er voor deze evenredigheidscontrole een procedurele waarborg werd ingelast (artikel 334 W.I.B. 1992), waarover meer hierna.

D.Finaliteit en bewaartermijn

772. Vermits bij het derdenonderzoek ook *persoonsgegevens* worden verwerkt (zie hierover meer hierna), moet worden nagegaan of de wet ook voldoende voorzienbaar is op het vlak van essentiële aspecten van het persoonsgegevensbeschermingsrecht, waaronder de finaliteit en de bewaartermijn. Deze afwezigheid van duidelijkheid over de bewaartermijn

²⁰¹⁹ Zie EHRM 2 september 2010, UZUN/Duitsland (§ 52); GwH 16 mei 2013, 66/2013, overweging B.6.; zie later ook GwH 14 februari 2013, 06/2013, overweging B.5.3

²⁰²⁰ EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen (§126)

werd al verschillende malen hiervoor opgemerkt. De opmerking geldt ook hier. De *finaliteit* van het derdenonderzoek daarentegen lijkt, net als dit het geval is bij het boekenonderzoek en het vraagrecht bij de belastingplichtige, voldoende duidelijk te kunnen worden afgeleid uit de wettelijke bepaling zelf, dan wel uit de plaats die de wettelijke bepaling inneemt in het wetboek. De finaliteit is met name het belasten van derden in de inkomstenbelastingen.

E.Procedurele waarborgen tegen misbruik

773. Het voorzienbaarheidsvraagstuk stelt zich terzake het passief derdenonderzoek dus voornamelijk op het vlak van het ruime personele toepassingsgebied van zowel de artikelen 322 § 1 W.I.B. 1992 als artikel 323 W.I.B. 1992, alsook op het vlak van het gebrek aan enige afbakening van de omstandigheden waarin kan worden overgegaan tot het derdenonderzoek op grond van artikel 322 § 1 en artikel 475, 1° W.I.B. 1992. De vraag rijst of deze gebreken in de voorzienbaarheid kunnen opgevangen door procedurele waarborgen tegen misbruik.

774. Wat betreft de informatie die wordt beschermd door het *beroepsgeheim*, schrijft artikel 334 W.I.B. 1992 voor dat (onder meer in het kader van de toepassing van artikel 322 tot 324 W.I.B. 1992) wanneer de aangezochte persoon het beroepsgeheim inroept²⁰²¹, de administratie om de tussenkomst van de territoriaal bevoegde tuchtoverheid²⁰²² moet²⁰²³ verzoeken opdat deze zou oordelen of de overlegging van de gevraagde informatie verzoekenbaar is met het beroepsgeheim. Het EHRM vereist ook dat wanneer de inmenging in het privéleven raakt aan het beroepsgeheim van de persoon tot wie de maatregel is gericht, er specifieke procedurele maatregelen ter waarborging van dit beroepsgeheim zijn. Voor wat betreft het beroepsgeheim van de advocaat heeft het EHRM meerdere malen gesteld dat huiszoeken in het kantoor van een advocaat de aanwezigheid vereisen van een onafhankelijk toezichter²⁰²⁴, net zoals bij de inzage van de bankrekeninguittreksels van de

²⁰²¹ De vertrouwenspersoon die wordt aangesproken moet dit beroepsgeheim volgens het Hof van Beroep te Luik wel meteen inroepen, van zodra hij wordt aangesproken om bepaalde informatie vrij te geven en niet pas nadat hij de informatie reeds heeft verstrekt (Luik 13 september 2013, *TFR* 2014, 309 ev. met noot P. VAN HISSENHOVEN en S. GABRIEL)

²⁰²² Voor advocaten bijvoorbeeld is dit de stafhouder van de balie waar de advocaat deel van uit maakt, voor de accountant is dit het Instituut van de Accountants en Belastingconsulenten (IAB)

²⁰²³ Doorgaans wordt aangenomen dat de administratie *verplicht* is zich tot de tuchtoverheid te wenden (Rb. Brugge 27 april 2009, *RABG* 2009, afl. 18, 1289 ev, met noot. E. VRIJDERS ; M. MAUS, “De advocaat, de fiscale controle en het beroepsgeheim”, *Ad Rem* 2005, afl 4, 4-14 die terzake verwijst naar de bedoelingen van de wetgeving zoals die blijken uit *Parl. St. Senaat*, 1961-1962, 366, 293-294; E. VRIJDERS, “Beroepsgeheim advocaat en fiscale controle eigen dossier” *RABG* 2009, afl. 18, 1289 ev, noot onder Rb. Brugge 27 april 2009; E. DE BAENST, “La protection de la confidentialité en matière fiscal”, *JDF* 1991, 201; C. HAVERANS, “Het beroepsgeheim van de advocaat in het fiscaal recht: geheimhouding en inkomstenbelastingen” *TFR* 1986, 97; zie Comm.IB 334/6), al is in sommige rechtsleer sprake van een mogelijkheid (J. VAN HOUTE, *Beginselen van Belgisch belastingrecht*, Gent, Story-Scientia, 1979, 421). In ieder geval zal de fiscale administratie zelf moeten oordelen over de voorrang van het beroepsgeheim op de fiscale meewerkverplichting wanneer het beroepsgeheim wordt ingeroepen door een persoon uit een beroepsgroep waarin geen tuchtoverheid is georganiseerd (M. MAUS, “De advocaat, de fiscale controle en het beroepsgeheim”, *Ad Rem* 2005, afl 4, 4-14)

²⁰²⁴ EHRM 16 december 1992, NIEMIETZ /Duitsland (§37); EHRM 25 februari 2003, ROEMEN en SCHMIT/Luxemburg (§69); EHRM 27 september 2005, SALLINEN/Finland (§36-37); EHRM 7 juni 2007, SMIRNOV/Rusland (§45); EHRM 16 oktober 2007, WIESER AND BICOS BETEILIGUNGEN/Oostenrijk (§57); EHRM 24 juli 2008, ANDRE/Frankrijk (§42); EHRM 21 januari 2010, XAVIER DA SILVEIRA/Frankrijk (§40 ev.) waarin wordt bevestigd dat deze bijzondere procedurele waarborgen zelfs gelden ten aanzien van een advocaat uit de EU die niet is ingeschreven aan de balie van het land waarin de huiszoeking wordt uitgevoerd, maar die wel gerechtigd is zijn activiteit als advocaat op occasionele basis in dit land uit te voeren; EHRM 15 februari 2011, HEINO/Finland (§43); EHRM 3 juli 2012, ROBATHIN/Oostenrijk (§44); EHRM 5 juli 2012, GOLOVAN/Oekraïne (§62) waarin wordt bevestigd dat de onafhankelijke toezichthouder ook de nodige kwalificatie moet hebben om zijn functie te kunnen uitoefenen en eveneens moet gebonden zijn door het beroepsgeheim. Bovendien

advocaat, waarop cliënten het ereloon storten²⁰²⁵. Zoals hiervoor toegelicht houdt deze controle van de toezichthoudende overheid een bijzondere controle in van de evenredigheid van de opheffing van het beroepsheim ten aanzien van de heffingsbedoelingen van de fiscale administratie. Doordat deze controle gebeurt door een tuchtoverheid, vertrouwd met het concept van het beroepsgeheim en er ook zelf door gebonden, vormt deze tussenkomst een duidelijke procedurele waarborg in het kader van het respect voor de noodzakelijkheidsvoorwaarde van artikel 8 lid 2 EVRM. Doordat de tuchtoverheid ook zelf door het beroepsgeheim gebonden is, is een beoordeling van de gevraagde informatie die per hypothese beschermd wordt door het beroepsgeheim, mogelijk zonder enig risico op verdere bekendmaking.

De wijze waarop deze procedurele waarborg tegen misbruik naar Belgisch recht wordt ingevuld, zorgt er evenwel voor dat zij op meerdere vlakken onvolkomen is²⁰²⁶. Vooreerst staat deze procedurele waarborg tegen misbruik niet open voor beroepsgroepen waarvoor geen tuchtoverheid voorhanden is²⁰²⁷. Daarnaast staat er tegen de beslissing van de tuchtoverheid geen rechtsmiddel open²⁰²⁸. Het EHRM lijkt evenwel te vereisen dat bij de opheffing van het beroepsgeheim er niet alleen voldoende garanties tegen misbruik zijn, maar tevens dat er een werkzame controle is van de maatregel zelf²⁰²⁹.

moet de onafhankelijk toezichthouder over voldoende bevoegdheden beschikken om zijn controletaak uit te oefenen en om een schending van het beroepsgeheim te voorkomen (in casu werden twee studenten van een machinebouwschool als getuige bij de huiszoeking betrokken); EHRM 2 april 2015, VINCI CONSTRUCTION/Frankrijk (§68)

²⁰²⁵ EHRM 1 december 2015 BRITO FERRINHO BEXIGA VILLA-NOVA/Portugal (§57)

²⁰²⁶ Dit is onder meer een feit doordat de wet geen termijn voorschrijft binnen dewelke de tuchtoverheid een advies moet formuleren. Op deze wijze kan een tuchtoverheid de fiscale controle verlammen. De afwezigheid van een termijn staat evenwel niet in verband met een gebrek aan procedurele waarborgen tegen misbruik die erop gericht is de rechtsonderhorige te beschermen. Zie voor een toepassing: Luik 13 september 2013, TFR 2014, 309, noot P. VAN HISSENHOVEN en S. GABRIEL. De wetgever heeft dit probleem trachten te remediëren door in een wetsontwerp houdende diverse fiscale bepalingen van 6 december 2013 (*Parl. St. De Kamer*, 53-3236/001, 36) voor te stellen dat de tuchtoverheid zou moeten beslissing binnen de maand na de derde werkdag na de verzending van het verzoek. Bij gebrek aan tijdig antwoord mag er worden van uitgegaan dat de gevraagde informatie mag worden vrijgegeven aan de administratie. Deze bepalingen werden evenwel na het negatieve advies van de RvS uit het wetsontwerp gehaald.

²⁰²⁷ Voorbeelden zijn: de maatschappelijk assistenten; zie kritiek van de RvS bij het wetsontwerp houdende diverse fiscale bepalingen van 6 december 2013 (*Parl. St. De Kamer*, 53-3236/001, 103). In dat geval moet de beoordeling van de verenigbaarheid van de opheffing van het beroepsgeheim met de fiscale heffingsbedoelingen van de administratie worden beoordeeld door de fiscale administratie zelf (comm.IB 334/9), waarna de rechter kan worden gevat om de beslissing van de administratie te beoordelen. Deze werkwijze moet op dit moment gevolgd worden ingeval het beroepsgeheim wordt ingeroepen voor een controle in de btw. In de btw-wetgeving is er geen verplichte raadpleging van de tuchtoverheid (zie voor een toepassing; Bergen 1 april 2016, *Fisc. Koer.* 2016/11, 685 – 691)

²⁰²⁸ Cass. 19 oktober 2012, www.cass.be

²⁰²⁹ EHRM 1 december 2015, BRITO FERRINHO BEXIGA VILLA-NOVA/Portugal (§55): « *La Cour rappelle également qu'elle doit se convaincre de l'existence de garanties adéquates et suffisantes contre les abus (Xavier da Silveira, précité, § 34) y compris d'un « contrôle efficace » pour contester la mesure litigieuse (voir, parmi beaucoup d'autres, Mialhe c. France (n° 1), 25 février 1993, § 37, série A no 256-C, Funke c. France, 25 février 1993, § 56, série A no 256-A, Crémieux c. France, 25 février 1993, § 39, série A no 256-B, ainsi que, mutatis mutandis, Klass et autres c. Allemagne, 6 septembre 1978, §§ 50, 54 et 55, série A no 28, Lambert c. France, 24 août 1998, § 31, Recueil des arrêts et décisions 1998-V et Matheron c. France, no 57752/00, § 35, 29 mars 2005)*. Merk op dat de wetgever aan deze problematiek heeft trachten te remediëren door in een wetsontwerp houdende diverse fiscale bepalingen van 6 december 2013 (*Parl. St. De Kamer*, 53-3236/001, 36) voor te stellen dat tegen de beslissing van de tuchtoverheid een beroep kan worden ingesteld bij – voor zover de beroepsgroep hierover beschikt – een tuchtraad in beroep wanneer deze wordt voorgezeten door een magistraat en in welk geval de bedoelde stukken enkel aan deze tuchtraad worden voorgelegd en niet aan de administratie zelf. Indien er geen tuchtraad in beroep is, voorgezeten door een magistraat, dient het beroep te worden ingesteld voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, waarbij de bedoelde stukken opnieuw enkel aan de voorzitter worden overgemaakt en niet aan de administratie. Deze bepalingen werden evenwel na het negatieve advies van de RvS uit het wetsontwerp gehaald.

775. Wat betreft het *getuigenverhoor* is de vereiste dat dit verhoor moet worden afgenomen door een ambtenaar met een hogere graad dan die van attaché bedoeld als waarborg tegen misbruik²⁰³⁰. Ook het EHRM beschouwt de voorwaarde dat een maatregel slechts door een speciaal daartoe aangestelde ambtenaar kan worden uitgevoerd, als een waarborg tegen misbruik²⁰³¹, zij het dat deze op zich niet volstaat. Een bijkomende procedurele waarborg bestaat er wat betreft het getuigenverhoor in dat de belastingplichtige steeds wordt opgeroepen bij het getuigenverhoor en zich dus kan vergewissen van de wijze waarop het wordt uitgevoerd. Het feit dat van het getuigenverhoor ook een proces-verbaal wordt opgemaakt, waaronder van de verklaringen van de belastingplichtige zelf, indien hij dit verlangt, vormt bovendien een waarborg dat een post -factumcontrole van dit getuigenverhoor effectief wordt.

776. Nog los van de procedurele waarborgen die voortvloeien uit een aantal preventieve maatregelen die moeten worden genomen in het kader van het persoonsgegevensbeschermingsrecht, besproken in afdeling 2 (toegangsmachtigingen, privacydienst, ...), is er voor elk derdenonderzoek tenslotte een jurisdictionele controle mogelijk (met uitzondering van de beslissing van de tuchtoverheid die in het kader van artikel 334 W.I.B. 1992 advies dient te verlenen), zij het post factum en in de mate dat de resultaten van het derdenonderzoek worden aangewend voor het vestigen van een aanslag. Dit kan ter gelegenheid van de betwisting voor de rechter van de aanslag die is gebaseerd op gegevens die uit dit derdenonderzoek zijn voortgekomen (zie hierover afdeling 3 van hoofdstuk 2 over de rechtsbescherming). De belastingplichtige zal op dat moment inzage kunnen nemen van zijn administratief dossier, waaruit moet blijken in welke omstandigheden de fiscale administratie het derdenonderzoek is gestart en welke informatie werd opgevraagd. Het administratief dossier zal dus toelaten dat de rechter een daadwerkelijke controle kan uitoefenen. Hoewel een dergelijke effectieve post-factumbeoordeling door een rechter in principe lijkt te volstaan voor het EHRM, gelden over een dergelijke vorm van jurisdictionele controle dezelfde bedenkingen die eerder zijn gemaakt: de eventuele schending van het privéleven is reeds lang achter de rug en de informatie die is voortgekomen uit eventuele schending, is al aangewend. Rekening houdend met de rechtspraak in de zaak RAVON moet de jurisdictionele beoordeling van een inmenging in het privéleven evenwel steeds voldoen aan de waarborgen van artikel 6 EVRM betreffende de toegang tot de rechter, wat niet alleen betekent dat er tegenspraak moet zijn, dat de rechter met volle rechtsmacht moet kunnen oordelen, maar ook dat, zo de schending van het recht op privéleven door deze jurisdictionele controle niet kan worden vermeden, er een passend rechtsherstel mogelijk is²⁰³². Dit is het geval indien de stelling wordt aanvaard, die werd verdedigd in de afdeling over de rechtsbescherming, en die met name inhoudt dat een schending van het recht op privéleven bij in casu het uitvoeren van een derdenonderzoek leidt tot uitsluiting van het bewijs dat aldus werd bekomen²⁰³³.

²⁰³⁰ M. MORIS, *procédure fiscale approfondie en matière d'impôts directs*, Limal, Anthemis, 2014, 184

²⁰³¹ EHRM 16 december 1997, CAMENZIND/Zwitsersland

²⁰³² EHRM 21 februari 2008, RAVON/Frankrijk (§28); zie ook GwH 27 januari 2011, nr. 10/2011, overweging B.4.3 (inzake huisvisitatie in AWDA)

²⁰³³ Volledigheidshalve moet wel worden opgemerkt in de afdeling over de rechtsbescherming ook werd vastgesteld dat de rechtspraak van het EHRM – in tegenstelling tot de rechtspraak van het Hof van Justitie in het kader van met name artikel 47 van het Handvest (HvJ 17 december 2015, C-419/14 WEBMINDLICENCES KfT) – niet zo ver gaat dat het vereist dat er bij de schending van het recht op privéleven bij het verzamelen van informatie steeds bewijsuitsluiting is (zie EHRM 12 juli 1988 SCHENK/Zwitsersland; EHRM 12 mei 2000 KHAN/VK; EHRM 25 september 2001, P.H. en J.H./VK; EHRM 5 november 2002, ALLAN/VK; EHRM 1 maart

777. Voor de derde die in het kader van dit derdenonderzoek wordt aangesproken en voor wie dit onderzoek eveneens een inmenging vormt in het privéleven, staat deze vorm van jurisdictionele controle (ter gelegenheid van het vestigen van de aanslag) niet open. Ook wanneer de informatie die uit het derdenonderzoek is voortgekomen, niet wordt aangewend voor het vestigen van een aanslag, kan deze vorm van jurisdictionele controle niet dienen.

De derde die wordt aangesproken om informatie te verschaffen kan de rechter wel vatten om te oordelen over deze maatregel, op het ogenblik dat hij wordt aangesproken. Hij kan met name de schending van het recht op privéleven inroepen, in de mate dat de gevraagde informatie ook inzage geeft in zijn private of professionele leven. De rechter zal op grond van artikel 8 EVRM de aanwezigheid van een voorzienbare wettelijke basis moeten beoordelen, alsook de noodzakelijkheid van deze maatregel. De derde kan dus om een effectieve jurisdictionele controle van het onderzoek verzoeken, wat in overeenstemming lijkt te zijn met de vereisten van het EHRM. Hoewel een dergelijke voorziening bij de rechter niet schorsend werkt, kan de administratie wel vrijwillig het oordeel van de rechter afwachten alvorens verder aan te dringen op het antwoord van de derde en alvorens hem in voorkomend geval te sanctioneren wegens niet-nakoming. De schending van het recht op privéleven van de derde *kan* dus in voorkomend geval worden vermeden.

778. De belastingplichtige heeft deze mogelijkheid vaak niet. Hij wordt doorgaans niet op de hoogte gebracht van de beslissing van de administratie om een derdenonderzoek (op grond van artikel 322 § 2 en artikel 475, 1° W.I.B. 1992) uit te voeren. Een uitzondering vormt het getuigenverhoor, waartoe de belastingplichtige wordt uitgenodigd. Deze uitnodiging geeft de belastingplichtige de kans, mits er een redelijke termijn is tussen de uitnodiging en het moment waarop het getuigenverhoor is gepland, om de beslissing van de administratie om dit getuigenverhoor af te nemen, ter beoordeling voor te leggen aan de rechtbank (in het kader van een zogenaamd pretaxatiegeschil, zie hierover de afdeling over de rechtsbescherming). Hoewel het pretaxatiegeschil niet schorsend werkt, kan de jurisdictionele beoordeling aan de rechter worden gevraagd voordat de inmenging heeft plaatsgevonden en kan de fiscale administratie desgevallend vrijwillig het voorgenomen getuigenverhoor uitstellen. Een kennisgeving van de beslissing een derdenonderzoek uit te voeren is in de regel wel voorgeschreven door de wet indien dit derdenonderzoek bij de financiële instelling gebeurt²⁰³⁴. Dit wordt hierna besproken (artikel 322 § 2 ev. W.I.B. 1992). De wet schrijft in het kader van een dergelijk onderzoek voor dat de belastingplichtige niet alleen de kans moet krijgen om eerst zelf de gevraagde informatie aan te leveren (artikel 322 § 2, tweede lid, 1° W.I.B. 1992), maar bovendien dat de belastingplichtige in kennis moet worden gesteld van de redenen op grond waarvan de administratie meent een vraag te

2007, HEGLAS/Tsjechië; EHRM 10 maart 2009, BYKOV/Rusland; EHRM 15 januari 2015, DRAGOJEVIC/Kroatië en voor een recente Belgische zaak: EHRM 31 januari 2017, KALNENIENE/België)

²⁰³⁴ Van deze kennisgeving wordt slechts afgezien ingeval de rechten van de Schatkist in gevaar zijn (artikel 333/1 § 1, tweede lid W.I.B. 1992), zij het dat er dan op korte termijn wel een post -factumkennisgeving moet komen (30 dagen na het verzenden van de vraag om inlichtingen aan de financiële instelling). Van de kennisgeving kan eveneens worden afgezien indien het bankonderzoek gebeurt op vraag van een buitenlandse Staat en die buitenlandse staat uitdrukkelijk vraagt geen kennisgeving te doen omdat de rechten van haar Schatkist in gevaar zijn (artikel 333/1 § 1 derde lid W.I.B. 1992)(ook dan is er een postfactumkennisgeving) en indien de buitenlandse staat reeds zelf een kennisgeving verstuurd (artikel 333/1 § 1 vierde lid W.I.B. 1992).

moeten stellen aan de financiële instelling en dit gelijktijdig met het verzenden van die vraag aan de financiële instelling (artikel 333/1 § 1 W.I.B. 1992). Deze kennisgeving gelijktijdig met het verzenden van de vraag om inlichtingen geeft de belastingplichtige opnieuw de mogelijkheid om de beslissing om een bankonderzoek te doen voor te leggen aan de rechtbank, nog voordat de inmenging in het privéleven heeft plaatsgevonden²⁰³⁵. Ook hier kan worden gesteld dat er geen reden voorhanden lijkt te zijn om deze verplichte kennisgeving voor te behouden voor het derdenonderzoek bij de financiële instelling, nu de informatie die bij de financiële instelling kan worden opgevraagd weliswaar bijzondere bescherming kan vereisen (beschermd door het recht op correspondentie, geeft inzicht in “gedragingen, meningen en gevoelens”), doch dit evenzeer het geval kan zijn bij sommige andere derdenonderzoeken, zoals bij telecombedrijven, energieleveranciers of vertrouwenspersonen. Een kennisgeving dringt zich overigens ook op wanneer de informatie persoonsgegevens betreft en dit vanuit de vereiste van een transparante verwerking (zie hierna).

779. Ingeval van een derdenonderzoek op grond van artikel 323 W.I.B. 1992 is een voorafgaande kennisgeving uiteraard niet mogelijk. De belastingplichtige moet evenwel ook niet op de hoogte worden gebracht van het resultaat van het derdenonderzoek. Het is slechts wanneer de fiscale administratie de informatie die is voortgekomen uit het derdenonderzoek (op grond van artikel 323 W.I.B. 1992, op grond van artikel 322 § 1 W.I.B. 1992 dan wel op grond van artikel 475, 1° W.I.B. 1992) wenst te gebruiken in de bewijsvoering voor het vestigen van een (aanvullende) aanslag, dat het feit dat een derdenonderzoek werd uitgevoerd in voorkomend geval wel al kenbaar wordt gemaakt in een bericht van wijziging. De belastingplichtige lijkt op dat moment nog steeds – wellicht na inzage te hebben genomen van het administratief dossier om de volledige toedracht van het derdenonderzoek te kennen – een pretaxatiegeschil te kunnen starten om te vermijden dat de resultaten van het derdenonderzoek worden aangewend voor het vestigen van een aanslag.

780. Wanneer de fiscale administratie evenwel een derdenonderzoek uitvoert dat informatie oplevert over de belastingplichtige, waarvan ze beslist ze niet te gebruiken voor het vestigen van een aanslag, dan is er geen mogelijkheid voor de belastingplichtige om deze inmenging in het privéleven aan de rechter voor te leggen om de eenvoudige reden dat de belastingplichtige hier normaliter niet van op de hoogte zal zijn. Ook op dit vlak zijn de procedurele waarborgen tegen misbruik bij het aanwenden van het derdenonderzoek, onvolkomen.

²⁰³⁵ Zie hierover: GwH 14 maart 2013, 39/2013, overweging B.10.4; zie ook J. VANDEN BRANDEN, “Opheffing bankgeheim is reden tot pretaxatiegeschil”, *Fisc. Act.* 2011, nr. 44, 9-13, die verdedigt dat zowel de financiële instelling als de client-belastingplichtige naar de rechter kunnen stappen om een beoordeling te vragen van de voorgenomen vraag aan de financiële instelling, al dan niet gepaard met een verzoek aan de voorzitter van de rechtbank, zetelend in kort geding om de uitwerking van de vraag om inlichtingen ten aanzien van de financiële instelling te schorsen

§ 4 De verplichte informatieverstrekking door derden en de noodzakelijkheidsvereiste

I. De noodzakelijkheidsvereiste bij de actieve verstrekking van informatie door derden

781. In de mate dat de verplichte informatieverstrekking door derden dient te worden beschouwd als een inmenging in het privéleven, dient deze noodzakelijk zijn om het beoogde legitieme doel te bereiken, zijnde de heffing van het juiste bedrag van de belastingen. De informatieverstrekking moet dus niet alleen pertinent en relevant zijn om dit doel te bereiken, maar moet ook proportioneel zijn met het beoogde doel.

Hierbij moet opnieuw in herinnering worden gebracht dat het opvragen van informatie bij derden privacyinvasiever is dan het opvragen van dezelfde informatie bij de betrokkene zelf. Vele vormen van actieve inzameling van informatie bij derden, hebben evenwel in hoofdzaak ook de belastingheffing bij de derde zelf tot doel. De aangifte in de bedrijfsvoorheffing kadert zo bijvoorbeeld in hoofdzaak in de fiscale verplichtingen van derde die de aangifte doet en levert tegelijkertijd informatie op over de genietter van de inkomsten. Bij een dergelijke vorm van actieve inzameling van informatie rijst het vraagstuk van de keuze van een minder privacyinvasieve werkwijze (die er met name in bestaat dat de informatie bij de belastingplichtige zelf wordt opgevraagd) in wezen niet. Wanneer de informatie die actief wordt verstrekt door de derden enkel de belastingheffing van de belastingplichtige tot doel heeft, rijst de proportionaliteitsvraag wel. Heel wat automatisch verstrekte informatie zal evenwel informatie zijn die rechtstreeks nodig is voor de berekening van de belasting van belastingplichtige (zoals de fiches die rechtstreeks worden gekoppeld aan de tax-on-webapplicatie van de fiscale administratie om de aangifte op bepaalde vlagen vooraf in te vullen). In dat geval zal de informatieverstrekking steeds relevant en pertinent zijn voor de fiscale doeleinden van de overheid. Ook voor de proportionaliteit van een dergelijke maatregel bestaan wellicht voldoende argumenten. Zo kan bijvoorbeeld worden aangevoerd dat de (vaak professionele) derde de betrokken informatie accurater zal kunnen weergeven dan de (vaak particuliere) belastingplichtige, dat de belastingplichtige van administratieve lasten wordt gespaard en dergelijke meer. Het verstrekken van deze informatie door derden kan vanuit het oogpunt van de overheid ook worden beschouwd als een vorm van dienstverlening aan de burger die ervan wordt gespaard de informatie de informatie zelf te moeten verstrekken²⁰³⁶.

782. In de mate dat van derden actief informatie wordt gevraagd die niet in hoofdzaak de belastingheffing van de derde zelf tot doel heeft en die ook niet rechtstreeks nodig is voor de berekening van de belasting van de belastingplichtige (bijvoorbeeld enkel informatie die “nuttig” kan zijn voor de controle van de belastingplichtige), rijst het proportionaliteitsvraagstuk wel heel sterk. De vereiste van de noodzakelijkheid moet voldaan zijn zowel bij de keuze van de maatregel om derden in te schakelen in de informatieverstrekking over belastingplichtigen, als bij de wijze van uitvoeren van deze maatregel.

²⁰³⁶ Merk op dat ook D. DE BOT in zijn doctoraatsonderzoek een onderscheid maakt tussen gegevens die worden uitgewisseld met het oog op controle en deze die worden uitgewisseld met het oog op dienstverlening naar de burger toe. De BOT onderzoekt alleen de laatste vorm en stelt dat bij de gegevensuitwisseling met het oog op controle er veel sneller sprake zal zijn van een inmenging in het privéleven alsook van problemen inzake onverenigbaar hergebruik (D. DE BOT, *E-government in het federale België*, Brussel, Politeia, 2015, 199)

Wat dat laatste betreft zal er mate name een probleem rijzen met de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 EVRM wanneer aan de derde niet wordt gevraagd om enige selectie te maken van de actief te verstrekken informatie. In de mate dat via een wettelijke bepaling aan een derde zou worden gevraagd om informatie verstrekken over personen, zonder enig onderscheid, en in alle omstandigheden, dan dient opnieuw rekening te worden gehouden met de redenering in het arrest DIGITAL RIGHTS IRELAND²⁰³⁷. Door zonder onderscheid en in alle omstandigheden informatie bij derden op te vragen, terwijl deze informatie niet rechtstreeks nodig is voor de berekening van de belastingen, bestaat een risico dat té veel informatie wordt opgevraagd dan nodig voor de heffing van de inkomstenbelastingen, terwijl deze informatie dan wel beschikbaar is in hoofde van de overheid en er de mogelijkheid bestaat tot verdere verspreiding en hergebruik. Het opvragen van informatie bij derden, zonder onderscheid voor alle mogelijke belastingplichtigen in alle omstandigheden, komt ook hierna verder aan bod in het kader van de beoordeling van de noodzakelijkheidsvereiste bij de toepassing van artikel 323 W.I.B. 1992.

Net als dit het geval was voor het actief opvragen via de aangifte van informatie die niet nodig is om de belasting te berekenen, rijst immers ook hier de vraag naar de redelijke verhouding tussen de aantasting van het grondrecht enerzijds en de legitieme doelstelling die wordt nagestreefd anderzijds. De ernst van de fiscale overtreding die men tracht op te sporen door de actieve informatieverstrekking van derden, bepaalt dus mee het gewicht dat wordt gegeven aan het legitieme doel van de overheid. De gevoelige aard van de actief door derden te verstrekken informatie zal anderzijds het gewicht bepalen van het belang van de betrokkene. De privacyinvasievere werkmethode (hier: het actief opvragen van informatie die niet nodig is voor de berekening van de belasting bij derden) is wel aanvaardbaar als de minder privacyinvasieve methode niet doeltreffend is gebleken²⁰³⁸.

II. De noodzakelijkheidsvereiste bij het derdenonderzoek

783. In de mate dat het derdenonderzoek als een inmenging in het privéleven kan worden beschouwd, dient het zowel wat betreft de keuze van de maatregel, als wat betreft de wijze waarop de hij werd uitgevoerd, te voldoen aan de noodzakelijkheidsvereiste. Vooral door het gebrek aan begrenzing van het toepassingsgebied, lijkt een disproportioneel gebruik van het derdenonderzoek mogelijk. Het is aan de rechter die gevat wordt om te oordelen over het derdenonderzoek (hetzij voor de derde, hetzij voor de belastingplichtige), om te oordelen of de keuze van de maatregel en de wijze waarop hij is uitgevoerd, relevant en pertinent is, maar vooral of de keuze, gelet op de concrete omstandigheden ook proportioneel is.

784. Vooral bij het opvragen van gegevens in het kader van het derdenonderzoek over niet-nader bepaalde belastingplichtigen, lijkt bijzondere aandacht voor de noodzakelijkheidscontrole zich op te dringen. Op grond van dit artikel is het immers mogelijk van een reeks belastingplichtigen, zonder onderscheid, informatie in te zamelen. Van enig

²⁰³⁷ HvJ 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, DIGITAL RIGHTS IRELAND, overweging 56-57 en volgende
²⁰³⁸ EHRM 2 september 2010, UZUN/Duitsland (§78)

vermoeden dat deze belastingplichtigen een fiscale wet hebben overtreden moet in principe geen sprake zijn. Hier dient rekening te worden gehouden met de hiervoor aangehaalde rechtspraak van het Hof van Justitie in de zaak DIGITAL RIGHTS IRELAND²⁰³⁹. Een interessant voorbeeld waarbij het vraagstuk van de proportionaliteit van de maatregel rijst, is de hiervoor al aangehaalde controle van de BBI bij Worldline²⁰⁴⁰, waarbij een grote hoeveelheid gegevens over elektronisch betalingsverkeer werd opgevraagd, naar mag worden aangenomen, op grond van artikel 323 WIB 1992. In de voornoemde zaak DIGITAL RIGHTS IRELAND oordeelde het Hof van Justitie dat de dataretentierichtlijn, op grond waarvan aanbieders van openbaar beschikbare elektronische communicatiediensten verplicht waren bepaalde gegevens te bewaren om te garanderen dat die gegevens beschikbaar zijn voor gerechtelijk onderzoek in het kader van ernstige criminaliteit, niet in overeenstemming was met artikel 7 en 8 van het Handvest. De te bewaren gegevens werden door het Hof van Justitie bijzonder beschermingswaardig geacht omdat het gegevens waren (naam en adres van de abonnee of de geregistreerde gebruiker, het telefoonnummer van de oproeper en het opgeroepen nummer, alsook een IP-adres voor internetdiensten) aan de hand waarvan vrij precieze conclusies kunnen worden getrokken over het privéleven van de personen van wie de gegevens zijn bewaard, zoals hun dagelijkse gewoonten, hun permanente of tijdelijke verblijfplaats, hun dagelijkse of andere verplaatsingen, de activiteiten die zij uitoefenen, hun sociale relaties en de sociale kringen waarin zij verkeren²⁰⁴¹. De te bewaren gegevens laten immers toe te weten wie, wanneer, waar, met wie heeft gecommuniceerd en hoe lang. Het Hof erkent dat de maatregel om al deze gegevens te bewaren *geschikt* is als maatregel voor criminaliteitsbestrijding, maar stoort zich – o.m. - aan het feit dat de dataretentierichtlijn verplicht om *alle* verkeersgegevens ter beschikking te houden van *alle* abonnees en geregistreerde gebruikers, zonder onderscheid, terwijl het doel van de maatregel er uiteindelijk op gericht is criminaliteit te bestrijden. Zowel personen voor wie geen enkele aanwijzing van betrokkenheid met criminele feiten bestaat, als personen voor wie dit vermoeden wel bestaat, werden dus aan de maatregel onderworpen. In dezelfde zin lijkt het opvragen van *alle* betaalverkeer van *alle* personen die gebruik maken van de elektronische diensten die Worldline aanbiedt (per jaar gaat het blijkbaar over 1,8 miljard elektronische betalingen), vanuit privacyoogpunt niet te kunnen. Informatie over wie welk bedrag waar betaalt laat evengoed toe om precieze conclusies te trekken over iemands privéleven, zodat het opvragen van deze informatie een inmenging vormt in het privéleven. Het opvragen van deze informatie kan dan wel *geschikt* zijn in het kader van de heffing van het juiste bedrag van de belasting, maar het opvragen zonder enig onderscheid van alle informatie van alle personen die van het elektronisch betaalverkeer gebruik maken, is in dezelfde zin als hierboven gesteld, onevenredig met het beoogde doel. De fiscale administratie zou zich evenwel beperken tot het betalingsverkeer in België gedaan met buitenlandse betaalkaarten²⁰⁴². Het doel zou zijn om verborgen rekeningen in belastingparadijzen op te sporen. De bij Worldline opgevraagde informatie zal dan in verhouding moeten staan tot dit doel. In Nederland kwam een gelijkaardige kwestie voor de kortgedingrechter van Amsterdam in 2011²⁰⁴³. De Nederlandse Belastingdienst had een vraag om inlichtingen

²⁰³⁹ HvJ 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, DIGITAL RIGHTS IRELAND

²⁰⁴⁰ Zie hierover: S. DE RAEDT, "De BBI-controle bij Worldline: een testcase van formaat", *TFR* 2016, 923

²⁰⁴¹ HvJ 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, DIGITAL RIGHTS IRELAND, overweging 27

²⁰⁴² *De Tijd*, 11 september 2016, interview met staatssecretaris De Backer

²⁰⁴³ Rechtbank Amsterdam 8 november 2011 (ECLI:NL:RBAMS:2011:BW2575)

gesteld aan EMS (EUROPEAN MERCHANT SERVICES B.V.), aanbieder van een geldtransactiedienst waarbij cliënten betalingen met behulp van credit- en debitcards kunnen verrichten. De Nederlandse belastingdienst wenste aan de hand van credit- en debitcardtransacties Nederlandse belastingplichtigen met een buitenlands vermogen identificeren. De Amsterdamse kortgedingrechter, oordeelde dat er geen schending was van de evenredigheidsvereiste van artikel 8 EVRM. Deze beslissing was gebaseerd op het feit dat de Nederlandse belastingdienst zich niet had verzet tegen het maken van een *voorselectie* door EMS zelf op basis van een aantal criteria. De kortgedingrechter stelde de partijen in de gelegenheid om *in onderling overleg* tot een regeling betreffende de voorselectie te komen. Wat betreft deze criteria werd onder meer aangehaald dat vele van de transacties in Nederland met buitenlandse betaalkaarten wellicht eenvoudigweg transacties zouden blijken gedaan door buitenlandse belastingplichtigen die geen fiscale relevantie hebben voor de Nederlandse Belastingdienst. Ook voor de Nederlandse belastingplichtigen die in Nederland betalingen doen met buitenlandse bankkaarten staat geenszins vast dat deze (allemaal) hebben nagelaten hun tegoeden bij buitenlandse banken te vermelden bij hun belastingaangifte.

785. Belgische rechtspraak waarbij de rechtbank zich expliciet diende uit te spreken over de noodzakelijkheid van het derdenonderzoek in het licht van artikel 8 EVRM, lijkt onbestaande²⁰⁴⁴. In Nederland zijn wel voorbeelden voorhanden. Het derdenonderzoek bij niet nader genoemde belastingplichtigen wordt in Nederland geregeld door artikel 53 AWR²⁰⁴⁵. Omtrent een toepassing van dit artikel oordeelde de Hoge Raad in een arrest van 10 december 1974²⁰⁴⁶ dat een onderzoek bij een verzekeringsmaatschappij waarbij gegevens werden gevraagd van houders van een polis voor een verzekering voor pleziervaartuigen – in het licht van artikel 8 EVRM - proportioneel was met het belastingheffingsdoel van de administratie. Op het ogenblik van deze uitspraak van de Hoge Raad was de rechtspraak van het EHRM waarbij invulling werd gegeven aan de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 EVRM nog niet sterk ontwikkeld. In een meer recente zaak oordeelde de rechtbank van Oost-Brabant dat de vordering van de administratie om van SMSparking (een bedrijf dat het mobiel betalen van parkeerdiensten organiseert en dat beschikt per kentekenplaat over plaats, datum, tijd en duurtijd van het parkeren) gegevens te ontvangen over een volledig kalenderjaar, niet proportioneel is in het licht van artikel 8 EVRM²⁰⁴⁷. Deze uitspraak werd hervormd door het Hof te 's Hertogenbosch dat de

²⁰⁴⁴ In de rechtsleer wordt soms verwezen naar een uitspraak van het Hof van beroep te Antwerpen (Antwerpen 7 juni 1994, *Fisc.Koer.* 1994, 424), waar in het Hof diende te oordelen over vragen om inlichtingen aan bepaalde klanten van een groothandel in horecamateriaal waarvan de fiscale administratie vermoedde dat zij zich ten onrechte voordeden als particulieren. Het bedrijf kreeg klachten van deze klanten en vorderde de stopzetting van dit onderzoek voor de rechtbank. De rechtbank ging ervan uit dat de vragen aan de klanten weliswaar inmengingen vormden in het privéleven doch dat deze inmengingen noodzakelijk waren voor het fiscaal doel dat de administratie nastreefde. De rechtbank hield hierbij rekening met het feit dat enkel de klanten werden aangesproken waarvan de administratie vermoedde dat zij zich ten onrechte voordeden als particulieren. Vermits deze vragen om inlichtingen van aard lijken te zijn om de vermeende particulier zelf te belasten in de mate dat kon worden aangetoond dat zijn aankopen in de groothandel professionele doeleinden dienden, dient deze uitspraak eerder te worden gezien als een voorbeeld van een proportionaliteitsbeoordeling van een vraag om inlichtingen op grond van artikel 316 W.I.B. 1992.

²⁰⁴⁵ Algemene Wet Rijksbelastingen

²⁰⁴⁶ HR 10 december 1974, *BNB* 1975/52

²⁰⁴⁷ Rb. Oost-Brabant 26 november 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6553, *Computerrecht* 2014/8, met noot T. WISMAN

inzameling wel proportioneel achtte²⁰⁴⁸ en hierbij vooral veel gewicht toekent aan het belang van de staat om tot belastingheffing te kunnen overgaan. Deze rechtspraak wordt sterk bekritiseerd door de rechtsleer²⁰⁴⁹.

§ 5 De verplichte informatieverstrekking door derden als verwerking van persoonsgegevens

786. In de mate dat de verplichte informatieverstrekking van derden informatie betreft over een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon, treedt de bescherming van het persoonsgegevensbeschermingsrecht in werking. De verplichte informatieverstrekking moet dus toelaatbaar zijn, de verwerking moet kwaliteitsvol gebeuren wat onder meer inhoudt dat er voldoende transparantie moet zijn.

787. De *actieve* inzameling van persoonsgegevens bij derden zal een toelaatbaarheidsgrond vinden in de “wettelijke opdracht” in de mate dat deze actieve inzameling gebeurt op grond van een wettelijke bepaling en ze ook noodzakelijk is om het beoogde legitieme doel te bereiken. Het verwerken van gevoelige en medische gegevens is evenwel verboden, zoals al toegelicht in de afdeling over de draagwijdte van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens. Ook de passieve inzameling van persoonsgegevens bij derden zal in principe een toelaatbaarheidsgrond vinden in de “wettelijke opdracht”²⁰⁵⁰. In het kader van de uitoefening van de onderzoeksbevoegdheden van de fiscale administratie teneinde te komen tot de juiste heffing van de belasting, is het immers noodzakelijk bepaalde persoonsgegevens te verwerken. In de mate dat persoonsgegevens worden opgevraagd die niet noodzakelijk zijn om de wettelijke opdracht van de fiscale administratie na te komen, is de inzameling ook niet toelaatbaar. Ook hier geldt het verbod op het verwerken van gevoelige en medische gegevens.

§ 6 De verplichte informatieverstrekking van derden als verwerking van persoonsgegevens en de vereiste van een kwaliteitsvolle verwerking

788. De informatieverstrekking van derden zal ook kwalitatief moeten zijn, wat in hoofdzaak inhoudt dat er informatieverstrekking gebeurt voor een welbepaalde *concrete* finaliteit, en de informatie ook proportioneel is aan die concrete finaliteit.

789. Wat betreft het actief opvragen van persoonsgegevens bij derden zal de wettelijke bepaling de concrete finaliteit moeten aangeven. Terzake kan verwezen worden naar de finaliteitsbepaling bij het verzamelen van persoonsgegevens via de aangifte: het zal niet volstaan de belastingheffing in het algemeen aan te duiden als finaliteit, vermits andere beginselen zoals de proportionaliteit en de bewaartermijn van de ingezamelde gegevens niet kunnen worden getoetst aan een dergelijke algemene finaliteitsomschrijving. De heffing van de inkomstenbelasting bij derden, is wel een voldoende concrete finaliteit. Deze finaliteit

²⁰⁴⁸ 's Hertogenbosch, 19 augustus 2015, ECLI:NL: GHSHE: 2015:1087, *P&I* 2015, afl. 2, 48 met noot M. GOUDSMIT

²⁰⁴⁹ M. GOUDSMIT, “Proportionaliteit van fiscaal onderzoek naar reisgedrag”, *P&I* 2015, afl. 2, 48; T. WISMAN, noot bij 's Hertogenbosch, 19 augustus 2015, *Computerrecht* 2014/182

²⁰⁵⁰ Zie naar analogie het verstrekken op verzoek van verbruiksgegevens door nutsbedrijven en distributienetbeheerder in het kader van de strijd tegen domiciliefraude en het advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer nr. 6/2012

blijkt voor wat betreft de passieve verstrekking van informatie door derden voldoende uit de wettelijke bepalingen van het wetboek inkomstenbelasting (artikel 322, 323 en 475, 1° W.I.B. 1992) en de plaats die zij in het wetboek innemen. De gegevens die in het kader van deze finaliteit worden verwerkt, moeten steeds proportioneel zijn aan deze finaliteit.

790. In het kader van de informatieverstrekking door derden stelt zich specifiek de vraag naar het verenigbaar hergebruik. Een aspect van het finaliteitsbeginsel bestaat er immers in dat het verder verwerken van de persoonsgegevens verenigbaar moet zijn met de oorspronkelijke doeleinden van de verwerking. Het verwerken van de persoonsgegevens voor het heffen van de inkomstenbelastingen in hoofde van de belastingplichtige moet met andere woorden verenigbaar zijn met de doelstelling van de verwerking van de persoonsgegevens door de derde van wie deze persoonsgegevens worden bekomen. Hergebruik van persoonsgegevens voor doeleinden die onverenigbaar zijn met de oorspronkelijke doeleinden is immers in principe verboden²⁰⁵¹.

In de afdeling over de draagwijdte van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens werd toegelicht hoe het begrip “onverenigbaar verder gebruik” moet worden begrepen. Met name heeft de Working Party 29 in Opinion 3/2013 een reeks criteria uitgewerkt die in acht moeten worden genomen bij de beoordeling van het onverenigbaar karakter van het hergebruik van persoonsgegevens²⁰⁵². Deze criteria komen in grote mate terug in artikel 6.4 van de Verordening 2016/679. Deze criteria lieten toe – met betrekking tot dit onderzoek - te besluiten dat de *afstand* tussen het taxatiedoel van de administratie en het doel van de oorspronkelijke gegevensverwerking, de onverenigbaarheid van het hergebruik (mee) zal bepalen. Ook de redelijke verwachtingen die de betrokkene ten aanzien van zijn persoonsgegeven heeft, is van belang, net als de context van het hergebruik. Wanneer het hergebruik gebaseerd is op een wettelijke grondslag, is *transparantie* van deze wetgeving een belangrijk aspect bij de beoordeling van de onverenigbaarheid van het hergebruik. De wet moet dus duidelijk zijn ten aanzien van de finaliteiten van de mogelijke *verdere verwerking*, zo niet moet de betrokkene eventueel individueel worden geïnformeerd. Ook de gevoelige *aard* van de persoonsgegevens speelt mee, net als de impact van het verder verwerken van de gegevens op de betrokkene. Dat laatste aspect zorgt ervoor dat het inzamelen van persoonsgegevens bij derden voor doeleinden van datamining, sneller een onverenigbaar hergebruik zal opleveren. De Working Party 29 meent ook in algemene zin dat het hergebruik van gegevens voor fiscale doeleinden een grote impact heeft op de betrokkenen, zodat dit element steeds meespeelt in de beoordeling van de onverenigbaarheid. Eventuele waarborgen die de verwerkingsverantwoordelijke heeft ingelast om de eerlijke verwerking van de persoonsgegevens te verzekeren en om elke overdreven impact op de betrokkene te voorkomen, worden meegenomen in de beoordeling van het onverenigbaar karakter van het hergebruik.

791. Het actief inzamelen van persoonsgegevens die nodig zijn voor de *berekening* van de inkomstenbelastingen, waaronder alle informatie die door middel van de hierboven vermelde fiches, rechtstreeks wordt gekoppeld aan de tax-on-webapplicatie van de fiscale

²⁰⁵¹ Opinion 3/2013 of article 29 data protection working party on purpose limitation, 21-22.

²⁰⁵² Opinion 3/2013 of the article 29 Working Party on purpose limitation, 22-27

administratie, zal in die zin een vorm van hergebruik uitmaken die verenigbaar is met het doeleinden van de oorspronkelijke verwerking. Zo bijvoorbeeld heeft de recent ingevoerde actieve informatieverplichting van kredietinstellingen en verzekeringsmaatschappijen (artikel 323/1 W.I.B. 1992) betrekking op de informatie over de hypothecaire leningen die een fiscaal voordeel kunnen opleveren, waardoor de band met de finaliteit van het hergebruik (vestigen van de belastingen) sterk aanwezig is²⁰⁵³. Hetzelfde geldt voor het passief verzamelen van dergelijke informatie.

792. De zaken liggen anders wanneer er bij derden persoonsgegevens worden ingezameld (zowel actief als passief), die geen rechtstreeks verband houden met de berekening van de belasting, maar enkel enig nut zouden kunnen hebben in de controle van de belastingheffing. Op basis van de voorbeelden die de Working Party in het hierboven vermelde advies uitwerkt, kan zo bijvoorbeeld worden gesteld dat het verzamelen van telecommunicatiegegevens en gegevens van energieverbruik van belastingplichtigen wellicht moet worden beschouwd als onverenigbaar verder gebruik van deze informatie²⁰⁵⁴. De redenen zijn de afwezigheid van enig verband tussen de doelstelling van de verwerking van de persoonsgegevens door de telecommunicatiebedrijven en energieleveranciers (verschaffen van de diensten en facturatie) en de taxatiedoelstellingen van de fiscale administratie, de gevoelige aard van deze gegevens (inzicht wordt verschaft in privégedrag), de redelijke privacyverwachting van de gebruikers van de diensten (die er normaliter niet van zullen uitgaan dat deze gegevens worden gedeeld met de fiscale administratie, zeker bij gebrek aan wettelijk kader dat dit op transparante wijze toelaat) en de impact van het hergebruik van deze gegevens, met name belastingheffing. Dit lijkt evenwel niet te betekenen dat het hergebruik van telecommunicatiegegevens en gegevens van energieverbruik in alle omstandigheden onmogelijk zou zijn. Een wet kan hergebruik dat in principe onverenigbaar is toelaten, in welk geval deze uitzondering op het persoonsgegevensbeschermingsrecht wel *noodzakelijk* moet zijn om – in casu – de fiscale belangen van de staat te waarborgen (artikel 13 van de Richtlijn 95/46, artikel 6.4 van de Verordening 2016/679). De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer diende zo bijvoorbeeld te adviseren over een wettelijke regeling die toelaat dat verbruiksgegevens worden ingezameld voor het opsporen van fraude door middel van fictieve adressen (domiciliefraude)²⁰⁵⁵. In het kader van de beoordeling van de proportionaliteit werd in dat kader gesteld dat de ingezamelde verbruiksgegevens moeten worden beperkt tot verbruiksgegevens die een bepaalde drempelwaarde niet hebben bereikt (hoog verbruik kan immers geen relevante informatie opleveren in het kader van het opsporen van fictieve adressen). Ook het inlassen van procedurele waarborgen, zoals de mogelijkheid om het vermoeden van fraude op basis van de ingezamelde verbruiksgegevens te weerleggen, is van belang bij de beoordeling van de noodzakelijkheid van deze wettelijke

²⁰⁵³ Zie ook het positieve advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer bij het ontwerp van wet (52/2015), alsook het positieve advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer bij het uitvoeringsbesluit, dit op het vlak van de proportionaliteit van de verstrekte gegevens met het beoogde doel (02/2017)

²⁰⁵⁴ Zie de analogie met Opinion 3/2013 of the article 29 Working Party on purpose limitation, annex 4, voorbeeld 17

²⁰⁵⁵ Zie in die zin het advies 6/2012 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer over het ontwerp van wet over de inzameling van verbruiksgegevens bij nutsbedrijven en distributienetbeheerders in het kader van de strijd tegen de sociale fraude door middel van het gebruik van fictieve adressen. Dit advies betreft de wet die het zogenaamde pull-systeem installeert die er met name in bestaat dat de verbruiksgegevens op verzoek worden verstrekt (passieve informatieverstrekking)

regeling²⁰⁵⁶, net als het verlagen van de impact van de inzameling van de informatie, doordat de informatie enkel wordt gebruikt als “knipperlicht”²⁰⁵⁷.

De nood aan een wettelijk kader om de hierboven beschreven vormen van onverenigbaar hergebruik te regelen houdt dan ook duidelijk verband met de nood om het personeel toepassingsgebied van het derdenonderzoek duidelijk verder af te bakenen, vanuit het oogpunt van de voorzienbaarheid (zie hierboven).

§ 7 De verplichte informatieverstrekking van derden en het transparantiebeginsel

793. De verplichte informatieverstrekking van derden moet ook voldoende transparant gebeuren, in de mate dat de verstrekte gegevens persoonsgegevens zijn.

Dit houdt vooreerst in dat de betrokkene bepaalde informatie verstrekt krijgt. Vermits de persoonsgegevens niet bij de betrokkene zijn gekomen, maar bij derden dient de informatieverstrekking te gebeuren op het moment van de registratie van deze persoonsgegevens²⁰⁵⁸, hetzij – vanaf het van toepassing worden van de Verordening 2016/679 – in principe binnen de maand na de verkrijging. Het persoonsgegevensbeschermingsrecht laat evenwel een aantal uitzonderingen toe op deze kennisgevingsplicht, zeker voor overheden, wanneer de persoonsgegevens niet bij de betrokkene zijn verkregen. In de vorige afdeling werd al toegelicht dat de Belgische wetgeving op dit moment zelfs ruimer is dan de Richtlijn 95/46 en geen verplichte informatieverstrekking vereist wanneer de registratie verricht wordt *met het oog op* de toepassing van een bepaling voorgeschreven *door of krachtens* een wet, een decreet of een ordonnantie (artikel 9 § 2 b van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). Hierdoor zal er in principe geen kennisgeving vereist zijn. Op grond van de Verordening 2016/679 kan er pas van de informatieverstrekking worden afgezien wanneer het *verkrijgen* of *verstrekken* van de gegevens *uitdrukkelijk* is voorgeschreven bij Unie- of lidstatelijk recht dat op de verwerkingsverantwoordelijke van toepassing is en dat recht voorziet in passende maatregelen om de gerechtvaardigde belangen van de betrokkene te beschermen (artikel 14.5.c van de Verordening 2016/679). Ook voor elke vorm van actieve informatieverstrekking die gebaseerd is op een wettelijke bepaling, lijkt een kennisgeving niet vereist te zijn. Anders lijkt het te zijn voor het verkrijgen van persoonsgegevens bij derden op grond van de algemeen geformuleerde onderzoeksbevoegdheden van artikel 322 § 1, 323 en 475, 1° W.I.B. 1992. Het verkrijgen of verstrekken van persoonsgegevens is door

²⁰⁵⁶ advies 6/2012 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer over het ontwerp van wet over de inzameling van verbruiksgegevens bij nutsbedrijven en distributienetbeheerders in het kader van de strijd tegen de sociale fraude door middel van het gebruik van fictieve adressen. Andere procedurele waarborgen tegen misbruik vormt het inlassen van een filtersysteem, via de Kruispuntbank voor de Sociale Zekerheid dat instaat voor de datamatching alvorens het resultaat van deze datamatching aan de sociale inspectiediensten over te maken (zie advies 24/2015 van 17 juni 2015 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en advies 5/2016 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer over het aangepaste ontwerp van wijziging van de wet over de inzameling van verbruiksgegevens bij nutsbedrijven en distributienetbeheerders in het kader van de strijd tegen de sociale fraude door middel van het gebruik van fictieve adressen)

²⁰⁵⁷ advies 24/2015 van 17 juni 2015 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer over het ontwerp van wijziging van de wet over de inzameling van de verbruiksgegevens bij nutsbedrijven en distributienetbeheerders in het kader van de strijd tegen de sociale fraude door middel van het gebruik van fictieve adressen

²⁰⁵⁸ Artikel 14.3 van de Verordening 2016/679 heeft dit moment sterk verduidelijkt – zie hierover de onderafdeling over de draagwijdte van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens

deze bepalingen niet uitdrukkelijk voorgeschreven en in sommige gevallen gebeurt het zelfs zonder medeweten van de betrokkene om, die er soms nooit (wanneer de persoonsgegevens niet worden aangewend) of pas lang nadat ze zijn verkregen (bij het vestigen van de aanslag of de aankondiging daarvan) van wordt op de hoogte gesteld. Op die manier is er ook geen sprake van “*passende maatregelen om de gerechtvaardigde belangen van de betrokkene te beschermen*”.

De fiscale administratie kan ook vrijgesteld worden van de kennisgevingsplicht wanneer de verstrekking van informatie aan de betrokkene onmogelijk blijkt of onevenredig veel moeite kost (artikel 11.2 van de Richtlijn 95/46 en artikel 9 § 2 lid 2, a van de Wet Verwerking Persoonsgegevens), zoals wanneer het over een zeer groot aantal betrokkenen gaat²⁰⁵⁹. Deze vrijstelling zou eventueel kunnen worden ingeroepen bij de actieve verstrekking van inlichtingen of bij de verstrekking van inlichtingen over een grote groep belastingplichtigen op grond van artikel 323 W.I.B. 1992. De vrijstelling van de kennisgevingsplicht is in dat geval wel maar tijdelijk²⁰⁶⁰, vermits de informatie toch moet worden verstrekt wanneer de verwerkingsverantwoordelijke voor de eerste keer in contact treedt met de betrokken persoon (artikel 30 lid 1 van het Uitvoeringsbesluit). Op het ogenblik dat de fiscale administratie dus in contact treedt met de belastingplichtige over wie persoonsgegevens werden ingezameld, bijvoorbeeld naar aanleiding van de wijziging van de aangifte, zal ze op dat moment de in het persoonsgegevensrecht voorgeschreven informatie moeten verstrekken over de bij derden bekomen persoonsgegevens. Ook de Verordening 2016/679 maakt deze uitzondering op de verplichting tot informatieverstrekking mogelijk (artikel 14.5 b).

De Verordening 2016/679 laat ook toe dat er geen kennisgeving gebeurt van de hiervoor omschreven basisinformatie, wanneer deze kennisgeving de verwezenlijking van de doeleinden van die verwerking onmogelijk dreigt te maken of ernstig in het gedrang dreigt te brengen (artikel 14.5.b van de Verordening 2016/679). Deze uitzondering zou desgevallend ook door de fiscale administratie kunnen worden ingeroepen, in de mate dat ze kan aantonen dat dit risico bestaat. Er moeten dan wel passende maatregelen worden genomen ter waarborgen van de belangen van de betrokkene.

794. Een transparante verwerking van persoonsgegevens impliceert ook dat de betrokkene inzage moet kunnen krijgen van de persoonsgegevens die bij derden zijn verzameld. Het feit dat dit recht op inzage door de wet van 3 augustus 2012 kan worden geweigerd gedurende de periode tijdens dewelke de betrokkene het voorwerp uitmaakt van een controle, voor zover de toepassing ervan nadelig zou zijn voor de controle, en alleen voor de duur daarvan, is in het bijzonder problematisch ten aanzien van deze van derden verkregen persoonsgegevens, vermits de belastingplichtige mogelijk niet zal kunnen nagaan – middels dit recht op inzage – of de verwerkte persoonsgegevens wel correct of volledig zijn. Ook het recht op verbetering wordt hierdoor deels onwerkzaam gemaakt.

²⁰⁵⁹ Zie overweging 40 van de Richtlijn 95/46; zie ook D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 198, randnummer 268

²⁰⁶⁰ Zie D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*. Brussel, Politeia 2015, 376-377 die het onderscheid maakt tussen de relatieve onmogelijkheid om de informatie te verstrekken en de absolute onmogelijkheid

Onderafdeling 2 informatie bekomen bij financiële instellingen²⁰⁶¹

§ 1 Afbakening van het onderwerp

795. In deze onderafdeling wordt de informatiestroom van financiële instellingen naar de fiscale administratie toe besproken, met het oog op het vestigen van de inkomstenbelasting. Hoewel er in inkomstenbelastingen nog steeds een principiële verbod bestaat voor de fiscale administratie om in de rekeningen, boeken en documenten van de financiële instellingen inlichtingen in te zamelen met het oog op het belasten van hun cliënten (artikel 318 lid 1 W.I.B. 1992)(het zogenaamde “bankgeheim”²⁰⁶²), bestaan er vandaag vrij uitvoerige uitzonderingen op deze regel waardoor de fiscale administratie over verschillende mogelijkheden beschikt om informatie van financiële instellingen te bekomen, mits het respecteren van een aantal voorwaarden.

796. Een *eerste mogelijkheid* betreft de situatie waarin het op basis van de artikelen 315, 315bis, 315ter en 316 W.I.B. 1992 gevoerde onderzoek concrete elementen aan het licht brengt die het bestaan of de voorbereiding van een mechanisme van belastingontduiking kunnen doen vermoeden²⁰⁶³. In dat geval kan de fiscale administratie uit de rekeningen, boeken en documenten van de financiële instelling inlichtingen putten die het mogelijk maken het onderzoek te voltooien en de door deze cliënt verschuldigde belastingen te bepalen (artikel 318 lid 2 W.I.B. 1992)²⁰⁶⁴.

797. Een *tweede mogelijkheid* betreft de situatie waarin de administratie bij het onderzoek over één of meer aanwijzingen van belastingontduiking beschikt of wanneer de administratie het voornemen heeft om de belastbare grondslag te bepalen overeenkomstig artikel 341 W.I.B. 1992 (artikel 322 § 2 W.I.B. 1992)²⁰⁶⁵. In deze gevallen kunnen aan de financiële instelling eveneens vragen worden gesteld over een welbepaalde belastingplichtige. Om het opvragen van informatie bij een financiële instelling te faciliteren werd door de wet van 14 april 2011 (die deze vorm van onderzoek bij financiële instellingen invoerde), geregeld dat de fiscale administratie een beroep zou kunnen doen op een centraal aanspreekpunt bij de Nationale Bank (artikel 322 § 3 W.I.B. 1992). Dit centraal aanspreekpunt werd concreet opgericht bij K.B. van 17 juli 2013²⁰⁶⁶, door het K.B. verder

²⁰⁶¹ Met het begrip “financiële instelling” wordt voor het doeleinde van dit onderzoek bedoeld de “bank-, wissel-, krediet- en spaarinstellingen” waarvan melding wordt gemaakt in artikel 318 W.I.B. 1992

²⁰⁶² Het bankgeheim werd ingevoerd door artikel 34 van de wet van 8 augustus 1980, terwijl er voordien reeds op basis van een terzake geldend gebruik vanuit werd gegaan dat de fiscale administratie geen vragen kon stellen aan financiële instellingen met het oog op het belasten van hun cliënten (zie hierover: M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 222 ev. en de verwijzingen aldaar in de voorbereidende werken van de wet van 20 november 1962 waarbij de onderzoeksbevoegdheden van de fiscale administratie werden uitgebreid en waarbij de wetgever ervan uitging dat deze onderzoeksbevoegdheden niet konden worden aangewend ten aanzien van financiële instellingen). De invoering van het bankgeheim gebeurde nadat het Hof van Cassatie had verduidelijkt dat er ten aanzien van de bankier geen beroepsgeheim gold (Cass. 25 oktober 1978, *Arr. Cass.* 1978-79, 223)

²⁰⁶³ Deze uitzondering werd ingevoerd ter gelegenheid van de invoering van de wettelijke basis voor het bankgeheim zelf, met name door de wet van 8 augustus 1980, later versoepeld door o.m. artikel 41 van het K.B. van 20 december 1996 houdende diverse fiscale maatregelen (BS 31 december 1996, het KB werd bekrachtigd door de wet van 13 juni 1997, BS 19 juni 1997)

²⁰⁶⁴ Van deze mogelijkheid wordt slechts zelden gebruik gemaakt: L. VANHEESWIJCK, “De versoepeling van de opheffing van het bankgeheim en de derdenrekening van de advocaat”, *Ad Rem* 2011, afl. 4, 6-9

²⁰⁶⁵ Ingevoerd door de wet van 14 april 2011, BS 6 mei 2011, in werking vanaf 1 juli 2011, gewijzigd door artikel 17 van de wet van 28 december 2011, artikel 166 van de wet van 29 maart 2012, artikel 30 van de Wet van 17 juni 2013, artikel 176 van de wet van 25 april 2014 en ten slotte artikel 4 van de Wet van 27 april 2016

²⁰⁶⁶ BS 26 juli 2013

afgekort als “CAP”. Dit CAP wordt gespijsd met informatie door enerzijds de Belgische financiële instellingen die gehouden zijn de identiteit van hun cliënten en het nummer van de voor de belastingheffing relevante rekeningen en contracten kenbaar te maken aan het CAP (artikel 322 § 3 eerste lid W.I.B. 1992), en anderzijds door de belastingplichtige zelf die sinds aanslagjaar 2015 gehouden is het rekeningnummer van zijn buitenlandse rekeningen te melden bij dit CAP, alsook de naam van de financiële instelling en het land waar deze rekening is geopend (artikel 307 § 1 tweede lid W.I.B. 1992). De ambtenaar die gemachtigd werd het onderzoek bij een financiële instelling uit te voeren, kan bij dat CAP de beschikbare gegevens over binnenlandse en buitenlandse rekeningen van de betrokken belastingplichtige opvragen (artikel 322 § 3 tweede lid en § 5 W.I.B. 1992). De oprichting van deze databank, noch de toestroom van informatie naar deze databank toe maken het voorwerp uit van dit onderzoek. De toestroom van informatie van dit CAP naar de fiscale administratie toe, wordt wel onderzocht²⁰⁶⁷.

798. De mogelijkheid om informatie op te vragen bij een financiële instelling wanneer een inlichting wordt gevraagd door een buitenlandse staat (artikel 322 § 4 W.I.B. 1992), wordt hier verder buiten beschouwing gelaten omdat deze informatie-inwinning niet de belastingheffing in België beoogt (het voorwerp van dit onderzoek), maar wel de buitenlandse belastingheffing²⁰⁶⁸. Om dezelfde reden wordt ook de informatieverstrekking van de Belgische financiële instelling aan de Belgische fiscale administratie met het oog op het naleven van de Amerikaanse zogenaamde FATCA²⁰⁶⁹-wetgeving, buiten beschouwing gelaten. Deze informatieverstrekking heeft immers de heffing van de Amerikaanse belastingen tot doel. Ook de mogelijkheid om informatie op te vragen bij een financiële instelling in het kader van het behandelen van een bezwaarschrift (artikel 374 W.I.B. 1992), wordt hier buiten beschouwing gelaten. De inlichtingen die de fiscale administratie krijgt van een financiële instelling tijdens het onderzoek van het bezwaar, mogen immers niet leiden tot een aanvullende aanslag in hoofde van de bezwaarindiener (artikel 375 § 2 W.I.B. 1992), zodat de finaliteit van dit onderzoek eerder de oplossing betreft van het geschil, dan de heffing van de belasting. Nochtans laat het Hof van Cassatie wel toe dat de aldus bekomen informatie wordt overgemaakt aan de taxatie-ambtenaar op grond van artikel 335 W.I.B.

²⁰⁶⁷ Het CAP is als onderdeel van de Nationale Bank nochtans op zich geen kredietinstelling (zie artikel 2 van Wet van 25 april 2014 op het statuut van en het toezicht op kredietinstellingen en beursvennootschappen). Omwille van de samenhang van deze informatieverstrekking door het CAP met deze van de financiële instellingen, worden ze hier samen behandeld.

²⁰⁶⁸ Volledigheidshalve moet wel worden opgemerkt dat de wet terzake wel niet geheel duidelijk is. De mogelijkheid om een bankonderzoek uit te voeren naar aanleiding van een vraag van een buitenlandse staat werd in het wetboek opgenomen te midden van de bepalingen omtrent het onderzoek en de controle van de (Belgische) heffing op de inkomstenbelastingen. De wet lijkt ook niet duidelijk uit te sluiten dat de via dit soort bankonderzoek verkregen informatie desgevallend ook wordt gebruikt voor de Belgische belastingheffing. De wet stelt dat in het kader van dit type van bankonderzoek alle informatie “*nuttig voor het bepalen van de belastbare inkomsten*”, kan worden opgevraagd. De vraag rijst of de nuttigheid van de inlichtingen enkel moet worden beoordeeld in functie van de buitenlandse belastingheffing, dan wel (ook) in functie van de Belgische belastingheffing. Zie hierover ook S. VANHAELST, “Patrimoine: fiscalité et secret en évolution”, *RGCF* 2011/4, 269 ev

²⁰⁶⁹ “FATCA” staat voor: Foreign Account Tax Compliance Act. Op grond van deze wetgeving dienen o.m. in België gevestigde banken vanaf 1 juli 2014 systematisch aan de Amerikaanse fiscale administratie gegevens door te geven over hun Amerikaanse klanten. Het doorgeven van deze informatie gebeurt via de Belgische fiscale administratie. Concreet gaat het over identificatiegegevens van de Amerikaanse klanten van de in België gevestigde banken alsook over de jaarlijkse rapportering van het saldo van de rekening van deze klanten alsook hun interesten. Deze wetgeving heeft model gestaan voor de aanpassing van de Europese regels inzake internationale uitwisseling van gegevens.

1992²⁰⁷⁰. De problematiek van de uitwisseling van inlichtingen tussen fiscale administraties wordt evenwel besproken in een volgende afdeling.

§ 2 De informatieverstrekking van financiële instelling als inmenging in het privéleven

799. De verplichte informatieverstrekking door financiële instellingen moet zonder enige twijfel als een inmenging in het privéleven worden aanzien, wanneer de informatie een natuurlijke persoon betreft. De informatieverstrekking is in hoofde van de belastingplichtige immers ongewild²⁰⁷¹ en de informatie waarover financiële instellingen beschikken met betrekking tot natuurlijke personen wordt beschermd door artikel 8 EVRM omdat het informatie betreft die hetzij inzicht verstrekt in het professionele, hetzij in het private leven van de betrokkene. Uittreksels van bankrekeningen, zeker wanneer het rekeningen betreft die privaat worden aangewend, zullen bovendien toelaten een nauwkeurig zicht te krijgen over het doen en laten van de betrokkene (wat is het inkomen, wat is de omvang van het vermogen, omvang van credit – en debetbewegingen, identiteit van de debiteuren en crediteuren, reden van betalingen, opgenomen in de “vermelding “ bij de betalingen, ...). Het EHRM beschouwt het verzamelen van deze informatie van een natuurlijke persoon als een inmenging in het privéleven²⁰⁷². Het Belgisch Grondwettelijk Hof is hier door een aantal recente arresten, nog duidelijker over²⁰⁷³. Ten aanzien van rechtspersonen vormt de verplichte informatieverstrekking slechts een inmenging in het privéleven in de mate dat de rechtspersoon met een natuurlijke persoon kan worden gelijkgesteld, dan wel in de mate dat door deze verplichte informatieverstrekking informatie wordt prijsgegeven die voortkomt uit communicatie tussen personen, of die moet worden gerekend tot het zakengeheim van de rechtspersoon.

800. Wat betreft de informatieverstrekking van het CAP aan de fiscale administratie, is de situatie genuanceerder. Deze informatie wordt weliswaar vanuit het oogpunt van de belastingplichtige ongewild verstrekt aan de fiscale administratie, doch de verstrekte informatie is beperkt tot het nummer van de buitenlandse rekening, de naam van de financiële instelling en het land waar die rekening geopend is, het nummer van de binnenlandse fiscaal relevante rekeningen en een opgave van de fiscaal relevante contracten (artikel 14 K.B. 17 juli 2013). Deze informatie geeft maar weinig prijs over het private of professionele leven van de betrokkene. Rekening houdend met de hiervoor toegelichte rechtspraak van het EHRM moet het verzamelen van informatie over een natuurlijke persoon evenwel toch als een inmenging in het privéleven worden beschouwd, wanneer de (risicovolle) context waarin de informatie wordt verwerkt dit vereist. Informatie kan dus rechtsbescherming verdienen, niet door de loutere (gedwongen) kennisname ervan door de overheid, maar wel door het *gebruik* dat ervan wordt gemaakt. In casu wordt de informatie bij het CAP door de fiscale administratie – in het licht van een onderzoek op grond van artikel 322 § 2 W.I.B. 1992 – opgevraagd met de bedoeling de juiste financiële instelling te

²⁰⁷⁰ Cass. 18 november 2010, *TFRnet* 2011, N59

²⁰⁷¹ De financiële instelling is ook zelf verplicht de informatie te verstrekken. De niet-medewerking kan worden gesanctioneerd zoals elke derde die de medewerking weigert aan het derdenonderzoek (zie hierboven). Desnoods kan de rechtbank ook een dwangsom opleggen. Zie voor een toepassing: Rb. Gent 26 november 2003, *FJF* 2004, afl. 6, 548

²⁰⁷² EHRM 7 juli 2015, M.N./San Marino; EHRM 22 december 2015, G.S.B./Zwitserland (zij het dat hier alleen het doorgeven van de bancaire informatie als inmenging in het privéleven wordt beschouwd)

²⁰⁷³ GwH 16 mei 2013, 66/2013, overweging B.6; GwH 14 februari 2013, 06/2013, overweging B.5.3; GwH 16 juli 2015, nr. 107/2015, overweging B.3.

kunnen aanspreken omtrent de juiste contracten en rekeningen die de belastingplichtige er aanhoudt, en aldus informatie te kunnen bekomen die wel duidelijk beschermd wordt door artikel 8 EVRM. De informatie wordt met andere woorden opgevraagd bij het CAP om een inmenging in het privéleven te faciliteren. In die omstandigheden kan worden verdedigd dat ook de informatieverstrekking door het CAP aan de fiscale administratie een inmenging vormt in het privéleven voor wat betreft natuurlijke personen (en voor wat betreft rechtspersonen in de hiervoor vermelde omstandigheden).

801. Het oprichten van het CAP zelf als databank van nummers van rekeningen en contracten van belastingplichtigen bij financiële instellingen en het voeren ervan vormt op zich niet het voorwerp van dit onderzoek (dat zich richt op de informatieverstrekkingen aan de fiscale administratie), doch terloops kan worden opgemerkt dat de oprichting en toestroom van informatie naar het CAP ook zonder enige twijfel een inmenging in het privéleven vormt, waaromtrent overigens heel wat vraagstukken bestaan vanuit privacyoogpunt²⁰⁷⁴.

§ 3 De legaliteitsvereiste van de informatieverstrekking van financiële instellingen

I. De informatieverstrekking door de financiële instelling

A. Algemeen en vraagstelling

802. De mogelijkheid om informatie op te vragen bij financiële instellingen is gebaseerd op formele wetten (met name het artikel 318 lid 2 W.I.B. 1992 en artikel 322 § 2 W.I.B. 1992), waarvan de vraag rijst of deze bepalingen voldoende voorzienbaar zijn in de zin van artikel 8 EVRM. Aangezien de inmenging in het privéleven door de wetgever is mogelijk gemaakt door aan de uitvoerende macht een discretionaire bevoegdheid te verlenen, vereist het voorzienbaarheidsbeginsel ook hier weer dat de bevoegdheid van de uitvoerende macht voldoende is afgebakend om een waarborg te vormen tegen misbruik. Zowel toepassingsgebied als uitvoeringsmodaliteiten moeten voldoende duidelijk zijn en voldoende afgebakend. Dit wordt hierna voor de twee hier besproken mogelijkheden tot opheffing van het bankgeheim nagegaan. Het weze herhaald dat deze informatieverstrekking op zich met enige strengheid kan worden bekeken nu het opvragen van informatie bij derden privacyinvasiever is dan het opvragen van informatie bij de belastingplichtige zelf, zeker wanneer dit zonder medeweten van deze belastingplichtige zou gebeuren.

803. De twee mogelijkheden tot opheffing van het bankgeheim hebben het personeel toepassingsgebied alvast gemeenschappelijk: wanneer het bankgeheim wordt opgeheven zijn het de zogenaamde “*bank-, wissel-, krediet- en spaarinstellingen*” die verplicht worden

²⁰⁷⁴ Zo bijvoorbeeld worden in deze databank de gegevens opgenomen van eenieder die een bankrekening of een fiscaal relevant contract heeft, zonder onderscheid, ook wanneer er geen enkele aanwijzing is van overtreding van de fiscale wetgeving, waardoor deze vorm van inzameling van informatie verder gaat dan wanneer deze gegevens pas zouden worden opgevraagd wanneer de voorwaarden voldaan zijn om het bankgeheim op te heffen (zie advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer nr. 13/2010, randnummer 34). Aan het oprichten van een databank zijn bovendien veiligheidsrisico's verbonden (onderschepping van communicatie) alsook risico's op oneigenlijk gebruik (zie advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer nr. 13/2010).

informatie te verstrekken. Hoewel de wet dit begrip niet definieert, lijkt het voldoende duidelijk te zijn opdat de betrokkenen weten waar zij aan toe zijn. Voor de interpretatie van de gekozen begrippen mag immers ook rekening worden gehouden met de invulling die er door de rechtspraak aan wordt gegeven, alsook met andere niet wettelijke bepalingen²⁰⁷⁵, in de mate dat deze voldoende kenbaar zijn gemaakt aan de personen tot wie zij zijn gericht²⁰⁷⁶. De voorbereidende werken van de wet tot invoering van het fiscaal bankgeheim²⁰⁷⁷, andere wettelijke bepalingen²⁰⁷⁸, de commentaren van de fiscale administratie²⁰⁷⁹ en de rechtspraak²⁰⁸⁰ lijken op dit moment voldoende bij te dragen tot de duidelijkheid van het personeel toepassingsgebied. De twee hier besproken bepalingen die toelaten dat het bankgeheim wordt opgeheven betreffen ook telkens een opheffing van het bankgeheim ten aanzien van informatie *van de cliënten* van deze financiële instellingen. Ook dit begrip blijkt voldoende duidelijk te zijn²⁰⁸¹. Deze twee aspecten van het toepassingsgebied van de mogelijkheden tot opheffing van het bankgeheim lijken aldus alvast voldoende voorzienbaar te zijn. Aldus rest nog de vraag of het toepassingsgebied van beide mogelijkheden ook voldoende duidelijk is afgebakend, wat betreft de omstandigheden waarin een bankonderzoek mogelijk is, de inlichtingen die kunnen worden gevraagd en de wijze waarop het bankonderzoek wordt gevoerd.

B.Opvragen van inlichtingen bij een financiële instelling ingeval er sprake is van een mechanisme van belastingontduiking

804. Wat betreft de mogelijkheid om een bankonderzoek uit te voeren op grond van artikel 318 lid 2 W.I.B. 1992, is het duidelijk dat dit slechts kan in één *omstandigheid*, met name wanneer een op basis van artikel 315, 315bis, 315ter en 316 W.I.B. 1992 uitgevoerd onderzoek concrete elementen aan het licht brengt die het bestaan of de voorbereiding van een mechanisme van belastingontduiking kunnen doen vermoeden. De bevoegdheid van de fiscale administratie om over te gaan tot een bankonderzoek, wordt hier dus, in tegenstelling tot het (algemeen) derdenonderzoek op basis van artikel 322 § 1 W.I.B. 1992 wel degelijk afgebakend. De wetgever gaf ook zelf aan de bevoegdheid van de administratie om het bankgeheim op te heffen, zeer duidelijk te willen afbakenen om elk misbruik te vermijden²⁰⁸². De mogelijkheid om voor deze vorm van informatie-inzameling te kiezen, die

²⁰⁷⁵ EHRM 25 maart 1983, SILVER/VK

²⁰⁷⁶ EHRM 26 maart 1987, LEANDER/Zweden (§51)

²⁰⁷⁷ *Parl. St.* Senaat 1979-1980, 483/9, 27 waarin staat dat het bankgeheim geldt voor alle instellingen die openbaar geld aantrekken

²⁰⁷⁸ Zoals de Wet van 25 april 2014 op het statuut van en het toezicht op kredietinstellingen en beursvennootschappen

²⁰⁷⁹ Comm.IB 318/3 en 318/4

²⁰⁸⁰ Uit de rechtspraak blijkt dat ondernemingen die een werkzaamheid van financiële leasing uitoefenen moeten worden begrepen onder het toepassingsgebied van het bankgeheim : zie Cass. 16 maart 2007, *TFR* 2007, 793; Cass. 24 april 2008, AR F.07.0032.N, www.cass.be; Cass. 15 oktober 2009, *TFR* 2010, afl. 377, 243 (waarin werd verduidelijkt dat het bankgeheim enkel slaat op de verrichtingen van financiële leasing van deze leasingmaatschappij en niet op andere verrichtingen, zoals de verkoop van een wagen die het voorwerp heeft uitgemaakt van de leasingovereenkomst); Cass. 22 mei 2014, F.12.0091.N, www.cass.be; Cass. 15 oktober 2015, www.cass.be. Dezelfde redenering laat bepaalde auteurs toe te besluiten dat het bankgeheim ook slaat op verzekeringsmaatschappijen, voor wat betreft hun financiële activiteiten (zie S. VANHAELST, "Patrimoine: fiscalité et secret en évolution", *RGCF* 2011/4, 269 ev. met verwijzing naar P. GLINEUR, "Le secret professionnel de l'assureur à l'égard du fisc", *Rev. Dr. ULB*, 2000, 159)

²⁰⁸¹ Zie o.m. door toelichting in Comm. IB 318/5-8

²⁰⁸² *Parl. St.* Senaat, zitting 1979-1980, doc. 483/9, blz. 25; Comm.IB 318/11

privacyinvasiever is dan wanneer de informatie wordt ingezameld bij de belastingplichtige zelf, is dus beperkt tot een welomschreven geval.

805. Met name zijn aan de opheffing van het bankgeheim in deze vorm twee voorwaarden verbonden: enerzijds moet er een onderzoek zijn gevoerd op basis van de artikelen 315, 315bis, 315ter en 316 W.I.B. 1992; anderzijds moeten uit dit onderzoek concrete elementen zijn gebleken die het bestaan of de voorbereiding van een mechanisme van belastingontduiking kunnen doen vermoeden. Hoewel de eerste voorwaarde vrij duidelijk is omschreven, heeft zij aanleiding gegeven tot een aantal discussies. Zo rijst met name de vraag of het moet gaan over een onderzoek dat bij de financiële instelling is gevoerd, dan wel bij de belastingplichtige, dan wel of een onderzoek bij beide in aanmerking komt om elementen aan het licht te brengen over een mechanisme van belastingontduiking. Door het feit dat deze mogelijkheid tot opheffing van het bankgeheim onderdeel vormt van artikel 318 W.I.B. 1992 dat deel uitmaakt van de afdeling over de plichten van de belastingplichtige en artikel 318 lid 1 W.I.B. 1992 handelt over het fiscaal onderzoek bij een financiële instelling over de belastingtoestand van de financiële instelling, wordt er door de rechtsleer soms verdedigd²⁰⁸³, hierin gevolgd door de fiscale administratie zelf²⁰⁸⁴, dat de elementen die wijzen op een mechanisme van belastingontduiking moeten blijken uit een onderzoek bij de financiële instelling. Anderen menen dan weer dat, aangezien de wet niet duidelijk aangeeft bij wie dit onderzoek moet zijn gevoerd, het kan gaan zowel over een onderzoek bij de financiële instelling als een onderzoek bij de belastingplichtige²⁰⁸⁵. Deze visie wordt inmiddels gevolgd door bepaalde rechtspraak²⁰⁸⁶, zij het dat dit nog niet is bevestigd door het Hof van Cassatie. Bij gebrek aan verduidelijking door het Hof van Cassatie, is het vanuit het oogpunt van de voorzienbaarheid aangewezen dat de wetgever terzake duidelijkheid schept.

806. Wat de tweede voorwaarde betreft moet worden vastgesteld dat de gebruikte bewoordingen zeer vaag zijn (“concrete elementen die het bestaan of de voorbereiding van een mechanisme van belastingontduiking kunnen doen vermoeden”), zodat de vraag rijst of er andere – voldoende kenbare - bronnen zijn die toelaten te besluiten dat deze wettelijke bepaling voldoende voorzienbaar is. Bij het invoeren van deze bepaling verklaarde de minister dat “*het niet helemaal zonder opzet is dat die tekst in algemene bewoordingen is opgesteld*”²⁰⁸⁷. Aldus wil de wetgever vermijden dat “*strikte definities de toepassing in het keurslijf dwingen van een tekst die achteraf de gelegenheid zou bieden deze al te gemakkelijk te omzeilen*”. Deze doelstelling is legitiem. Ook het EHRM aanvaardt het gebruik van begrippen die tot op zekere hoogte vaag blijven en waarvan de interpretatie en toepassing

²⁰⁸³ P. MALHERBE en M. BEYNSBERGER Een poging tot exegese van artikel 318, 2^{de} lid WIB, *TFR* 2012, 87 ev.; S. VANHAELST, “Patrimoine: fiscalité et secret en évolution”, *RGCF* 2011/4, 269 ev

²⁰⁸⁴ Comm.IB 318/14; zie ook nog Circulaire Ci.RH.81/616.308 (AAFisc 10/2012) dd. 05.03.2012

²⁰⁸⁵ M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 255-256; M. MORIS, *procédure fiscale approfondie en matière d’impôts directs*, Limal, Anthemis, 2014, 185 die zelfs stelt dat het enkel gaat over een onderzoek bij de belastingplichtige

²⁰⁸⁶ Rb. Brussel 28 januari 2011, *TFR* 2012, 82, met noot P. MALHERBE en M. BEYNSBERGER; zie ook rb. Gent 26 november 2003, *NjW* 2004, 20 waarin werd aangenomen dat het mechanisme van belastingontduiking ook mag blijken uit de inzage van de administratie in een strafdossier. Deze zienswijze lijkt in strijd met de wet vermits de wet enkel verwijst naar een onderzoek uitgevoerd op grond van artikel 315, 315bis, 315ter en 316 W.I.B. 1992. In ieder geval gaat deze uitspraak uit van de veronderstelling dat het niet noodzakelijk over een onderzoek bij een financiële instelling moet gaan.

²⁰⁸⁷ *Parl. Hand.* Senaat, 15.5.1975, blz. 2075-2078

moeten blijken in de praktijk²⁰⁸⁸. De commentaar van de fiscale administratie geeft enige verduidelijking waar staat dat een mechanisme moet worden beschouwd als een systeem of “een geheel van operaties zonder onderscheid te maken of dat systeem of dat geheel al dan niet past in de normale praktijk van de bank- en dito operaties”²⁰⁸⁹. Bovendien volstaat het dat het mechanisme slechts eenmaal in werking is gesteld²⁰⁹⁰. Het volstaat zelfs dat er concrete elementen zijn die doen vermoeden dat een mechanisme van belastingontduiking wordt voorbereid, waardoor het bankgeheim zelfs lijkt te kunnen worden opgeheven, ook al is er nog geen toepassing gemaakt van dit mechanisme²⁰⁹¹. Het mechanisme moet wel kunnen worden vermoed op basis van concrete elementen wat inhoudt dat er dus wel “feiten, overeenkomsten, handelingen of verrichtingen”, moeten zijn, zoals bijvoorbeeld het openen van een rekening, een geldtransfert, een betaling in het buitenland, het stellen van een borg²⁰⁹². Het volstaat dat het gaat om frauduleus opzet met het oog op het verbergen van de werkelijke fiscale toestand voor de fiscale administratie²⁰⁹³. De medeplichtigheid van de financiële instelling wat betreft de belastingfraude die door de cliënt wordt gepleegd, is niet vereist²⁰⁹⁴. Het geheel van deze – kenbare – toelichtingen bij het vage begrippenapparaat van artikel 318 lid 2 W.I.B. 1992 laat toe te stellen dat deze bepaling voldoende voorzienbaar is en de mogelijkheden van de fiscale administratie om informatie te halen bij de financiële instelling voldoende afbakt.

807. De vraag rijst nog of het inlassen van een subsidiariteitsvereiste, in die zin dat de informatie eerst bij de belastingplichtige wordt opgevraagd alvorens ze aan de financiële instelling wordt gevraagd, zich hier opdringt. Hiervoor werd reeds gesteld dat deze subsidiariteitsvereiste wel bestaat bij bankonderzoeken naar aanleiding van een onderzoek waaruit aanwijzingen van belastingontduiking zijn voortgekomen of elementen die een indiciaire taxatie vereisen (artikel 322 § 2 ev. W.I.B. 1992). Er lijkt geen goede reden voorhanden om het bankonderzoek naar aanleiding van mechanismen van belastingontduiking op een andere wijze te benaderen en deze uit te sluiten van de subsidiariteitsvereiste. Het voorgenomen bankonderzoek is in hoofde van de belastingplichtige immers even privacyinvasief en kan worden vermeden wanneer de vereiste informatie ook door de belastingplichtige kan worden verstrekt. Net als bij het derdenonderzoek op grond van artikel 322 § 1 W.I.B. 1992 kan ook hier wel worden gesteld dat deze regel niet van aard moet zijn dat de informatie *in alle gevallen* eerst bij de belastingplichtige moet worden opgevraagd, maar wel telkens wanneer dit de correcte heffing van de belasting niet in de weg staat²⁰⁹⁵. Bovendien zal een subsidiariteitsvereiste

²⁰⁸⁸ EHRM 26 april 1979, SUNDAY TIMES/VK (zie §§ 48 en 49)

²⁰⁸⁹ Comm.IB 318/16, zie ook Verslag aan de Koning bij K.B. van 20 december 1996

²⁰⁹⁰ Comm.IB 318/16, zie ook Verslag aan de Koning bij K.B. van 20 december 1996, P. VAN HEUVERSWYN, *Internationale uitwisseling van inlichtingen en bankgeheim*, 2000, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 68; contra: M. MORIS, *procédure fiscale approfondie en matière d'impôts directs*, Limal, Anthemis, 2014, 185 met verwijzing naar T. AFSCRIFT, *la levee du secret bancaire fiscal*, Bruxelles, Larcier, 2011, 53

²⁰⁹¹ M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 257

²⁰⁹² Comm.IB 318/15

²⁰⁹³ Comm.IB 318/16

²⁰⁹⁴ Dit was aanvankelijk wel het geval bij de invoering van deze uitzondering op het bankgeheim door de wet van 8 augustus 1980, maar werd later geschrapt door artikel 41 van het K.B. van 20 december 1996 houdende diverse fiscale maatregelen (zie hierover: M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 246; P. VAN HEUVERSWYN, *Internationale uitwisseling van inlichtingen en bankgeheim*, 2000, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 68)

²⁰⁹⁵ Zie ook de redenering in: Rechtbank Amsterdam 8 november 2011 (ECLI:NL:RBAMS:2011:BW2575)

onzinnig zijn indien wordt aangenomen (zie hierboven) dat de aanwijzingen van het mechanisme van belastingontduiking mogen of desgevallend moeten blijken uit een onderzoek bij de belastingplichtige zelf.

808. Wat betreft de *inlichtingen* die in dit geval kunnen worden opgevraagd verduidelijkt de wet dat het moet gaan over de “*inlichtingen die het mogelijk maken het onderzoek te voltooien en de door deze cliënt verschuldigde belastingen te bepalen*”. Vermits deze mogelijkheid tot opheffing van het bankgeheim slechts kan nadat er reeds een onderzoek is geweest van de fiscale administratie dat bepaalde aanwijzingen heeft opgeleverd, moeten de inlichtingen van aard zijn verder te bouwen op dit onderzoek. Er mag naar aanleiding van deze opheffing van het bankgeheim dus geen algemene aftapping van informatie volgen van de betrokken belastingplichtige²⁰⁹⁶. Ook deze omschrijving is voldoende duidelijk en bakent de bevoegdheid van de fiscale administratie voldoende af.

809. Wat betreft de *wijze waarop* de informatie van de financiële instelling kan worden opgevraagd, verduidelijkt de wet dat het onderzoek dient te gebeuren door een ambtenaar met minstens de titel van attaché, die daartoe is aangesteld door een ambtenaar die daartoe is aangewezen door de minister van Financiën, alsook dat deze ambtenaar inlichtingen mag putten uit de rekeningen, boeken en documenten van de financiële instelling (artikel 318 lid 2 W.I.B. 1992). Dit lijkt erop te wijzen dat de fiscale administratie zowel de rekeningen, boeken en documenten van de financiële instelling mag doorzoeken op zoek naar de informatie die toelaat haar onderzoek over de belastingplichtige verder te zetten, als aan de financiële instelling kan vragen deze informatie, afkomstig uit rekeningen, boeken en documenten aan haar over te maken. Ook hier lijkt er geen probleem te bestaan inzake de voorzienbaarheid die in casu overigens enkel moet worden beoordeeld vanuit het oogpunt van de belastingplichtige (doorgaans natuurlijke persoon) en niet ten aanzien van de financiële instelling van wie het privéleven in de regel niet mee op het spel staat. De belastingplichtige wordt van deze beslissing om een bankonderzoek uit te voeren niet op de hoogte gesteld, noch wordt hij gehoord²⁰⁹⁷, waardoor de informatie-inzameling dus volledig buiten enig medeweten van de belastingplichtige kan gebeuren.

810. De *bewaartermijn* van de aldus bij de financiële instelling ingezamelde gegevens is ook hier onduidelijk. De *finaliteit* van dit bankonderzoek blijkt daarentegen wel voldoende uit de wet. De finaliteit bestaat er niet in de inkomstenbelasting bij de belastingplichtige te heffen, maar meer specifiek het onderzoek, waarbij concrete elementen zijn aangetroffen die het bestaan of de voorbereiding doen vermoeden van belastingontduiking, verder te zetten, om dan finaal tot belastingheffing bij de belastingplichtige te komen.

811. Met betrekking tot deze vorm van bankonderzoek lijken er dus een (beperkt) aantal voorzienbaarheidsvragen te rijzen, zodat de vraag rijst of er procedurele waarborgen tegen misbruik zijn.

²⁰⁹⁶ Parl. St. Senaat 1979-1980, 483/9, 25, Comm.IB 318/11; M. MORIS, *procédure fiscale approfondie en matière d'impôts directs*, Limal, Anthemis, 2014, 185

²⁰⁹⁷ Comm.IB 318/19

812. Het feit dat het bankonderzoek moet worden uitgevoerd door een speciaal daartoe aangestelde ambtenaar met een titel van minstens attaché, vormt op zich een procedurele waarborg tegen misbruik over de toepassing van dit artikel²⁰⁹⁸, zij het dat deze op zich niet volstaat.

813. Net zoals elk derdenonderzoek, kan ook dit bankonderzoek onderworpen worden aan jurisdictionele controle op het ogenblik dat de aanslag wordt betwist voor de rechter en in de mate dat de gegevens van het bankonderzoek ook voor deze aanslag zijn gebruikt²⁰⁹⁹. De beperkingen van een dergelijke jurisdictionele controle zijn gekend: de eventuele schending van het privéleven is reeds lang achter de rug en de informatie die is voortgekomen uit eventuele schending is al aangewend. Rekening houdend met de rechtspraak in de zaak RAVON²¹⁰⁰ moet de jurisdictionele beoordeling van een inmenging in het privéleven evenwel steeds voldoen aan de waarborgen van artikel 6 EVRM inzake de toegang tot de rechter, wat niet alleen betekent dat er tegenspraak moet zijn, dat de rechter met volle rechtsmacht moet kunnen oordelen, maar ook dat, zo de schending van het recht op privéleven niet kan worden vermeden, er een passend rechtsherstel mogelijk is. Het weze herhaald dat dit het geval is indien de stelling wordt aanvaard, die werd verdedigd in de afdeling over de rechtsbescherming, dat een schending van het recht op privéleven bij – in casu het uitvoeren van een bankonderzoek – leidt tot uitsluiting van het bewijs dat middels deze schending werd bekomen²¹⁰¹.

Het vermijden van de schending van het recht op privéleven via deze vorm van bankonderzoek lijkt onder geen enkele omstandigheid mogelijk vermits de belastingplichtige bij deze vorm van bankonderzoek ook niet op de hoogte worden gebracht van de beslissing van de administratie om dit bankonderzoek te doen. Hierdoor is er ook geen gelegenheid om het bankonderzoek aan een jurisdictionele controle te onderwerpen nog voor ze heeft plaatsgevonden. Een kennisgeving van de beslissing een bankonderzoek uit te voeren is in de regel wel voorgeschreven door de wet indien er een bankonderzoek gebeurt op grond van artikel 322 § 2 ev W.I.B. 1992. Dit wordt hierna besproken (artikel 322 § 2 ev. W.I.B. 1992 en artikel 333/1 § 1 W.I.B. 1992)²¹⁰². Er lijken geen redenen voorhanden te zijn om deze verplichte kennisgeving voor te behouden voor het bankonderzoek op grond van artikel 322 § 2 ev W.I.B. 1992. Een voorafgaande kennisgeving geeft de mogelijkheid het bankonderzoek te onderwerpen aan een jurisdictionele controle nog voordat ze heeft plaatsgevonden. Het

²⁰⁹⁸ EHRM 16 december 1997, CAMENZIND/Zwitserland

²⁰⁹⁹ Comm.IB 318/26

²¹⁰⁰ EHRM 21 februari 2008, RAVON/Frankrijk; zie ook EHRM 24 oktober 2008, ANDRE/Frankrijk, zie ook EHRM 21 december 2012 CANAL PLUS/Frankrijk (§36-40).

²¹⁰¹ Volledigheidshalve moet wel worden opgemerkt in de afdeling over de rechtsbescherming ook werd vastgesteld dat de rechtspraak van het EHRM – in tegenstelling tot de rechtspraak van het Hof van Justitie in het kader van met name artikel 47 van het Handvest (HvJ 17 december 2015, C-419/14 WEBMINDLICENCES KfT) – niet zo ver gaat dat het vereist dat er bij de schending van het recht op privéleven bij het verzamelen van informatie steeds bewijsuitsluiting is (zie EHRM 12 juli 1988 SCHENK/Zwitserland; EHRM 12 mei 2000 KHAN/VK; EHRM 25 september 2001, P.H. en J.H./VK; EHRM 5 november 2002, ALLAN/VK; EHRM 1 maart 2007, HEGLAS/Tsjechië; EHRM 10 maart 2009, BYKOV/Rusland; EHRM 15 januari 2015, DRAGOJEVIC/Kroatië en voor een recente Belgische zaak: EHRM 31 januari 2017, KALNENIENE/België)

²¹⁰² Van deze kennisgeving wordt slechts afgezien ingeval de rechten van de Schatkist in gevaar zijn (artikel 333/1 § 1, tweede lid W.I.B. 1992), zij het dat er dan op korte termijn wel een post-factumkennisgeving moet komen (30 dagen na het verzenden van de vraag om inlichtingen aan de financiële instelling). Van de kennisgeving kan eveneens worden afgezien indien het bankonderzoek gebeurt op vraag van een buitenlandse Staat en die buitenlandse staat uitdrukkelijk vraagt geen kennisgeving te doen omdat de rechten van haar Schatkist in gevaar zijn (artikel 333/1 § 1 derde lid W.I.B. 1992)(ook dan is er een postfactumkennisgeving) en indien de buitenlandse staat reeds zelf een kennisgeving verstuurd (artikel 333/1 § 1 vierde lid W.I.B. 1992).

pretaxatiegeschil werkt weliswaar niet schorsend, maar de schending van het privéleven kan desgevallend worden vermeden wanneer de fiscale administratie vrijwillig het voorgenomen bankonderzoek uitstelt. Een voorafgaande kennisgeving zou ook het probleem oplossen dat er op dit moment geen enkele vorm van jurisdictionele controle openstaat voor het bankonderzoek waaruit informatie is voortgekomen die *niet* is aangewend voor het vestigen van een aanslag.

C.Opvragen van informatie bij de financiële instelling naar aanleiding van een aanwijzing van belastingontduiking of het voornemen indiciair te taxeren

814. Het Grondwettelijk Hof heeft in een arrest van 14 februari 2013²¹⁰³ reeds uitspraak gedaan over de conformiteit van deze vorm van informatie-inwinning met artikel 8 EVRM, meer in het bijzonder wat betreft het voldaan zijn van de voorzienbaarheidsvereiste. Het Grondwettelijk Hof onderzocht met name of de *omstandigheden* waarin de financiële instellingen kunnen worden bevraagd, voldoende duidelijk zijn. Wat betreft de mogelijkheid om de financiële instellingen aan een onderzoek te onderwerpen wanneer er aanwijzingen van belastingontduiking bestaan, neemt het Grondwettelijk Hof genoegen met de aangewende (vage) terminologie. Het Hof verwijst naar de voorbereidende werken die voldoende toelichting gegeven over de inhoud van het begrippen “aanwijzingen van belastingontduiking” en waarin een reeks voorbeelden worden gegeven²¹⁰⁴. Bovendien houdt het Grondwettelijk Hof ook rekening met het feit dat er procedurele waarborgen tegen misbruiken zijn, vermits de rechtbank finaal kan oordelen over de vraag of er sprake was van “aanwijzingen van belastingontduiking”. Wat betreft de mogelijkheid om de financiële instelling te bevragen wanneer de fiscale administratie het voornemen heeft te taxeren op grond van artikel 341 W.I.B. 1992 meent het Grondwettelijk Hof dat ook deze situatie voldoende voorzienbaar is. Uit de wet (combinatie van artikel 322 § 2, derde lid W.I.B. 1992, artikel 333/1, § 2, derde lid W.I.B. 1992 en de voorbereidende werken van deze bepalingen) kan immers volgens het Grondwettelijk Hof worden afgeleid dat dit voornemen moet zijn gebaseerd op feitelijke elementen die uit een *voorafgaand* onderzoek zijn voortgekomen en die het aannemelijk maken dat er sprake is van een hogere graad van gegoedheid dan blijkt uit de aangegeven inkomsten, waardoor een taxatie op grond van artikel 341 W.I.B. 1992 mogelijk is²¹⁰⁵. De bevoegdheid van de fiscale administratie is aldus voldoende afgebakend. Deze analyse van het Grondwettelijk Hof over de omstandigheden waarin het bankonderzoek mogelijk is, lijkt aldus in overeenstemming te zijn met het hierboven geschetste kader dat terzake door het EHRM wordt geboden.

815. Een analyse van de voorzienbaarheid van een wettelijke bepaling die aan de overheid op discretionaire wijze de bevoegdheid verleent om (persoons)gegevens in te zamelen, vereist evenwel niet alleen een controle van de *omstandigheden* waarin gebruik kan worden gemaakt van de maatregel. De wet moet voldoende duidelijk zijn omtrent het toepassingsgebied, wat in wezen ook duidelijkheid impliceert over de *informatie* die kan

²¹⁰³ GwH 14 februari 2013, 06/2013, overweging B.9.3

²¹⁰⁴ *Parl. St. Kamer*, 2010-2011, doc 53-1208/007, 13-16

²¹⁰⁵ Rekening houdend met deze interpretatie is het dus niet mogelijk dat de administratie bij de financiële instelling begin – en eindstand van de rekeningen opvraagt om als indicatie van vermogenstoename, zonder dat er een voorafgaande indicie is gebleken uit een onderzoek waarbij de financiële instelling niet is betrokken.

worden gevraagd²¹⁰⁶. Artikel 322 § 2 tot 3 W.I.B. 1992 lijkt op dat vlak niet problematisch. Wat betreft de gegevens die kunnen worden ingezameld bepaalt de wet dat het moet gaan om gegevens die “*nuttig zijn om het bedrag van de belastbare inkomsten te bepalen*”²¹⁰⁷. Deze omschrijving is voldoende voorzienbaar in het licht van de rechtspraak van het EHRM²¹⁰⁸. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat de wetgever meent dat de informatie die de fiscale administratie kan opvragen niet beperkt blijft tot de informatie over rekeningen en contracten die bij het CAP zijn gemeld (zie hierna) en die in een KB zijn verduidelijkt. De fiscale administratie kan met andere woorden nog informatie over andere rekeningen en contracten opvragen bij financiële instellingen in de mate dat zij uiteraard op de hoogte is van het bestaan van deze rekeningen en contracten en in de mate dat deze relevant zijn voor de concrete belastingheffing²¹⁰⁹. Dit lijkt evenwel niets af te doen aan de voorzienbaarheid van het toepassingsgebied op dat vlak.

816. Naast duidelijkheid omtrent het toepassingsgebied vereist het voorzienbaarheidsbeginsel ook dat er duidelijkheid bestaat omtrent de *wijze waarop de inmenging* gebeurt. Ook wat dit punt betreft rijst er geen probleem: het bankonderzoek kan alleen worden uitgevoerd door een persoon met een titel van minstens attaché en deze persoon moet zijn gemachtigd door een ambtenaar, aangesteld door de minister van Financiën, met minstens de titel van adviseur (artikel 322 § 2 lid 2 W.I.B. 1992). Die machtiging kan slechts worden verleend indien aan de belastingplichtige zelf werd gevraagd om de bedoelde informatie te verstrekken, via een schriftelijke²¹¹⁰ vraag om inlichtingen bedoeld in artikel 316 W.I.B. 1992. In deze vraag moet de belastingplichtige erop worden gewezen dat wanneer hij de informatie verborgen houdt of weigert te verstrekken, de fiscale administratie de informatie aan de financiële instelling kan vragen. Het bankonderzoek kan niet vroeger aanvangen dan wanneer de termijn om te antwoorden op deze vraag om inlichtingen is verstreken (artikel 322 § 2 lid 2, 1° W.I.B. 1992), en wanneer de belastingplichtige niet of onvolledig antwoordt of anderszins de gevraagde gegevens verborgen houdt²¹¹¹. De belastingplichtige moet bovendien een kennisgeving krijgen met daarin de aanwijzingen van belastingontduiking of van de elementen die het voornemen om indiciair te taxeren, verantwoorden, dit tegelijkertijd met het stellen van de vraag aan de financiële instelling (artikel 333/1 § 1 lid 1 W.I.B. 1992). Enkel als de rechten van de Schatkist in gevaar verkeren, is de fiscale administratie niet gehouden om deze kennisgeving te doen (artikel 333/1 § 1 tweede lid W.I.B. 1992). Hoewel het begrip “de rechten van de Schatkist” enigszins vaag is, bestaat er in de Belgische rechtsorde voldoende duidelijkheid over wat onder dit begrip moet worden verstaan. Het Belgisch Grondwettelijk Hof bevestigt ook dat deze bepaling zo moet worden gezien dat de mogelijkheid om af te zien van de kennisgeving slechts kan als er aanwijzingen zijn dat de belastingplichtige de intentie heeft zich

²¹⁰⁶ Hierboven werd reeds verduidelijkt dat er omtrent het personeel toepassingsgebied geen problemen inzake voorzienbaarheid rijzen

²¹⁰⁷ Deze verwijzing naar de fiscale relevantie werd ook geadviseerd door de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in advies nr. 12/2010 bij het wetsvoorstel Van der Maelen – Mathot inzake de versoepeling van het bankgeheim. In de administratieve commentaar worden “historieken, saldi, momentopnames, uittreksels, contracten” als voorbeelden genoemd (Comm.IB 322/27). Ook de vragenlijsten die in het kader van de Mifid-richtlijn zijn ingevuld door de cliënt ivm het beleggersprofiel zijn gegevens die kunnen worden opgevraagd (*Vr. en Antw.*, Kamer, 2007-2008, nr. 015, blz. 2713-2715 (Parl.Vr. nr. 34 van de heer de Donnea dd. 14.04.2008))

²¹⁰⁸ EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen

²¹⁰⁹ *Parl. St.* Kamer 2012-13, 2756/5, 45-46 en 49, Senaat 2012-13, nr. 5-2095/3, 21

²¹¹⁰ Comm.IB 322/17

²¹¹¹ Comm.IB 322/18

onvermogen te maken²¹¹². Alleen dan is de uitzondering redelijk verantwoord. De kennisgeving gebeurt dan wel post factum (namelijk 30 dagen na het verzenden van de vraag om inlichtingen).

817. Tot slot moet er ook duidelijkheid zijn over de *finaliteit* van de inmenging en de *bewaartermijn* van de aldus bekomen informatie. De bewaartermijn van de aldus bekomen informatie is, andermaal, onduidelijk. Wat betreft de finaliteit, kan in wezen eenzelfde analyse worden gemaakt als inzake de inzameling van informatie bij de belastingplichtige: de finaliteit is niet uitdrukkelijk in de wet bepaald, maar kan worden afgeleid uit de plaats die artikel 322 § 2 tot 3 W.I.B. 1992 inneemt in het wetboek, met name is dit de heffing van de inkomstenbelastingen in hoofde van de belastingplichtige.

818. Hoewel er dus geen voorzienbaarheidsvraagstukken lijken te zijn in deze deze vorm van bankonderzoek, is het nuttig op te merken dat jurisdictionele controle op de toepassing van deze maatregel mogelijk is, zodat er ook procedurele waarborgen zijn tegen misbruik, dit nog los van het feit dat het bankonderzoek ook hier moet worden uitgevoerd door een speciaal daartoe aangestelde ambtenaar. Bovendien is een jurisdictionele controle van dit bankonderzoek niet alleen mogelijk op het ogenblik dat de aanslag wordt betwist voor de rechter, maar ook ter gelegenheid van de kennisgeving van de maatregel²¹¹³.

II. De informatieverstrekking door het CAP

819. Ook het opvragen van informatie bij het CAP door de fiscale administratie is geregeld in een formele wet (artikel 322 § 3, tweede lid W.I.B. 1992 en artikel 322 § 5 W.I.B. 1992), waarvan de vraag rijst of deze bepaling voldoende voorzienbaar is in de zin van artikel 8 EVRM.

820. Zoals eerder opgemerkt vormt de informatieverstrekking van het CAP een methode om de bankonderzoeken zelf te faciliteren. In die zin zou het logisch zijn dat de afbakening van de discretionaire bevoegdheid van de fiscale administratie om informatie op te vragen bij het CAP, gelijk loopt met de afbakening van de discretionaire bevoegdheid van de fiscale administratie om informatie op te vragen bij de financiële instelling. Dit blijkt niet het geval te zijn. Artikel 322 § 3 tweede lid W.I.B. 1992 laat toe dat de door de minister aangestelde ambtenaar gegevens opvraagt bij het CAP wanneer "*het gevoerde onderzoek bedoeld in paragraaf 2 één of meer aanwijzingen van belastingontduiking heeft opgeleverd*". Nochtans bepaalt paragraaf 2 dat een bankonderzoek kan worden uitgevoerd niet alleen wanneer uit een voorafgaand onderzoek aanwijzingen van belastingontduiking zijn voortgevloeid, maar ook wanneer uit dit voorafgaand onderzoek een toepassing van artikel 341 W.I.B. 1992 voortvloeit. Doordat de wet aldus is opgesteld *lijkt* het er op dat de bedoelde ambtenaar alleen gegevens bij het CAP kan opvragen wanneer er aanwijzingen van belastingontduiking zijn. De gegevens die op grond van artikel 322 § 3 tweede lid W.I.B. 1992 kunnen worden opgevraagd bij het CAP zijn de gegevens die door de Belgische financiële instellingen aan het CAP worden ter beschikking gesteld. Wat betreft de gegevens die door de belastingplichtige zelf aan het CAP moeten worden overgemaakt, met name de gegevens over de buitenlandse

²¹¹² GwH 14 februari 2013, nr. 66/2013

²¹¹³ GwH 14 februari 2013, nr. 66/2013; voor een toepassing: Rb. Brussel 24 mei 2012, *F/JF* 2013/153

rekeningen, stelt artikel 322 § 5 W.I.B. 1992 dan weer wel duidelijk dat de bedoelde ambtenaar deze gegevens kan opvragen zowel wanneer het gevoerde onderzoek aanwijzingen van belastingontduiking heeft opgeleverd, als wanneer dit onderzoek een toepassing van artikel 341 W.I.B. 1992 uitwijst. Gelet op de onderlinge inconsistentie van beide bepalingen en de bedoelingen van de wetgever, moet worden aangenomen dat het hier wellicht over een onbedoelde onvolledigheid gaat. Bovendien heeft ze wellicht weinig *praktische* gevolgen nu de wetgever bij de invoering van artikel 322 § 2 ev. W.I.B. 1992 het indiciair tekort waarvoor geen sluitende uitleg kan worden gegeven opsomt in de lijst van voorbeelden van aanwijzingen van belastingontduiking²¹¹⁴, en zelfs meer algemeen uit de ontstaansgeschiedenis van artikel 322 § 2 W.I.B. 1992 blijkt dat het bestaan van een indiciair tekort van meet af aan over dezelfde kam werd geschoren als een aanwijzing van belastingontduiking²¹¹⁵. Dit standpunt lijkt te worden bevestigd door een arrest van het Hof van Cassatie van 7 april 2016²¹¹⁶ waarin in het kader van de toepassing van artikel 333 derde lid W.I.B. 1992 (verplichte kennisgeving van aanwijzingen van fraude wanneer de administratie de onderzoekstermijn van drie jaar met vier jaar wil verlengen) letterlijk stelt dat *“een discrepantie tussen de uiterlijke tekenen van welstand of het uitgavenpatroon en de aangegeven of gekende inkomsten waarvoor de belastingplichtige geen sluitende uitleg kan geven nadat hem dat is gevraagd, geldt als aanwijzing van belastingontduiking”*. Het is op dit ogenblik onduidelijk welke draagwijdte moet worden gegeven aan de zinsnede *“waarvoor geen sluitende uitleg kan worden gegeven”*²¹¹⁷, waardoor het vanuit het oogpunt van de voorzienbaarheid aangewezen zou zijn dat de wetgever toch verduidelijkt in welke omstandigheden de administratie informatie kan opvragen bij het CAP.

821. De *gegevens* die door het CAP worden verstrekt aan de fiscale administratie zijn omschreven in artikel 14 van het K.B. van 17 juli 2013. Nochtans lijkt de informatie die kan worden opgevraagd in het kader van een maatregel die als een inmenging in het privéleven moet worden beschouwd, omwille van het artikel 22 van de GW in een formele wet te moeten zijn geregeld. De informatie die kan worden opgevraagd lijkt immers een essentieel element van de inmenging. Nochtans lijken de gegevens die door het CAP aan de fiscale administratie kunnen worden verstrekt, ook voldoende uit formele wetten te kunnen worden afgeleid. Artikel 322 § 3 tweede lid W.I.B. 1992 en artikel 322 § 5 W.I.B. 1992 bepalen immers dat de *“beschikbare”* gegevens kunnen worden opgevraagd. De beschikbare gegevens kunnen uit formele wetten worden afgeleid. Met name bepaalt artikel 322 § 3 eerste lid W.I.B. 1992 dat de financiële instellingen het CAP spijzen met de identiteit van hun cliënten²¹¹⁸ en met het nummer van hun fiscaal relevante rekeningen en contracten. Wat

²¹¹⁴ *Parl.St.* Kamer 2010-11, Doc. 53-1208/007, p. 13-15

²¹¹⁵ Zie hierover: M. DELANOTE, *“trapsgewijze inwerkingtreding van de opheffing van het bankgeheim – volgens de fiscus”*, *Fisc. Act.* 2012, 16/7

²¹¹⁶ Cass. 7 april 2016, besproken door K. JANSSENS, *“Indiciair tekort is aanwijzing van belastingontduiking”*, *Fisc. Act.* 2016, nr. 26, 3-5

²¹¹⁷ K. JANSSENS meent dat deze toevoeging zonder belang is en dus elke indiciair tekort een aanwijzing van belastingontduiking is (K. JANSSENS, *“Indiciair tekort is aanwijzing van belastingontduiking”*, *Fisc. Act.* 2016, nr. 26, 3-5) concontra: M. VERMEESCH, *“Cassatie herbevestigt rechtspraak inzake aanwijzingen van fraude ter uitbreiding van de onderzoekstermijn en stelt in een obiter dictum dat een onverklaarbaar indiciair tekort een aanwijzing van fraude is”*, *TFR* 2016, 592 (noot onder Cass. 7 april 2016); meer genuanceerd: L. KELL; bespreking Cass. 7 april 2016, *Fisc. Koer.* 2016/11, 692 - 703

²¹¹⁸ De identificatie van de cliënt gebeurt aan de hand van het rijksregisternummer of het identificatienummer in de Kruispuntbank voor Ondernemingen. Als de houder van de rekeningen niet kunnen worden geïdentificeerd aan de hand van deze nummers, dient de bank de familienaam, de eerste officiële voornaam, de geboortedatum en de geboorteplaats mee te delen voor buitenlandse particulieren, en de benaming, de ondernemingsvorm en het land van de maatschappelijke zetel of de voornaamste inrichting voor buitenlandse

betreft de beschikbare gegevens bedoeld in artikel 322 § 5 W.I.B. 1992 verwijst de wet naar de gegevens die de belastingplichtige aan het CAP moet overmaken op grond van artikel 307 § 1 tweede lid W.I.B. 1992. Het betreft met name de nummers van de rekeningen van alle aard bij een in het buitenland gelegen financiële instelling, de benaming van die financiële instelling en het land waar die rekening geopend is. De verwijzing naar het fiscaal relevant karakter van de rekeningen en contracten aangehouden bij Belgische financiële instellingen is enigszins vaag, maar voldoende voorzienbaar in het licht van de rechtspraak van het EHRM²¹¹⁹. Bovendien moet de vaagheid van de terminologie worden beoordeeld rekening houdend met niet-wettelijke en voldoende kenbare bronnen. Op dat moment speelt het K.B. van 17 juli 2013 opnieuw een rol. Uit dit K.B. blijkt immers welke contracten en rekeningen fiscaal relevant zijn en met andere woorden moeten worden gemeld aan het CAP (en dus ook raadpleegbaar zijn door de fiscale administratie)²¹²⁰. De fiscale relevantie wordt verder door het K.B. zo ingevuld dat financiële instellingen aan het CAP ook de gegevens van rekeningen met betrekking tot de kalenderjaren 2010, 2011 en 2012, moeten meedelen en dit uiterlijk op 1 februari 2014, waarna de gegevens van 2013, het jaar van het K.B., en de daaropvolgende jaren telkens op 31 maart van het daaropvolgende jaar dienen te worden overgemaakt. De gegevens van 2010 zijn inderdaad nog fiscaal relevant voor de belastingheffing in het aanslagjaar 2013 (artikel 354 W.I.B. 1992) en het EHRM heeft zich terzake een dergelijke vorm van retroactiviteit, die het gevolg is van de onmiddellijke toepasbaarheid van de formele fiscale wet op hangende zaken, uitgesproken in het voordeel van de lidstaat, dit in de zaak G.S.B. van 2015²¹²¹, besproken hiervoor in de onderafdeling over de draagwijdte van het recht op privéleven. Nochtans kan eraan worden getwijfeld of een dergelijk essentieel aspect van de maatregel, kan worden beschouwd als een kwestie die kan worden geregeld in een K.B. en niet in een formele wet, waarvan wordt verwacht dat de meest essentiële onderdelen van de gegevensverwerking die als inmenging in het privéleven moet worden beschouwd hierin staan opgenomen.

822. De *finaliteit* van het opvragen van deze gegevens bij het CAP lijkt voldoende te kunnen worden afgeleid uit het feit dat deze informatieverstrekking onderdeel vormt van de wettelijke bepaling die het bankonderzoek mogelijk maakt, zodat het duidelijk is dat deze informatieverstrekking het faciliteren van het bankonderzoek bedoeld in artikel 322 § 2 ev.

rechtspersonen zonder bijkantoor of vaste inrichting in België alsook voor verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid (artikel 2 van het K.B. van 17 juli 2013)

²¹¹⁹ EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen (§126)

²¹²⁰ In het K.B. wordt verduidelijkt dat het moet gaan over *rekeningen* waarvan de cliënt houder of medehouder is geweest op om het even welk ogenblik in het kalenderjaar waarop de gegevensverstrekking betrekking heeft. Het moet daarbij gaan over rekeningen die worden geïdentificeerd door middel van hun IBAN-nummer. Wat betreft de *contracten* verduidelijkt het K.B. dat het moet gaan over de hypothecaire kredietovereenkomst toegekend aan een natuurlijke persoon die hoofdzakelijk handelt met een oogmerk dat geacht kan worden vreemd te zijn aan zijn handels-, beroeps- of ambachtelijke activiteiten, de verkoopovereenkomst op afbetaling, de leningsovereenkomst op afbetaling en de kredietopening, toegekend aan een natuurlijke persoon die hoofdzakelijk handelt met een oogmerk dat geacht kan worden vreemd te zijn aan zijn handels-, beroeps- of ambachtelijke activiteiten, met uitzondering van overeenkomsten welke betrekking hebben op bedragen van minder dan 200 euro; de leasingovereenkomst, de overeenkomst met betrekking tot beleggingsdiensten en/of -activiteiten, alsook het aanhouden van zicht- of vernieuwbare termijndeposito's, een geldtransfer zoals bedoeld in artikel 4, 12° van de wet van 21 december 2009 betreffende het statuut van de betalingsinstellingen, de toegang tot het bedrijf van betalingsdienstaanbieder en de toegang tot betalingssystemen en elke andere overeenkomst, waarbij een kredietverlener geldmiddelen ter beschikking stelt van een natuurlijke persoon of van een rechtspersoon, met inbegrip van niet toegelaten debetstanden op rekening, of zich ertoe verbindt geldmiddelen ter beschikking te stellen van een onderneming onder de voorwaarde van de terugbetaling ervan op termijn, of zich garant stelt voor een onderneming.

²¹²¹ EHRM 22 december 2015 G.S.B./Zwitserland (§76)

W.I.B. 1992 tot doel heeft. De *bewaartermijn* van de gegevens die aldus bij de fiscale administratie terecht komen is andermaal onduidelijk²¹²².

823. Het opvragen van gegevens bij het CAP gebeurt zonder voorafgaande kennisgeving, zodat betwisting van deze maatregel niet mogelijk is. Dit lijkt evenwel op zich niet problematisch nu het opvragen van gegevens bij het CAP een onlosmakelijk onderdeel lijkt te vormen van het bankonderzoek bedoeld in artikel 322 § 2 W.I.B. 1992, waarvoor deze juridictionele controle wel mogelijk is, zoals aangegeven in de hierboven vermelde zin. De opvragingen bij het CAP gebeuren wel enkel door de door de minister aangeduide ambtenaar, wat zoals hierboven reeds aangegeven weliswaar een procedurele waarborg vormt tegen misbruik, doch op zich genomen onvoldoende.

§ 4 De noodzakelijkheidsvereiste van de informatieverstrekking van financiële instellingen

824. Het Grondwettelijk Hof heeft terzake het bankonderzoek ingeval er aanwijzingen zijn van belastingontduiking of aanwijzingen van een hogere graad van gegoedheid die het voornemen om te taxeren op grond van artikel 341 W.I.B. 1992 verantwoordt (bankonderzoek ex artikel 322 § 2 W.I.B. 1992), reeds een uitspraak gedaan over het respecteren van deze noodzakelijkheidsvereiste door de bestreden wettelijke bepaling zelf²¹²³. Het Grondwettelijk Hof meent dat dit het geval is en meent met andere woorden dat de wettelijke bepaling die dit bankonderzoek toelaat redelijk verantwoord is in het licht van de legitieme doelstelling van de wetgever. Deze doelstelling bestaat er niet alleen in algemene zin in om de fiscale belangen van de Belgische Staat te dienen, maar in concreto om ongelijkheid te vermijden tussen enerzijds de Belgische rijksinwoners die zouden genieten van de discretie van de Belgische banken en anderzijds de niet-rijksinwoners die niet van deze discretie zouden kunnen genieten omdat onder druk van de G20 en de OESO de internationale uitwisseling van bancaire gegevens mogelijk moet worden gemaakt om sancties te vermijden. Daarnaast tracht de wetgeving met de opheffing van het bankgeheim ook tegemoet te komen aan één van de aanbevelingen van de parlementaire onderzoekscommissie terzake de fiscale fraude²¹²⁴. In het licht van deze doelstellingen is het bankonderzoek ingeval van aanwijzingen van fraude of ingeval van aanwijzingen die een indiciaire taxatie verantwoorden, volgens het Grondwettelijk Hof redelijk verantwoord. Het Grondwettelijk Hof houdt hiermee rekening met de afbakening van het toepassingsgebied²¹²⁵, zowel wat betreft de omstandigheden waarin het bankonderzoek mogelijk is, als wat betreft de omschrijving van de inlichtingen die kunnen worden opgevraagd (alleen gegevens die nuttig zijn voor het bepalen van het bedrag van de

²¹²² Het K.B. van 17 juli 2013 regelt enkel de bewaartermijn van de aan het CAP meegedeelde gegevens (met name acht jaar). Deze termijn moet, voor wat betreft de gegevens over de rekeningen en de contracten, worden berekend vanaf de afsluitingsdatum van het kalenderjaar met betrekking tot hetwelk de rekening waarvan het IBAN-nummer of het laatste contract waarvan het soort van contract aan het CAP is meegedeeld, afgesloten of beëindigd is.

²¹²³ GwH 14 februari 2013, 06/2013, overweging B.10 en volgende

²¹²⁴ *Parl. St. Kamer*, 2010-2011, doc 53-1208/001

²¹²⁵ Ook de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer gaf aan dat de omstandigheden waarin kan worden overgegaan tot opheffing van het bankgeheim moeten worden afgebakend. Zo zou een opheffing van het bankgeheim omdat er een aanwijzing is van een inbreuk op de fiscale wetgeving onvoldoende zijn om te voldoen aan de noodzakelijkheidsvereiste. Het zou immers betekenen dat het bankgeheim zou kunnen worden opgeheven omdat de aangifte bijvoorbeeld laattijdig werd ingediend (advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer 13/2010 inzake het wetsvoorstel Gilkinet – Van Hecke over de versoepeling van het bankgeheim)

belastbare inkomsten), alsook met het feit dat de fiscale administratie gehouden zal zijn de principes van de Wet Verwerking Persoonsgegevens na te leven. Bovendien wordt tegemoet gekomen aan de vereiste van de strikte noodzakelijkheid doordat de informatie eerst wordt gevraagd aan de belastingplichtige, en dus eerst de minder privacyinvasieve weg wordt gevolgd²¹²⁶. Het Grondwettelijk Hof houdt ook rekening met een aantal procedurele waarborgen tegen misbruik, waaronder de wettelijke verplichting tot geheimhouding van de ambtenaren van de fiscale administratie op grond van artikel 337 W.I.B. 1992 alsook de vereiste dat de ambtenaar die het bankonderzoek uitvoert een zekere graad moet hebben binnen de administratie en tot het bankonderzoek moet worden gemachtigd door een ambtenaar met een hogere graad. De belangrijkste procedurele waarborg tegen misbruik bestaat er evenwel in dat de betrokkene in kennis wordt gesteld van de aanwijzingen van belastingontduiking of de feitelijke elementen die een indiciaire taxatie verantwoorden op hetzelfde moment dat de vraag om inlichtingen wordt gesteld aan de financiële instelling. Binnen de antwoordtermijn van de financiële instelling, die redelijk moet zijn, heeft de betrokkene volgens het Grondwettelijk Hof de mogelijkheid om zich tot de rechter te wenden om de maatregel aan diens beoordeling voor te leggen²¹²⁷. De mogelijkheid om van deze kennisgeving af te zien wanneer de rechten van de Schatkist in gevaar zijn (in welk geval de betrokkene dus niet in kennis wordt gesteld van het feit dat de fiscale administratie de vraag heeft gesteld en dit feit dus ook niet kan aanvechten), is voor het Grondwettelijk Hof ten slotte proportioneel aan het beoogde doel, in de mate dat het gevaar voor de Schatkist pas aan de orde is wanneer er aanwijzingen zijn dat de belastingplichtige zich onvermogen tracht te maken.

825. Volledigheidshalve moet worden opgemerkt dat tijdens de jurisdictionele controle er ook uitspraak moeten worden gedaan over de vraag of de wijze waarop het bankonderzoek zich de facto heeft aangekondigd of heeft voorgedaan, in overeenstemming is met de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 EVRM. Nu de bevoegdheid van de fiscale administratie om over te gaan tot een dergelijk bankonderzoek reeds op verschillende vlakken is afgebakend, niet het minst wat betreft de omstandigheden waarin het bankonderzoek mogelijk is, zal de noodzakelijkheidsvereiste wellicht beperkt blijven tot bij voorbeeld de keuze van de gevraagde informatie. Op grond van de wet moet deze informatie weliswaar al relevant zijn, doch een noodzakelijkheidscontrole zal toelaten dat de rechtbanken ook nazien of de gevraagde informatie ook proportioneel is aan het controledoel van het bankonderzoek.

826. Ook inzake het bankonderzoek op grond van artikel 318 lid 2 W.I.B. 1992 gelden dezelfde vaststellingen. De rechter zal steeds de noodzakelijkheid van de maatregel in concreto moeten afwegen tegen de concrete finaliteit van het bankonderzoek, zowel op het vlak van de keuze van de maatregel als op het vlak van de wijze waarop de maatregel is uitgevoerd. Gelet op het feit dat de bevoegdheid van de administratie om een bankonderzoek uit te voeren op grond van artikel 318 lid 2 W.I.B. 1992 wel al is afgebakend

²¹²⁶ De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer had aangedrongen op deze getrapte procedure als waarborg voor het respecteren van de noodzakelijkheidsvereiste: zie advies nr. 12/2010 bij het wetsvoorstel Van der Maelen – Mathot over de versoepeling van het bankgeheim.

²¹²⁷ Ook de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer had aangedrongen op een getrapte procedure niet alleen als waarborg voor het respecteren van de noodzakelijkheidsvereiste, maar ook als waarborg om de betrokken toe te laten de maatregel te betwisten: zie advies nr. 12/2010 bij het wetsvoorstel Van der Maelen – Mathot over de versoepeling van het bankgeheim

(zij het niet op een steeds even voorzienbare wijze), zal de noodzakelijkheidscontrole zich wellicht vooral afspelen op het vlak van de subsidiariteit van de maatregel (kon de informatie niet evengoed worden gevraagd bij de belastingplichtige), of op het vlak van de aard van de gevraagde inlichtingen.

Hiervoor werd reeds opgemerkt dat de procedurele waarborgen tegen misbruik onvoldoende zijn (o.m. het feit dat het onderzoek dient te gebeuren door een ambtenaar met minstens de titel van attaché die daartoe is aangesteld door een ambtenaar die daartoe is aangewezen door de Minister van Financiën (artikel 318 lid 2 W.I.B. 1992)), dan wel minstens onvolkomen (wat betreft de jurisdictionele controle, onder meer wat betreft het gebrek aan kennisgeving dat niet toelaat de maatregel te betwisten voordat deze zich reeds heeft voorgedaan).

§ 5 De informatieverstrekking van financiële instellingen als verwerking van persoonsgegevens

827. In de mate dat het bankonderzoek informatie oplevert over een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon, treedt de bescherming van het persoonsgegevensbeschermingsrecht in werking. De informatieverstrekking van de financiële instelling moet dus toelaatbaar zijn, de verwerking moet kwaliteitsvol gebeuren wat onder meer inhoudt dat er voldoende transparantie moet zijn. Net als de hierboven besproken passieve inzameling van persoonsgegevens bij derden zal ook het verstrekken van informatie door de financiële instelling naar aanleiding van een bankonderzoek een toelaatbaarheidsgrond vinden in de “wettelijke opdracht”. Het verwerken van gevoelige en medische gegevens is evenwel verboden, zoals reeds toegelicht in de afdeling over de draagwijdte van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens.

828. Wat betreft de *finaliteit* van de hier onderzochte vormen van bankonderzoek werd hierboven reeds vastgesteld dat deze finaliteit voldoende duidelijk is bepaald. De proportionaliteit van de inzameling van persoonsgegevens in het kader van een bankonderzoek zal telkens aan deze concrete finaliteit moeten worden getoetst. Net als bij het gewoon derdenonderzoek rijst de vraag of de verwerking van persoonsgegevens die zijn ingezameld voor de bancaire doelstellingen van de financiële instellingen kunnen worden *hergebruikt* voor fiscale doeleinden. In vele gevallen zal kunnen worden besloten dat het hergebruik van gevoelige gegevens zoals bijvoorbeeld bankuittreksels niet verenigbaar is met fiscale doeleinden. Een wet kan onverenigbaar hergebruik evenwel toelaten, wanneer dit *noodzakelijk* is om de fiscale belangen van de staat te waarborgen (artikel 13 van de Richtlijn 95/46, artikel 6.4 van de Verordening 2016/679). De verstrekking van persoonsgegevens door financiële instellingen op basis van het bankonderzoek zal telkens moeten gebeuren op grond van een wettelijke bepaling, waarvan kan worden aangenomen dat deze noodzakelijk was voor de fiscale belangen van de staat, rekening houdend met de procedurele waarborgen die in deze wetgeving doorgaans zijn ingebouwd (subsidiariteit, kennisgeving waardoor verweer mogelijk wordt, jurisdictionele controle, ...)(zie hierboven).

829. De verwerking van persoonsgegevens afkomstig van de financiële instelling moet ook voldoende transparant gebeuren, wat inhoudt dat de betrokkene bepaalde informatie

krijgt. Van deze informatieverstrekking kan door overheden worden afgezien wanneer de registratie van de persoonsgegevens verricht wordt *met het oog op* de toepassing van een bepaling voorgeschreven *door of krachtens* een wet, een decreet of een ordonnantie (artikel 9 § 2 b van de Wet Verwerking Persoonsgegevens), wat hier het geval is. Op grond van de Verordening 2016/679 kan er slechts van de informatieverstrekking worden afgezien wanneer het *verkrijgen of verstrekken* van de gegevens *uitdrukkelijk* is voorgeschreven bij Unie- of lidstatelijk recht dat op de verwerkingsverantwoordelijke van toepassing is en dat recht voorziet in passende maatregelen om de gerechtvaardigde belangen van de betrokkene te beschermen (artikel 14.5.c van de Verordening 2016/679). De verwerking van persoonsgegevens afkomstig van de financiële instelling is in casu door de wet voorgeschreven. Wat betreft de maatregelen om de belangen van de betrokkene te beschermen, kan worden verwezen naar de hierboven gemaakte bedenkingen inzake de procedurele waarborgen tegen misbruik. Daar waar de procedurele waarborgen tegen misbruik onvolkomen zijn, zal op grond van de Verordening 2016/679 doorgaans kunnen worden besloten dat de verwerking van de bancaire gegevens door de fiscale administratie onvoldoende transparant gebeurt (zie de hierboven gemaakte bedenking dat een bankonderzoek op grond van artikel 318 lid 2 W.I.B. 1992 onvoldoende procedurele waarborgen tegen misbruik kent, onder meer door het gebrek aan kennisgeving, telkens wanneer dit de belastingheffing niet in de weg staat). De fiscale administratie kan ook vrijgesteld worden van de kennisgevingsplicht wanneer de verstrekking van informatie aan de betrokkene onmogelijk blijkt of onevenredig veel moeite kost (artikel 11.2 van de Richtlijn 95/46 en artikel 9 § 2 lid 2, a van de Wet Verwerking Persoonsgegevens), wat in het kader van de hierboven besproken vormen van bankonderzoek niet kan worden voorgehouden vermits zij telkens betrekking hebben op een welbepaalde belastingplichtige.

830. De betrokkene moet ook inzage kunnen krijgen van de persoonsgegevens die bij de financiële instelling zijn verzameld. Hier kan opnieuw dezelfde conclusie worden getrokken als terzake het gewone derdenonderzoek: het feit dat dit recht op inzage door de wet van 3 augustus 2012 kan worden geweigerd gedurende de periode tijdens welke de betrokkene het voorwerp uitmaakt van een controle, voor zover de toepassing ervan nadelig zou zijn voor de controle, en alleen voor de duur daarvan, is in het bijzonder problematisch ten aanzien van de van financiële instellingen verkregen persoonsgegevens, vermits de belastingplichtige mogelijks niet zal kunnen nagaan – middels dit recht op inzage – of de verwerkte persoonsgegevens wel correct of volledig zijn. Ook het recht op verbetering wordt hierdoor deels onwerkzaam gemaakt²¹²⁸.

²¹²⁸ Volledigheidshalve moet worden opgemerkt dat dit recht op inzage en verbetering wel werd geregeld voor de persoonsgegevens die zijn opgenomen in het CAP (zie artikel 16, 17 en 18 van het K.B. van 17 juli 2013)

Onderafdeling 3 Informatie bekomen bij derden op grond van vrijwillige medewerking

§ 1 Afbakening van het onderwerp

831. In de media werd recent bericht over een toegenomen aantal anonieme klachten bij de fiscale administratie²¹²⁹. In dat geval gaat het over vrijwillig door een derde aan de fiscale administratie beschikbaar gestelde informatie. In het kader van dit onderwerp rijst vaak de vraag naar de wijze waarop deze informatie door deze derde werd bekomen²¹³⁰, alsook naar de bewijswaarde van dit materiaal. De bewijswaarde van de door de fiscale administratie verzamelde informatie valt evenwel volledig buiten het bestek van dit onderzoek, terwijl het lot van de informatie die werd bekomen middels een onregelmatigheid, waaronder de schending van de wet of de schending van een fundamenteel recht, in algemene zin werd besproken in de afdeling over de rechtsbescherming.

832. In deze onderafdeling wordt enkel onderzocht of het vrijwillig ter beschikking stellen van informatie door derden een inmenging vormt in het privéleven, los van de herkomst van deze informatie.

Tot de derden van wie de fiscale administratie vrijwillig informatie ontvangt, kunnen blijkbaar ook de financiële instellingen worden gerekend. Hiervan getuigt een arrest van het Hof van Cassatie van 19 april 2012 dat stelt dat de informatie die ongevraagd van een financiële instelling wordt verkregen kan worden gebruikt voor belastingheffing (van de cliënten van de financiële instelling of derden) omdat er geen schending is van artikel 318 W.I.B. 1992²¹³¹.

§ 2 Het vrijwillig verstrekken van informatie als inmenging in het privéleven

833. In de mate dat de derde vrijwillig informatie verstrekt aan de fiscale administratie die inzicht verstrekt in het private of professionele leven van de belastingplichtige, dient deze vrijwillige verstrekking in ieder geval als een inmenging te worden beschouwd in het privéleven van de belastingplichtige. De informatieverstrekking zal in hoofde van deze belastingplichtige immers ongewild zijn. Dit betekent evenwel nog niet dat de informatieverstrekking ook een schending oplevert van het privéleven.

834. De beoordeling van de vraag of een derde het recht op privéleven van een belastingplichtige heeft geschonden, gebeurt evenwel niet op dezelfde manier als wanneer er sprake is van een inmenging in het privéleven door de overheid. In de afdeling over de toelichting van de gekozen onderzoeksmethodiek werd reeds toegelicht dat de rechtspraak van de meeste Europese lidstaten aan het recht op privéleven van artikel 8 EVRM de facto en steeds vaker *wel* een zekere horizontale werking toekent (hetzij doordat wordt toegestaan dat de privépersoon zich in zijn verhouding ten opzichte van een andere privépersoon rechtstreeks op artikel 8 EVRM beroept, hetzij doordat de hoven en

²¹²⁹ X., "Verklikkingen bij fiscus op weg naar record", *De Tijd* 28 augustus 2015

²¹³⁰ Volledigheidshalve moet worden opgemerkt dat deze vragen ook evengoed rijzen bij de informatieverstrekking van derden op grond van een wettelijke verplichting (actief of passieve informatieverstrekking)

²¹³¹ Cass. 19 april 2012, www.cass.be

rechtbanken bij de invulling van open rechtsbegrippen (zoals goede trouw, openbare orde, billijkheid, zorgvuldigheid, ...) teruggrijpen naar het recht op privéleven), doch dat de horizontale doorwerking van grondrechten in particuliere verhoudingen in de rechtspraak niet zeer consequent gebeurt. Zo wordt soms het criterium van de redelijke privacyverwachting gehanteerd om de verhouding tussen privépersonen te beoordelen²¹³². In andere gevallen wordt nagegaan of de inmenging in het privéleven een legitiem doel diende en of de inmenging wel proportioneel was met dit legitiem doel²¹³³.

Bij het klikken van informatie aan de fiscale administratie zullen beide criteria moeten worden getoetst aan de feiten. De toepassing van het eerste criterium (redelijke privacyverwachting) lijkt daarbij sneller tot de conclusie te leiden dat het recht op privéleven geschonden is, dan dit het geval is met de toepassing van tweede criterium (redelijke verhouding met het legitiem doel). In ieder geval zijn de beide criteria in een context van verklikking zo vaag dat een voorspelling van wat als een schending van het recht op privéleven moet worden beschouwd moeilijk te maken valt.

835. De praktische consequentie van deze vaststelling is evenwel beperkt. Teruggrijpend naar de afdeling over de rechtsbescherming kan immers worden gesteld dat het onderzoek naar de draagwijdte van het recht op privéleven vooral van belang lijkt te zijn voor de beoordeling van het lot van de informatie die met schending van het recht op privéleven werd verkregen. Hier lijkt de fiscale administratie evenwel weinig risico's te nemen vermits de verklikking doorgaans enkel wordt beschouwd als een aanleiding om een eigen onderzoek op te starten om aldus de geklikte informatie ook via de middelen voorgeschreven door de wet te vernemen²¹³⁴. Deze werkwijze vermijdt niet alleen risico's inzake uitsluiting van de geklikte informatie van de bewijsvoering wegens schending van het recht op privéleven, maar vermijdt – wellicht vooral – het risico dat de geklikte informatie als onvoldoende bewijskrachtig wordt beschouwd²¹³⁵.

§3 Het vrijwillig verstrekken van informatie en het persoonsgegevensbeschermingsrecht

836. In de mate dat via de klacht informatie wordt verstrekt over een identificeerbare of geïdentificeerde natuurlijke persoon, zal de vrijwillige verstrekking van deze persoonsgegevens onderworpen zijn aan het persoonsgegevensbeschermingsrecht.

837. Vermits er geen wettelijke grondslag bestaat voor het vrijwillig ter beschikking stellen van informatie aan de fiscale administratie kan de “wettelijke opdracht” geen toelaatbaarheidsgrond vormen voor deze vorm van verwerking van persoonsgegevens²¹³⁶. Het “algemeen belang” zou daarentegen wel een toelaatbaarheidsgrond kunnen vormen in

²¹³² Cass. 9 september 2008, www.cass.be

²¹³³ Cass. 27 februari 2001, www.cass.be

²¹³⁴ X., “Verklikkingen bij fiscus op weg naar record”, *De Tijd* 28 augustus 2015

²¹³⁵ Zie bv. Antwerpen 21 september 1993, *FJF* 1994/88 waarin de geklikte informatie niet als een bekend feit werd beschouwd, maar als te verifiëren gegevens; zie ook Brussel 8 december 1994, *FJF* 95/89; Antwerpen 17 juni 2003, *Fiscale Koerier* 2003/16, 602 - 604; Gent 20 april 2004, *FJF* 2004/294

²¹³⁶ Zie hierover ook advies van de Article 29 Working Party 29 nr. 1/2006; zie ook M. BENBRAHIM & F.C. VAN DER JAGT, “Klok en klepel: klokkenluidersregeling vanuit arbeidsrechterlijk en privacyrechterlijk perspectief”, *Tijdschrift voor Ondernemingsrechtspraktijk* 2015, 26

de mate dat de terbeschikkingstelling *noodzakelijk* is voor de vervulling van een taak van openbaar belang, die is opgedragen aan de fiscus aan wie de gegevens worden verstrekt²¹³⁷.

Het vrijwillig doorgeven van persoonsgegevens aan de fiscale administratie zal daarentegen vaak *onverenigbaar* hergebruik uitmaken van de persoonsgegevens. Er zal in vele gevallen een grote afstand zijn tussen het taxatiedoel en het doel van de oorspronkelijke gegevensverwerking. Ook de redelijke verwachtingen van de betrokkene zal haaks staan op de verwerking door de derde. Van enige wettelijke omkadering, laat staan procedurele waarborgen ter bescherming van de belangen van de derde, is bovendien bij een dergelijke vorm van hergebruik geen sprake. Het vrijwillig doorgeven van persoonsgegevens aan de fiscale administratie zal om die reden doorgaans een onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens uitmaken.

Afdeling 5 Inwinning van informatie bij binnenlandse overheden

838. In deze afdeling wordt een derde, steeds belangrijker wordende bron van informatie voor de fiscale administratie besproken, met name andere overheden. Daar waar de informatie-inzameling bij andere overheden aanvankelijk door de wetgever zo werd geconcipeerd dat deze informatie-inzameling gebeurde op vraag van de fiscale administratie, net zoals dit het geval is met de informatie-inzameling bij derden, evolueren we steeds meer naar een informatie-inzameling die geautomatiseerd verloopt en waarbij informatie systematisch naar de fiscale administratie toestroomt.

In deze afdeling worden enkel de binnenlandse overheden besproken. Het begrip overheid wordt wel in zijn meest ruime zin van het woord begrepen en omvat zowel de bestuurlijke als de gerechtelijke overheden²¹³⁸. De gegevensstroom vanuit de gerechtelijke overheden wordt afzonderlijk besproken in onderafdeling 3. Wat betreft de bestuurlijke overheden, wordt de informatie-uitwisseling binnen de FOD Financiën besproken in onderafdeling 1. Informatie-inwinning bij andere bestuurlijke overheden buiten de FOD Financiën wordt besproken in onderafdeling 2. Hiertoe worden zowel de bestuurlijke overheden of federaal niveau als op andere bestuurlijke niveaus gerekend, waaronder de gewesten en de gemeenten.

Onderafdeling 1 Informatie-inwinning binnen de FOD Financiën

§ 1 Afbakening van het onderzoek en overzicht van wijzigingen aan het fiscaal doelgebondenheidsbeginsel

I. Afbakening van het onderzoek

839. De inzameling van informatie binnen de FOD Financiën wordt beheerst door artikel 335 eerste lid W.I.B.1992 en door de analoge bepalingen in andere federale fiscale

²¹³⁷ Zie naar analogie Opinion nr. 1/2006 of the Article 29 Working Party on whistle blowing schemes; M. BENBRAHIM & F.C. VAN DER JAGT, "Klok en klepel: klokkenluidersregeling vanuit arbeidsrechtelijk en privacyrechtelijk perspectief", *Tijdschrift voor Ondernemingsrechtspraak* 2015, 26

²¹³⁸ Voor een definiëring van de begrippen bestuurlijke en gerechtelijke overheid: zie hierna

wetboeken²¹³⁹. Deze bepalingen werden pas recent ingevoerd door de programmawet van 23 december 2009²¹⁴⁰. Door deze bepalingen ontstond een *meewerkplicht* voor alle administraties die ressorteren onder de FOD Financiën. Deze meewerkplicht is zo opgevat dat er niet noodzakelijk een voorafgaand verzoek tot medewerking moet zijn van (in casu) de dienst die belast is met de heffing van de inkomstenbelastingen. De uitwisseling kan nog steeds op verzoek gebeuren, maar ook spontaan of automatisch²¹⁴¹. Het onderscheid dat werd gemaakt in het kader van de informatie-inwinning bij derden, tussen het actief verzamelen van informatie (op grond van een uitdrukkelijke wettelijke bepaling die derden tot actieve informatieverstrekking verplicht) en het passief inzamelen van informatie (enkel op verzoek), is derhalve in deze context niet langer nuttig.

840. In het kader van het onderzoek naar de informatie-inwinning bij derden is wel gebleken dat het verstrekken van informatie over personen zonder onderscheid en in alle omstandigheden, soms vragen doet rijzen wat betreft de noodzakelijkheid van de inmenging en de proportionaliteit van de gegevensverwerking. Dat risico lijkt in het bijzonder te bestaan bij het *automatisch*²¹⁴² en *systematisch*²¹⁴³ doorsturen van informatie naar de fiscale administratie. In die zin is het relevant te weten welke gegevens er binnen de FOD Financiën automatisch en systematisch worden verstrekt aan de diensten die belast zijn met (in casu) het heffen van de inkomstenbelastingen. Hierover bestaat er evenwel geen transparantie. Wel is er de reeds gesignaleerde beraadslaging FO nr. 08/2015 van het sectoraal comité voor de federale overheid van 19 maart 2015 (zie afdeling over de draagwijdte van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens) waaruit blijkt welke categorieën van persoonsgegevens systematisch worden toegevoegd aan het datawarehouse. Hoewel de omschrijving van de categorieën van persoonsgegevens in deze machtiging, zoals gezegd, niet steeds toelaat een inzicht te verwerven in de aard van de persoonsgegevens waarover het gaat, lijkt er toch te kunnen worden gesteld dat de informatie afkomstig van de andere diensten van de FOD Financiën ook *systematisch* aan het datawarehouse wordt toegevoegd (met name de informatie afkomstig van de administratie van de fiscaliteit, de administratie van de douane en accijnzen, de administratie van de patrimoniumdocumentatie, waaronder de aangiftes en de fiches,). Hieruit kan worden afgeleid dat deze informatie wellicht ook *systematisch* en *automatisch* ter beschikking gesteld wordt van de administratie die (in casu) belast is met de heffing van de inkomstenbelasting.

841. Hoewel de meewerkplicht bedoeld in artikel 335 lid 1 W.I.B. 1992 hoofdzakelijk gericht is op de gegevensuitwisseling tussen *fiscale* diensten van de FOD Financiën, blijft ze niet beperkt tot administraties die de heffing of invordering van de belasting als opdracht hebben. Ook administraties die een andere opdracht hebben en die ressorteren onder de FOD Financiën, zijn tot medewerking verplicht. Binnen de structuur van de FOD Financiën

²¹³⁹ Met name artikel 93 quaterdecies § 3 eerste lid Wbtw, artikel 210 § 3 eerste lid AWDA, artikel 211 § 3 van het Wetboek diverse rechten en taksen, artikel 289 § 3 van het Wetboek der registratie-, hypotheek- en griffierechten en artikel 104/1 van het Wetboek der successierechten. Dat laatste artikel werd inmiddels alweer opgeheven voor wat betreft het Vlaamse Gewest bij art. 5.0.0.0.1, 4° Decr.VI. 13 december 2013 (BS 23 december 2013)

²¹⁴⁰ BS 30 december 2009

²¹⁴¹ Memorie van toelichting bij de programmawet van 23 december 2009, *Parl. St.*, De Kamer, zittingsjaar 2009-2010, nr. 2278/01, 84; zie ook Circulaire AFZ 07/2010 van 4 juni 2010

²¹⁴² Hiermee wordt bedoeld: niet gestuurd door tussenkomst van de mens, maar wel aangestuurd door apparaten

²¹⁴³ Hiermee wordt bedoeld: volgens een zekere systematiek

zijn er diverse diensten die *niet* belast zijn met een opdracht van belastingheffing²¹⁴⁴. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de fiscale bemiddelingsdienst en de dienst voorafgaande beslissingen (ook wel rulingdienst genoemd), daaronder begrepen het contactpunt regularisaties²¹⁴⁵. Ook de dienst “Opmetingen en Waarderingen” (die deel uitmaakt van de administratie van de Patrimoniumdocumentatie), die (onder meer) instaat voor de vaststelling van het kadastraal inkomen, heeft geen opdracht van heffen of innen van belastingen²¹⁴⁶. Hetzelfde geldt voor de diensten die deel uitmaken van de administratie van de Thesaurie, die onder meer instaan voor het beheer van de Deposito- en Consignatiekas, het Nationaal Kantoor der Roerende Waarden, en dergelijk meer²¹⁴⁷. Ook administraties die wel een belangrijke opdracht hebben inzake het heffen en innen van belastingen, zoals de administratie van de Douane en Accijnzen, vervullen soms opdrachten buiten de belastingheffing – of inning. Deze administratie is bijvoorbeeld ook belast met bestraffing van namaak²¹⁴⁸. De eventuele gegevensstroom tussen de administraties die niet belast zijn met een opdracht van heffing of inning van de federale belastingen en de administratie die (in casu) belast is met de heffing van de inkomstenbelastingen, wordt dus ook beheerst door artikel 335 W.I.B. 1992 en wordt in het kader van deze afdeling onderzocht.

842. Artikel 336 W.I.B. 1992 voegt aan de meewerkplicht van artikel 335 eerste lid W.I.B. 1992 toe dat elke inlichting, stuk, proces-verbaal of akte die door een ambtenaar van de FOD Financiën is ontdekt of bekomen in het uitoefenen van zijn functie, hetzij rechtstreeks hetzij door tussenkomst van een andere overheidsdienst, kan worden *ingeroepen* voor het opsporen van elke krachtens de belastingwetten verschuldigde som. Artikel 336 W.I.B. 1992 bevestigt dus de fiscale *bruikbaarheid* van de informatie die op grond van artikel 335 lid 1 W.I.B. 1992 binnen de FOD Financiën wordt uitgewisseld. Artikel 336 W.I.B. 1992 vormt, op zich genomen, dus niet de wettelijke grondslag voor de gegevensuitwisseling binnen de FOD Financiën, maar hangt wel nauw samen met artikel 335 eerste lid W.I.B. 1992 vermits de bevestiging van de bruikbaarheid uiteraard een noodzakelijke voorwaarde vormt om gegevens uit te wisselen.

843. Met de wijziging van artikel 335 W.I.B. 1992 door de hiervoor vermelde programmawet van 23 december 2009, werd het doelgebondenheidsbeginsel zoals dit in het administratief recht bestaat (en dat met name inhoudt dat overheden slechts kunnen handelen binnen de opdrachten die hen zijn toegewezen)²¹⁴⁹ en zoals dit aanvankelijk in fiscale zaken werd ingevuld, volledig uitgehold. Minstens moet worden gezegd dat er een volledig andere invulling aan werd gegeven. Aangezien het administratief doelgebondenheidsbeginsel nauw aansluit bij het finaliteitsbeginsel uit het persoonsgegevensbeschermingsrecht, en er zelfs kan worden verdedigd dat dit finaliteitsbeginsel uit het persoonsgegevensbeschermingsrecht het administratief

²¹⁴⁴ Zie hierover ook de afdeling over de draagwijdte van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens en de algemene finaliteitsomschrijving van de wet van 3 augustus 2012

²¹⁴⁵ Deze diensten maken deel uit van de zogenaamde autonome diensten binnen de FOD Financiën (Zie website FOD Financiën (http://financien.belgium.be/nl/over_de_fod/structuur_en_diensten))

²¹⁴⁶ Zie website FOD Financiën (http://financien.belgium.be/nl/over_de_fod/structuur_en_diensten)

²¹⁴⁷ Zie website FOD Financiën (http://financien.belgium.be/nl/over_de_fod/structuur_en_diensten)

²¹⁴⁸ Zie website FOD Financiën (http://financien.belgium.be/nl/over_de_fod/structuur_en_diensten)

²¹⁴⁹ Zie hierover de afdeling over de draagwijdte van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens

doelgebondenheidsbeginsel versterkt²¹⁵⁰, rijst de vraag of dit in casu ook het geval is en meer in het bijzonder het teloorgegang administratief doelgebondenheidsbeginsel in fiscale zaken een nieuw élan kan geven. Hierna zal blijken dat dit inderdaad het geval is. Dit wordt met name toegelicht in het deel over de *legaliteit* van de informatie-inzameling bij andere administraties van de FOD Financiën alsook in het deel over de *kwalityetvolle verwerking* van persoonsgegevens bij de informatie-inzameling bij andere administraties van de FOD Financiën.

844. Om de juiste draagwijdte te begrijpen van de teloorgang van het doelgebondenheidsbeginsel in fiscale zaken is het evenwel vereist een kort *historisch overzicht* te geven van de herkomst van het huidige artikel 335 lid 1 W.I.B. 1992.

II. De teloorgang van het fiscaal doelgebondenheidsbeginsel

845. Dat het administratief doelgebondenheidsbeginsel in fiscale zaken aanvankelijk strak werd ingevuld, wordt duidelijk geïllustreerd door het zogenaamde Stellingwerffarrest²¹⁵¹. In dit arrest van het Hof van Cassatie van 9 januari 1936 werd gesteld dat de toenmalige wetgeving niet toeliet dat er gebruik werd gemaakt van een akte die was opgespoord (tijdens een visitatie in een woning) in het kader van een controle van de met zegel gelijkgestelde taksen²¹⁵², en waaruit de voor de administratie verzwegen overdracht van onroerend goed bleek²¹⁵³, voor de vestiging van registratierechten. Het Hof van Cassatie overwoog dat de wetgever aan de fiscale administratie geen algemene bevoegdheden had gegeven voor het uitvoeren van een onderzoek op de woonplaats van de burgers in het kader van de toepassing van de fiscale wetten. De wetgever heeft er daarentegen voor geopteerd om aan de fiscale administratie in bepaalde gevallen bijzondere bevoegdheden te geven, telkens in het kader van de toepassing van een bepaalde belasting. Het doelgebondenheidsbeginsel werd met andere woorden door het Hof van Cassatie zo ingevuld dat een fiscale administratie enkel de onderzoeksbevoegdheden kon aanwenden die de wet haar verleent in het kader van haar eigen opdracht, maar ook dat informatie niet kon worden uitgewisseld tussen administraties met onderscheiden onderzoeksbevoegdheden. Door de algemene bewoordingen die het Hof van Cassatie gebruikt kan bovendien worden gesteld dat het Hof geen uitwisseling toegelaten achtte, ook

²¹⁵⁰ E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et contrôle*, Brussel, Larcier, 2014, 185 en 191; zie hierover ook eerder al: E. DEGRAVE, "Principe de finalité et secteur public dans la jurisprudence de la Commission de la protection de la vie privée", *CDPK* 2009, 49

²¹⁵¹ Cass. 9 januari 1936, *Pas.* 1936, I, 114; *Rec. gen. enr. not.* 1937, 17.711; dit werd later ook nog bevestigd door: Cass. 28 mei 1993, *Arr.Cass.* 1993, nr. 259: "overwegende dat de ambtenaren van de staatsbesturen geen daden van onderzoek mogen stellen die door de wet niet zijn toegelaten; dat, in de regel, de ambtenaar van een bepaald fiscaal staatsbestuur slechts bevoegd is controle uit te voeren in verband met inbreuken op de belastingreglementering die zijn bestuur aanbelangen en volgens de modaliteiten door die reglementering bepaald."

²¹⁵² In casu handelde de zaak over een aannemer die werken had uitgevoerd aan een gebouw genaamd "Stellingwerff". Het onderzoek betrof de factuurtaks met betrekking tot het aannemingscontract. Zie hierover: H. DUBOIS, "Vijf regels van fiscaal onderzoek" – grondbeginselen van het fiscaal onderzoek en het gebruik van inlichtingen gevonden door andere administratie of instanties", *TFR* 1988, 263

²¹⁵³ Tijdens de visitatie werd een onderhandse verkoopovereenkomst gevonden waaruit bleek dat het gebouw Stellingwerff werd aangekocht door de aannemer, waardoor de factuurtaks niet verschuldigd was. De verkoopovereenkomst was evenwel niet geregistreerd en het registratierecht was dus niet voldaan. Zie hierover: H. DUBOIS, "Vijf regels van fiscaal onderzoek" – grondbeginselen van het fiscaal onderzoek en het gebruik van inlichtingen gevonden door andere administratie of instanties", *TFR* 1988, 263

al was er geen onderscheid in de onderzoeksbevoegdheden van de administraties die uitwisselden²¹⁵⁴.

Vermits het duidelijk is dat heel wat fiscaal relevante informatie hierdoor aan de fiscale administratie kan ontsnappen, greep de wetgever in²¹⁵⁵. Door wetswijzigingen volgend op dit arrest werd stilaan steeds verder afbreuk gedaan aan het doelgebondenheidsbeginsel²¹⁵⁶, althans aan de invulling ervan zoals deze werd gegeven door het Hof van Cassatie.

846. In een eerste stap werd een verplichte medewerking van andere overheidsbesturen ingevoerd, *wanneer zij daartoe worden verzocht*. Dit was het gevolg van artikel 1 van de wet van 28 juli 1938 tot verzekering van de juiste heffing van belastingen²¹⁵⁷. De tekst werd in algemene zin opgesteld waardoor de meewerkplicht gold voor een ruime groep overheidsbesturen²¹⁵⁸ en dus niet enkel voor de fiscale administraties. Tot dan konden andere overheden slechts worden ingeschakeld in het kader van het onderzoek van het bezwaar²¹⁵⁹. De tekst van de wet kan vandaag grotendeels worden teruggevonden in artikel 327 § 1 W.I.B. 1992. De mogelijkheid om gegevens op te vragen bij andere overheidsdiensten die over ruimere onderzoeksbevoegdheden beschikken dan de fiscale

²¹⁵⁴ H. DUBOIS, "Vijf regels van fiscaal onderzoek" – grondbeginselen van het fiscaal onderzoek en het gebruik van inlichtingen gevonden door andere administratie of instanties", *TFR* 1988, 264

²¹⁵⁵ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot verzekering van de juiste heffing van belastingen, *Parl. St.* De Kamer, zittingsjaar 1937-1938, nr. 263, p. 2: "*Een belastingregime dat dergelijke gevolgen mogelijk maakt, kan slechts den goeden wil ontmoedigen van hen die er zorg voor dragen de belasting stipt te kwijten*" en verder: "*Noch de verdeling van 's Rijks administratieve functiën onder den Staat, de provinciën en de gemeenten, noch de verdeling ervan onder verschillende diensten, mag beletten dat de openbare machten gebruik maken, met het oog op de belastingheffing, van de regelmatig ingewonnen inlichtingen.*"

²¹⁵⁶ Zie hierover ook: M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 133 ev.; D. COVELIERS, H. VERSTRAETE en L. DE MAEYER, *Bankgeheim en privacy*, Mechelen, Kluwer, 2014, 101

²¹⁵⁷ BS 20 augustus 1938. De tekst van de wet luidt: "*De administratieve diensten van den Staat, met inbegrip van de parketten en de griffies der hoven en rechtbanken, de besturen van de provinciën en van de gemeenten zijn ertoe gehouden, wanneer zij daartoe aangezocht zijn door een ambtenaar van een der met zetting of invordering van de belasting belaste Rijksadministratiën, hem alle in hun bezit zijnde inlichtingen te verstrekken, hem, zonder verplaatsing van alle in hun bezit zijnde akten, stukken, registers en om even welke bescheiden inzage te verlenen en hem alle inlichtingen, afschriften of uittreksels te laten nemen, welke bedoelde ambtenaar ter verzekering van de zetting of de heffing van de door den Staat geheven belasting noodig acht. Van de akten, stukken registers en bescheiden of inlichtingen in verband met gerechtelijke procedures, mag evenwel geen inzage verleend worden zonder uitdrukkelijke toelating van den procureur-generaal of den auditeur-generaal.*

De eerste alinea is niet van toepassing op den Postcheckdienst. Andere afwijkingen van deze bepaling kunnen worden ingevoerd bij den door den Minister van Financiën medeondertekende Koninklijke Besluiten.

Elke inlichting, stuk, proces-verbaal of akte ontdekt of bekomen in het uitoefenen van zijn ambt, door een ambtenaar van een fiscale Rijksadministratie, hetzij rechtstreeks, hetzij door tusschenkomst van een der hierboven aangeduide diensten, kan door den Staat ingeroepen worden voor het opsporen van elke krachtens de belastingwetten verschuldigde som. Desondanks, kan het voorleggen tot registratie van processen-verbaal en van verslagen over expertises betreffende gerechtelijke procedures, voor de administratie slechts aanleiding zijn die akten in te roepen, als zij daartoe de in de tweede alinea voorziene toelating krijgt."

²¹⁵⁸ "*De parastatale organen, de openbare inrichtingen, de inrichtingen van openbaar nut, noch eenige rechtspersoon buiten den Staat, de provinciën en de gemeenten*" vielen niet onder de wet van 28 juli 1938 (Memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot verzekering van de juiste heffing van belastingen, *Parl. St.* De Kamer, zittingsjaar 1937-1938, nr. 263, 3). Later zouden de overheidsdiensten die onder het toepassingsgebied van de wet vielen, verder worden uitgebreid. De wetgever gaf als voorbeeld onder meer de overheidsdiensten die in het bezit waren van een onteigeningsdossier ten algemene nutte van bijvoorbeeld een handelsgebouw waaruit moest blijken welke (verloren gegane) inkomsten de belastingplichtige heeft opgegeven in het kader van het bekomen van een schadevergoeding (*Parl. St.* Kamer 1937-38, 263, 2-3).

²¹⁵⁹ Artikel 63 wet van 29 oktober 1919: "*Teneinde de behandeling van het verhaal te verzekeren, kan het beheer de stafhouders of voorzitters der beroepskorpsen hooren, die de verscheidene vrije beroepen, ambten of posten vertegenwoordigen. Het kan van de Staat-, provincie- en gemeentebesturen, van de schuldeischers of schuldenaars der belastingplichtigen alle inlichtingen vorderen, waarvan zij kennis hebben en die nuttig kunnen zijn. De Minister van Financiën kan bovendien bevelen dat de boeken der belastingplichtigen, die handelaars zijn, gecontroleerd worden door een ambtenaar die ten minste den graad van controleur heeft.*"

administratie die de informatie opvraagt, werd op geen enkele wijze beperkt. Er konden gegevens worden opgevraagd over een reeks belastingplichtigen, alsook over een welbepaalde belastingplichtige. Een uitzondering werd gemaakt voor gegevens van een gerechtelijke procedure. Deze gegevens mogen niet aan de administratie worden meegedeeld zonder de uitdrukkelijke toelating van de procureur-generaal of de auditeur-generaal²¹⁶⁰, dit zowel voor burgerlijke gerechtelijke procedures als voor straf – of tuchtzaken.

Doordat de wet van 28 juli 1938 een uitwisseling van inlichtingen tussen overheidsdiensten mogelijk maakte op verzoek, en dus toeliet dat informatie die door de ene overheid werd verkregen kan worden uitgewisseld met de fiscale administratie wanneer zij daarom verzoekt, zonder hierbij rekening te houden met de onderzoeksbevoegdheden die werden aangewend om deze inlichtingen te verkrijgen, wordt afbreuk gedaan aan het doelgebondenheidsbeginsel²¹⁶¹, althans zoals dit door het Hof van Cassatie in het Stellingwerffarrest werd ingevuld. Hoewel de onderzoeksbevoegdheden in eerste instantie weliswaar nog steeds enkel kunnen worden gebruikt voor de finaliteiten van de eigen administratie, laat de wet wel toe dat deze informatie opnieuw wordt gebruikt door een administratie met een andere finaliteit. De administratie kon daarentegen niet aan een andere administratie vragen voor haar een onderzoek uit te voeren²¹⁶².

847. Aan het nieuwe artikel 1 van de wet van 28 juli 1938 werd ook een alinea toegevoegd met de bedoeling de fiscale ambtenaren toe te laten om de inlichtingen of documenten die zij in de uitoefening van hun ambt hebben ontdekt, ook te *gebruiken* bij het opsporen van iedere som die krachtens de belastingwetten verschuldigd is. De tekst van deze alinea kan vandaag grotendeels worden teruggevonden in artikel 336 W.I.B. 1992 en wordt de “regel van de universele aanwending van regelmatig verworven inlichtingen” of de “inroepingsregel” genoemd²¹⁶³. Deze bepaling laat toe om informatie die werd bekomen in het kader van de controle van de verschuldigdheid van een welbepaalde belasting door een welbepaalde belastingplichtige te gebruiken voor de belastingheffing van andere belastingen van dezelfde belastingplichtige, maar ook voor de belastingheffing van eender welke belasting door derden²¹⁶⁴. De rechtspraak liet dan in toepassing van dit artikel toe dat informatie die werd bekomen door een zusteradministratie werd *gebruikt* door een fiscale

²¹⁶⁰ Deze voorwaarde zou later worden aangepast waardoor vandaag het openbaar ministerie in algemeen zin de toelating kan geven, zie hierover meer hierna

²¹⁶¹ Zie hierover: L. VANHEESWIJCK, "De onderzoeksbevoegdheden van de fiscus en de wet van 28 juli 1938", *TFR* 1989, 2-14

²¹⁶² *Parl. St. Kamer* 1937-38, 296, 4.

²¹⁶³ Zie hierover: H. DUBOIS, "Vijf regels van fiscaal onderzoek" – grondbeginselen van het fiscaal onderzoek en het gebruik van inlichtingen gevonden door andere administratie of instanties", *TFR* 1988, 263

²¹⁶⁴ Cass. 8 oktober 1993, *Arr.Cass.* 1993, 818 (inzage van een gerechtelijk dossier van een belastingplichtige met toelating van de procureur-generaal, kan worden ingeroepen voor het opsporen van elke som die een andere belastingplichtige verschuldigd is krachtens de belastingwetten); zie ook Cass. 29 april 1994, *Arr.Cass.* 1994, 208; zie ook Cass. 17 november 2005, www.cass.be. Nochtans had de wetgever in wezen enkel de bedoeling om inlichtingen bekomen in het kader van de controle van een welbepaalde belasting bruikbaar te maken in het kader van de heffing van een andere belasting van dezelfde belastingplichtige. Dit staat evenwel niet met veel woorden in de wet, zodat de wet een ruimere draagwijdte kent (zie het overzicht van de besprekingen in het kader van het tot stand komen van de wet van 28 juli 1938 : H. DUBOIS, "Vijf regels van fiscaal onderzoek" – grondbeginselen van het fiscaal onderzoek en het gebruik van inlichtingen gevonden door andere administratie of instanties", *TFR* 1988, 266-269)

administratie die deze informatie met de eigen onderzoeksbevoegdheden niet had kunnen bekomen²¹⁶⁵.

848. De wet van 20 augustus 1947 waarbij wijzigingen worden aangebracht: a) aan de wetten en besluiten betreffende de inkomstenbelastingen en de nationale crisisbelasting, b) aan de wetten en besluiten betreffende de met de directe belastingen gelijkgestelde speciale taxes²¹⁶⁶, zou nadien een wijziging²¹⁶⁷ aanbrengen aan dit artikel 1 van de wet van 28 juli 1938²¹⁶⁸, waardoor het doelgebondenheidsbeginsel verder afbrokkelt²¹⁶⁹. Met name werd een paragraaf toegevoegd aan dit artikel 1 op grond waarvan elke *“ambtenaar van een belastingbestuur van den Staat, regelmatig belast met een controle of een onderzoek in verband met de toepassing van een bepaalde belasting bij een natuurlijke of een rechtspersoon, van rechtswege gemachtigd is alle inlichtingen op te zoeken of in te zamelen welke de juiste heffing van alle door dezen persoon verschuldigde rechten kunnen verzekeren”*. Aldus kregen de fiscale overheden die belast waren met de controle van een welbepaalde belasting bij een welbepaalde belastingplichtige, de bevoegdheid om de eigen onderzoeksbevoegdheden aan te wenden om informatie in te zamelen die van belang is

²¹⁶⁵ Zie bv. Cass. 8 september 2000 (www.cass.be) over de uitwisseling van informatie van de administratie van de douane en accijnzen (afkomstig van een voertuigonderzoek aan de Luxemburgs-Belgische grens) door de administratie van de inkomstenbelastingen.

²¹⁶⁶ B.S. 28 augustus 1947

²¹⁶⁷ Er waren nog andere wijzigingen door de wet van 20 augustus 1947, met name de uitbreiding van het aantal overheidsinstellingen die konden worden aangesproken. *“De parastatale organismen, de openbare inrichtingen, de inrichtingen van openbaar nut, noch eenige rechtspersoon buiten den Staat, de provinciën en de gemeenten”* vielen niet onder de wet van 28 juli 1938 (Memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot verzekering van de juiste heffing van belastingen, *Parl. St. De Kamer, zittingsjaar 1937-1938, nr. 263, 3*). Aldus vielen *“de Nationale Bank, de Spaarkas, de Bankcommissie”* niet onder de toepassing van die bepaling. De Wet van 20 augustus 1947 voegde de openbare instellingen toe aan het toepassingsgebied (Amendementen voorgesteld door de regering, de Kamer, zittingsjaar 1946-1947, nr. 294, 20). Alleen de *“postcheckdienst, het Nationaal Instituut voor Statistiek, en de kredietinstellingen”* werd uitdrukkelijk uitgesloten.

²¹⁶⁸ De tekst luidt dan als volgt: *“§1 De bestuursdiensten van den Staat, met inbegrip van de parketten en de griffiers der hoven en rechtbanken, de besturen van de provinciën en van de gemeenten, zoomede de openbare organismen en instellingen zijn ertoe gehouden wanneer zij daartoe aangezocht zijn door een ambtenaar van een der rijksbesturen belast met den aanslag in – of de invordering van de belastingen, hem alle in hun bezit zijnde inlichtingen te verstrekken, hem, zonder verplaatsing, van alle in hun bezit zijnde akten, stukken, registers en om ‘t even welke bescheiden inzage te verleenen en hem alle inlichtingen, afschriften of uittreksels te laten nemen, welke bedoelde ambtenaren ter verzekering van den aanslag in –of de heffing van de door den Staat geheven belasting noodig acht.*

Onder openbare organismen dienen verstaan, naar den geest van deze wet, de instellingen maatschappijen, vereenigingen, inrichtingen en diensten welke de Staat mede beheert, waaraan de Staat een waarborg verstrekt, op welke bedrijvigheid de Staat toezicht uitoefent of waarvan het bestuurspersoneel aangeduid wordt door de Regering op deze voordracht of mits deze goedkeuring.

Van de akten, stukken, registers en bescheiden inlichtingen in verband met gerechtelijke procedures, mag evenwel geen inzage verleend worden zonder uitdrukkelijke toelating van den procureur-generaal of den auditeur-generaal.

Alinea 1 is niet van toepassing op den postcheckdienst, het Nationaal Instituut voor Statistiek, noch op de kredietinstellingen. Andere afwijking van deze bepaling kunnen worden ingevoerd bij door den Minister van Financiën medeondertekeende Koninklijk Besluiten.

§2 Elke inlichting, stuk, proces-verbaal of akte ontdekt of bekomen in het uitoefenen van zijn functies, door een ambtenaar van een fiscaal Rijksbestuur, hetzij rechtstreeks, hetzij door tusschenkomst van een der hierboven aangeduide diensten, kan door den Staat ingeroepen worden voor het opsporen van elke krachtens de belastingwetten verschuldigde som.

Desondanks kan het voorleggen tot registratie van de processen-verbaal en van de verslagen over expertises betreffende gerechtelijke procedures, het bestuur dan alleen toelaten die akten in te roepen mits het daartoe de in alinea 3 van § 1 voorziene toelating hebben bekomen.

§3 Elke ambtenaar van een belastingbestuur van den Staat, regelmatig belast met een controle of een onderzoek in verband met de toepassing van een bepaalde belasting bij een natuurlijke of een rechtspersoon is van rechtswege gemachtigd alle inlichtingen op te zoeken of in te zamelen welke de juiste heffing van alle door dezen persoon verschuldigde rechten kunnen verzekeren”

²¹⁶⁹ Zie hierover: L. VANHEESWIJCK, *“De onderzoeksbevoegdheden van de fiscus en de wet van 28 juli 1938”*, *TFR 1989, 2-14*

voor de juiste heffing van *andere* door dezelfde belastingplichtige verschuldigde belastingen. De tekst van deze wet kon later worden teruggevonden in artikel 335 W.I.B. 1992, zoals dit bestond voor de programmawet van 23 december 2009, en wordt ook wel de *subsidiare uitbreiding van de onderzoeksbevoegdheden* genoemd²¹⁷⁰.

Door deze wijziging wordt het doelgebondenheidsbeginsel zoals dit bestond op basis van het Stellingwerffarrest, verder uitgehold. De onderzoeksbevoegdheden van een administratie konden immers onder bepaalde restricties worden ingezet voor een andere finaliteit dan de finaliteit van de eigen administratie. Er zou ook kunnen worden gesteld dat het doelgebondenheidsbeginsel een andere invulling kreeg. Door de invoering van deze bepaling worden “*de door de bestaande wetten ingestelde opsporingsmiddelen ten gemeenen dienste gesteld van al de fiscale administraties*”²¹⁷¹. De wetgever leek met andere woorden toen al te willen evolueren naar één algemene finaliteit van belastingheffing. Hiermee kan uiteraard het nut van de onderscheiden onderzoeksbevoegdheden in de verschillende federale fiscale wetboeken in vraag worden gesteld. De enige beperking op deze uitbreiding van de finaliteit van de onderzoeksbevoegdheden is het feit dat de aldus ingewonnen informatie uitsluitend kan dienen voor de heffing van andere belastingen verschuldigd door *dezelfde* belastingplichtige. Daarnaast moet de betrokken fiscale administratie die haar onderzoeksbevoegdheden subsidiair uitbreidt wel “*regelmatig belast zijn met het onderzoek van de belasting die tot haar bevoegdheid hoort*”. Slechts wanneer de fiscale administratie in die omstandigheid, terloops, vaststelt dat er ook andere gegevens kunnen worden verzameld die relevant zijn voor de heffing van een andere belasting, mag deze fiscale administratie deze gegevens middels haar eigen onderzoeksbevoegdheden, inzamelen. De fiscale administratie kon dus niet – op grond van deze bepaling – een zusteradministratie voor de kar spannen en vragen een onderzoek uit te voeren voor haar eigen behoeften²¹⁷². Het Hof van Cassatie zou uit deze regel later afleiden dat de fiscale administratie gerechtigd is om uit *eigen beweging* informatie over te maken aan een andere fiscale administratie²¹⁷³. Het gebruik door de fiscale administratie van deze regels bleek lange tijd beperkt, maar werd

²¹⁷⁰ Merk op dat de subsidiare uitbreiding van de onderzoeksbevoegdheid zoals geregeld in artikel 335 W.I.B. 1992, op grond van artikel 374 W.I.B. 1992 ook werd toegekend aan de ambtenaar die belast is met de behandeling van het bezwaar. Bijgevolg heeft het Hof van Cassatie geoordeeld dat het artikel 335 W.I.B.1992 inzake de subsidiare uitbreiding van de onderzoeksbevoegdheid in combinatie met artikel 336 W.I.B. 1992 (inroepingsregel) toelaat dat deze ambtenaar de informatie die hij in het kader van het behandelen van dit bezwaar bekomt, uitwisselt met de taxatieambtenaar (Cass. 18 november 2010, *FJF* 2011, afl. 4, 423)

²¹⁷¹ Memorie van toelichting, *Parl. St.*, de Kamer, zittingsjaar 1937-1938, nr. 296, 3

²¹⁷² Cass. 23 april 1993, *FJF* 1993, 463, nr. 221 (In casu was er geen vermoeden van vervoer van goederen in de personenwagen, waarvoor de administratie van de douane niet het recht had om het voertuig te controleren en de personen aan den lijve te onderzoeken; de gegevens aldus bekomen mogen niet worden uitgewisseld met zusteradministraties); zie een recente toepassing: Rb. Leuven 21 september 2007 *F.J.F.* 2008/287 waarbij de rechtbank meent dat niet werd aangetoond dat de ontvanger van registratie, op het ogenblik van zijn schriftelijke mededeling aan de Controledienst vennootschappen, regelmatig belast was met een controle of een onderzoek in verband met de toepassing van een bepaalde belasting in de zin van artikel 335 W.I.B. 1992. Vermits de inlichtingen niet op een regelmatige wijze werden verkregen, konden zij ook niet regelmatig worden uitgewisseld tussen de betrokken diensten van de Belgische Staat.

²¹⁷³ Cass. 28 mei 1993, *FJF* nr. 93/222; Cass. 18 maart 1994, *FJF* 1994, 194; Cass. 17 november 2005, www.cass.be

Merk op dat de fiscale administratie zelf meent dat de grondslag voor spontane uitwisseling van informatie (voor de wijziging van artikel 335 W.I.B. 1992 door de programmawet van 23 december 2009) mogelijk was op grond van artikel 337 lid 2 W.I.B. 1992 (uitzondering op het beroepsgeheim)(zie Circulaire AFZ 07/2010 van 4 juni 2010). Uit de parlementaire voorbereidingen bij de invoering van de uitzondering op het beroepsgeheim van de fiscale administratie (artikel 337 lid 2 W.I.B. 1992) blijkt ook dat de wetgever hiermee hinderpalen wilde wegwerken voor de samenwerking tussen belastingadministraties (*Parl. St.*, Kamer, 1993-1994, 1421/1, 10)

intensiever door de Bijzonder Belastinginspectie die in 1980 werd opgericht en bevoegd werd voor alle door de staat geheven belastingen²¹⁷⁴.

849. Artikel 335 W.I.B. 1992 werd ten slotte gewijzigd door de hiervoor reeds aangehaalde programmawet van 23 december 2009²¹⁷⁵.

Deze wetswijziging kwam tot stand in een periode waarin de wetgever initiatieven begon te nemen om structurele veranderingen tot stand te brengen in het kader van het realiseren van het zogenaamd e-government. Het e-government (ook wel “elektronische overheid”), refereert aan het gebruik van informatie- en communicatietechnologie (ICT) door overheidsdiensten met het oog op het verbeteren van de openbare diensten naar de burger toe, alsook het verhogen van de interne efficiëntie van de overheid²¹⁷⁶. Een verhoogde overheidsefficiëntie zou onder meer worden bereikt door een meer doorgedreven en verbeterde²¹⁷⁷ vorm van uitwisseling van informatie tussen overheidsdiensten, gefaciliteerd door ICT²¹⁷⁸. ICT maakt onder meer mogelijk dat informatie *automatisch* wordt uitgewisseld, zonder menselijke “besturing” van de gegevensstroom. Door een verhoogde (want automatische) uitwisseling van informatie tussen overheidsdiensten komt het doelgebondenheidsbeginsel verder onder druk²¹⁷⁹. Enkele uitzonderlijke initiatieven niet te na gesproken, waaronder en niet het minst de realisatie van de Kruispuntbank voor de Sociale Zekerheid door de wet van 15 januari 1990 (waarover meer hierna bij de afdeling over de inwinning van informatie bij andere bestuurlijke overheidsdiensten dan de FOD Financiën)²¹⁸⁰, zou het in België duren tot het begin van de 21^{ste} eeuw alvorens er op regeringsvlak op meer veralgemeende wijze werd nagedacht over de wijze waarop e-government vorm moest krijgen in België²¹⁸¹. Hoewel de initiatieven in verband met e-government vooral hun belang hebben voor de inwinning van informatie door de fiscale administratie voor diensten buiten de FOD Financiën (zie hierover meer hierna), lijkt de gedachte van het verhogen van de overheidsefficiëntie door een meer doorgedreven (elektronische en dus ook automatische) uitwisseling van informatie, ook de wetgever in 2009 te hebben beïnvloed.

²¹⁷⁴ Wet van 8 augustus 1980; zie hierover H. DUBOIS, “Vijf regels van fiscaal onderzoek” – grondbeginselen van het fiscaal onderzoek en het gebruik van inlichtingen gevonden door andere administratie of instanties”, *TFR* 1988, 263

²¹⁷⁵ Dit ook ingevolge aanbeveling nr. 42 van de parlementaire onderzoekscommissie van 7 mei 2009 naar de grote fiscale fraudedossiers, Doc 52, nr. 0034/004

²¹⁷⁶ D. DE BOT, *E-government in het federale België*, Brussel, Politeia, 2015, 86 ev. (De BOT noemt 5 doelstellingen. Naast bovengenoemde, ook administratieve lastenverlaging, fraudebestrijding en verhogen van de participatie van de burger. Deze doelstellingen lijken evenwel te kunnen worden ondergebracht onder hetzij de doelstelling van de betere dienstverlening, hetzij de verhoogde efficiëntie); J. GOESAERT, “E-government: do new technologies build a bridge between government and citizen?”, in J. DUMORTIER, F. ROBBEN, M. TAEYMANS (eds.), *A decade of research @ the crossroads of law and ICT*, Gent, Larcier, 2001, 87-100

²¹⁷⁷ ICT maakt onder meer een beveiligde vorm van uitwisseling van informatie mogelijk (zie hierover J. GOESAERT, “E-government: do new technologies build a bridge between government and citizen?”, in J. DUMORTIER, F. ROBBEN, M. TAEYMANS (eds.), *A decade of research @ the crossroads of law and ICT*, Gent, Larcier, 2001, 88

²¹⁷⁸ D. DE BOT, *E-government in het federale België*, Brussel, Politeia, 2015, 163 die stelt dat interbestuurlijk gegevensverkeer zelfs essentieel en onontbeerlijk is voor de succesvolle uitbouw van e-government.

²¹⁷⁹ E. DEGRAVE, “L’intégrateur de services fédéral au coeur de la simplification administrative”, *APT* 2014, afl. 4, 518-519

²¹⁸⁰ Merk op dat er ook ooit een wetsvoorstel is ingediend om een fiscale kruispuntbank op te richten (Wetsvoorstel houdende de oprichting en de organisatie van een fiscale kruispuntbank van 10 december 1993, zittingsperiode 1993-1994, nr. 1255/1)

²¹⁸¹ Zie het regeerakkoord van 7 juli 1999 “de weg naar de 21^{ste} eeuw”; zie daarover: E. DEGRAVE, *L’é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et contrôle*, Brussel, Larcier, 2014, 35 met verwijzing naar het regeerakkoord van 7 juli 1999 “de weg naar de 21^{ste} eeuw”

Door de programmawet van 23 december 2009 werd aan het artikel 335 W.I.B. 1992 inzake de subsidiaire uitbreiding van de onderzoeksbevoegdheid een paragraaf toegevoegd²¹⁸², die de administraties die ressorteren onder de FOD Financiën *verplicht* alle in hun bezit zijnde inlichtingen ter beschikking te stellen aan alle ambtenaren van de FOD Financiën teneinde de vestiging of de invordering van alle door de Staat geheven belastingen te verzekeren, zonder dat hierom werd verzocht. De uitwisseling kan dus ook spontaan of zelfs automatisch²¹⁸³. Vermits spontane uitwisseling van informatie conform de rechtspraak van het Hof van Cassatie reeds mogelijk was op grond van artikel 335 W.I.B. 1992 zoals dit bestond voor de wijziging van 23 december 2009²¹⁸⁴, lijkt de wetwijziging er vooral op gericht elke twijfel weg te nemen over de mogelijkheid om binnen de FOD Financiën – en met behulp van de ICT-mogelijkheden – over te gaan tot *automatische* uitwisseling van gegevens.

De fiscale administratie lijkt zelfs van oordeel dat deze wetsbepaling toelaat een andere administratie voor de eigen kar te spannen en dus te vragen bepaalde inlichtingen in te winnen die van dienst kunnen zijn voor de verzoekende administratie²¹⁸⁵, zelfs al heeft de aangezochte administratie ruimere onderzoeksbevoegdheden dan de verzoekende administratie²¹⁸⁶. De fiscale administratie meent dus dat zij kan “meeliften” met de bevoegdheden van een andere administratie om informatie te bekomen die zij zelf niet kan bekomen²¹⁸⁷.

De wetgever wilde in ieder geval met deze wetwijziging komen tot één finaliteit²¹⁸⁸ voor alle fiscale administraties gemeenschappelijk, met name het heffen of invorderen van elke belasting waarvoor de FOD Financiën de vestiging en/of invordering verzorgt. In de circulaire bij de wetwijziging wordt gesteld dat het de bedoeling is om “*alle mogelijke hinderpalen die een nauwere samenwerking tussen de administraties van de FOD Financiën in de weg zouden staan, uit de weg te ruimen en erin te voorzien dat alle gegevens binnen de FOD Financiën deel uitmaken van een gegevensbank*”²¹⁸⁹ die gemeenschappelijk is aan alle administraties

²¹⁸² Het artikel over de subsidiaire uitbreiding van de onderzoeksbevoegdheden verhuist naar lid 2 en er wordt een nieuw lid 1 toegevoegd.

²¹⁸³ Memorie van toelichting, *Parl. St.* De Kamer, zittingsjaar 2009-2010, nr. 2278/01, p. 84; zie ook circulaire AFZ 07/2010 van 4 juni 2010

²¹⁸⁴ Zie de hierboven reeds aangehaalde arresten: Cass. 28 mei 1993, *FJF* nr. 93/222; Cass. 18 maart 1994, *FJF* 1994, 194; Cass. 17 november 2005, www.cass.be

²¹⁸⁵ Zie Circulaire AFZ 07/2010 van 4 juni 2010, waarin het voorbeeld wordt gegeven van de administratie van de directe belastingen die op grond van de nieuwe wet de Ontvanger van de registratie kan verzoeken inlichtingen te verzamelen inzake de venale waarde van een verkocht onroerend goed; Zie ook M. DE JONCKHEERE (ed), *De fiscale procedure*, Brugge, Die Keure, 2012, 112

²¹⁸⁶ K. SPAGNOLI, “Ambtenaar mag ook onderzoek doen voor zusteradministratie”, *Fisc. Act.* 2010, nr. 5, pag. 4-8; K. SPAGNOLI zal dit standpunt later enigszins nuanceren in K. SPAGNOLI en K. JANSSENS, “Gegevensuitwisseling: en de onderzoeksbevoegdheden dan?”, *Fisc. Act.* 2010, nr. 6, pag. 9-11; A. BOUWEN, “II. Omtrent de onderzoeksbevoegdheden van AOIF en BBI, in het algemeen, en hun bevoegdheid om kopieën te maken – zonder toelating – van gegevens van een computersysteem, in het bijzonder” *TFR* 2012, 214 ev.

²¹⁸⁷ Voor deze beelddespraak: A.IJ. RUITER, “structurele informatie-uitwisseling tussen publieke handhavingdiensten”, *P&I* 2009, 8-18

²¹⁸⁸ A. BOUWEN, “II. Omtrent de onderzoeksbevoegdheden van AOIF en BBI, in het algemeen, en hun bevoegdheid om kopieën te maken – zonder toelating – van gegevens van een computersysteem, in het bijzonder” *TFR* 2012, 214 ev.

²¹⁸⁹ Volledigheidshalve moet worden opgemerkt dat de wet niet van aard is dat zij de oprichting van één centrale gegevensbank mogelijk maakt: zie ook advies 29/2009 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer

*binnen de FOD Financiën en die kan aangewend worden voor elke belasting waarvoor de FOD Financiën de vestiging en/of de invordering verzorgt*²¹⁹⁰.

De bestaande paragraaf van artikel 335 W.I.B. 1992 over de subsidiaire uitbreiding van de onderzoeksbevoegdheid wordt daarnaast in die zin aangepast dat de ambtenaar van de FOD Financiën nog slechts *“regelmatic belast moet zijn met een controle – of onderzoeksopdracht”*. Dit hoeft dus niet langer een controleopdracht te zijn van een welbepaalde belasting. Bovendien kunnen de bevoegdheden van die ambtenaar worden uitgebreid om informatie in te zamelen voor de heffing van om het even welke belasting, en dus niet alleen de belasting verschuldigd in hoofde van de belastingplichtige die aan een onderzoek is onderworpen, maar ook van elke derde.

850. Het doelgebondenheidsbeginsel werd niet alleen door deze wetten, maar ook door de herschikking van de administraties ondergraven. Binnen de nieuwe organisatiestructuur van de FOD Financiën werden onder meer de centra “Grote Ondernemingen” opgericht, operationeel vanaf 1 juli 2015²¹⁹¹, bevoegd voor zowel inkomstenbelastingen, met inkomstenbelastingen gelijkgestelde belastingen, btw als diverse taksen²¹⁹². Ook de centra “KMO”, operationeel vanaf 1 januari 2016, zijn bevoegd voor dezelfde belastingen²¹⁹³. De centra “buitenland”, eveneens operationeel vanaf 1 januari 2016, zijn tegelijkertijd bevoegd voor de inkomstenbelastingen (belasting van niet-inwoners, de roerende voorheffing en de bedrijfsvoorheffing) en de btw. Niets lijkt deze centra te verhinderen de onderzoeksbevoegdheden aan te wenden van het fiscale wetboek dat de ruimste bevoegdheden verleent, om vervolgens de aldus bekomen informatie intern verder te gebruiken voor de heffing van andere belastingen (op grond van de regel van de universele aanwending van de rechtmatig bekomen informatie). Er moet door deze wijziging in de organisatiestructuur zelfs geen uitwisseling van informatie meer plaatsvinden. Dezelfde vaststelling geldt voor de ambtenaren van de BBI die op grond van artikel 87 van de wet van 8 augustus 1980 *“de bevoegdheden hebben die door de wettelijke en reglementaire bepalingen inzake belastingen, rechten en taksen worden verleend aan de fiscale administraties en aan hun ambtenaren”*, waardoor deze ambtenaren beschikken over de onderzoeksbevoegdheden van de verschillende (ondertussen wel enkel federale) belastingwetten, waaronder de btw, de directe belastingen en de douane en accijnzen²¹⁹⁴. Het doelgebondenheidsbeginsel, dat oplegt dat een administratie slechts kan handelen binnen haar eigen opdracht, en dat in principe ook voor de BBI geldt²¹⁹⁵ krijgt in die context een eerder theoretisch karakter.

²¹⁹⁰ Circulaire AFZ 07/2010 van 4 juni 2010

²¹⁹¹ Circulaire AAFisc 37/2015 (Ci.702.794) Oprichting van de Centra Grote Ondernemingen dd. 1 oktober 2015

²¹⁹² Met name Boek II van het Wetboek diverse rechten en taksen en de Uitvoeringsbesluiten van dit Wetboek. Volledigheidshalve moet worden opgemerkt dat deze diensten ook bevoegd zijn voor Boek II bis en Boek III van het Wetboek der successierechten, dit laatste voor wat betreft de taksen verschuldigd tot 31 december 2010. Naast de centra “Grote Ondernemingen” worden ook centra “Particulieren” opgericht, operationeel vanaf 01.01.2016, wat vanuit het oogpunt van de doelgebondenheid van de administratie minder problematisch is vermits deze cel enkel instaat voor de personenbelasting, de bedrijfsvoorheffing en de roerende voorheffing (Circulaire AAFisc 11/2016 (Ci.704.998) dd. 5 april 2016)

²¹⁹³ Circulaire AAFisc 12/2016 (Ci.704.999) dd. 5 april 2016

²¹⁹⁴ Memorie van toelichting, *Gedr. St.*, De Kamer, 1979-1980, nr. 323/16; Cass. 8 juni 1999, RW 1999-2000, 1372, noot VERLINDEN

²¹⁹⁵ C. AMAND, *les pouvoirs d’investigation du fisc*, Brussel, CED SAMSOM, 1988, 55; L. HUYBRECHTS, *Fiscaal strafrecht*, Brussel, Story-Scientia, 2002, p. 174, nr. 309; B. PEETERS en M. VANDENBROECK, “Onderzoek en procedure” in *Knelpunten in de fiscale rechtspraak*, Antwerpen, Kluwer 1992, 107-108; L. VANHEESWIJCK, “de onderzoeksbevoegdheden van deze fiscus en de wet van 28 juli 1938”, *TFR* 1989 5; L. VANDENBERGHE,

§ 2 De informatie-inwinning binnen de FOD Financiën als inmenging in het privéleven

851. Net als bij de informatieverstrekking door derden en de informatieverstrekking door de belastingplichtige, kan ook hier worden gesteld dat de informatieverstrekking door administraties van de FOD Financiën, doorgaans als een inmenging in het privéleven moeten worden beschouwd. De informatieverstrekking is in hoofde van de betrokken administratie steeds gedwongen²¹⁹⁶, maar vooral: in hoofde van de belastingplichtige die hierbij niet wordt betrokken, is deze informatieverstrekking ongewild.

852. De administraties die ressorteren onder de FOD Financiën en die een taak van belastingheffing hebben, zijn doorgaans onderworpen aan een *beroepsgeheim*. Zo stelt artikel 337 W.I.B. 1992 dat hij die, uit welken hoofde ook, optreedt bij de toepassing van de belastingwetten of die toegang heeft tot de ambtsvertrekken van de administratie belast met de vestiging of deze belast met de inning en de invordering van de inkomstenbelastingen, buiten het uitoefenen van zijn ambt, verplicht is tot de meest volstreekte geheimhouding aangaande alle zaken waarvan hij wegens de uitvoering van zijn opdracht kennis heeft. Ook andere federale belastingwetten hebben een analoge bepaling inzake beroepsgeheim (zie onder meer artikel 320 AWDA, artikel 93 bis WBTW).

Dit beroepsgeheim verhindert evenwel geenszins de uitwisseling van informatie tussen fiscale administraties. Het lid twee van deze artikelen inzake het beroepsgeheim bepaalt immers dat de betrokken ambtenaren hun ambt uitoefenen wanneer zij aan andere administratieve diensten van de Staat (daaronder zelfs begrepen de parketten en de griffies van de hoven en van alle rechtsmachten, alsook van de Gemeenschappen en de Gewesten) inlichtingen verstrekken welke voor die diensten nodig zijn voor de hun opgedragen uitvoering van wettelijke of reglementaire bepalingen. Enkel indien informatie wordt doorgegeven aan diensten die deze informatie niet nodig hebben voor hun opdrachten, kan er sprake zijn van een schending van het beroepsgeheim. Hierna zal worden vastgesteld dat de meewerkplicht van de diensten van de FOD Financiën op grond van artikel 335 lid 1 W.I.B. 1992 in ieder geval slechts geldt voor informatie die niet alleen bijdraagt tot de vervulling van de opdracht van vestiging of inning van de belasting, maar ook "*toereikend, terzake dienend en niet overmatig*" is. Het moet dus gaan over informatie die proportioneel is aan het doel van de verstrekking, met name de vestiging of inning van de belasting. Dergelijke proportionele informatie zal steeds "nodig" zijn in de zin van artikel 337 tweede lid W.I.B. 1992, zodat informatie die op grond en conform artikel 335 W.I.B. 1992 wordt doorgegeven nooit een schending van het beroepsgeheim van artikel 337 W.I.B. 1992 lijkt te kunnen opleveren.

Het vierde lid van deze bepalingen inzake het beroepsgeheim voegt daaraan zelfs toe dat het beroepsgeheim als het ware meereist met de informatie die in dat kader wordt verstrekt aan

"wettelijke en onwettelijke uitwisseling van inlichtingen tussen administraties", *AFT* 1987, 119. Dit zou dan met name betekenen dat de BBI slechts gebruik mag maken van het uitgebreid visitatierecht voorgeschreven door het wetboek douane en accijnzen in de mate dat zij een onderzoek doet in het kader van de douane en accijnzen.

²¹⁹⁶ Artikel 335 lid 1 W.I.B. 1992 stelt dat de administraties die ressorteren onder de FOD Financiën *gehouden* zijn alle in hun bezit zijnde toereikende, ter zake dienende en niet overmachtige inlichtingen ter beschikking te stellen (...).

andere overheidsdiensten. Personen die deel uitmaken van overheidsdiensten waaraan inlichtingen van fiscale aard werden verstrekt, zijn dus tot dezelfde geheimhouding verplicht en mogen de bekomen inlichtingen niet gebruiken buiten het kader van de wettelijke bepalingen voor de uitvoering waarvan zij zijn verstrekt.

853. De informatie die wordt verstrekt zal moeten *bijdragen* tot de vervulling van de opdracht tot vestiging of invordering van eender welke door de Staat geheven belasting (artikel 335 eerste lid W.I.B. 1992). Dit betekent opnieuw dat de informatie fiscaal relevant moet zijn. Eerder werd reeds vastgesteld dat wanneer fiscaal relevante informatie wordt verstrekt over *natuurlijke personen*, dit doorgaans informatie zal zijn die wordt beschermd onder artikel 8 EVRM, omdat de fiscaal relevante informatie nu eenmaal doorgaans inzicht verleent in het professionele leven van de belastingplichtige, maar ook vaak in het louter private leven. Het feit dat de informatie die wordt verstrekt *“toereikend, terzake dienend en niet overmatig”* mag zijn (artikel 335 eerste lid W.I.B. 1992), doet geen afbreuk aan deze vaststelling. De fiscale administratie zal voor de belastingheffing soms ook eerder publieke gegevens nodig hebben, of minstens informatie die maar weinig informatie prijsgeeft over het private of professionele leven en waarvan met andere woorden kan worden betwijfeld of deze informatie wel een voorbehoudsloze bescherming geniet onder artikel 8 EVRM. Hierbij kan dan worden gedacht aan het beroep van de belastingplichtige, of de wagen waarmee hij rondrijdt. In de mate dat de fiscale administratie deze gegevens al niet van de belastingplichtige zelf heeft bekomen, kan ze deze informatie bij andere overheidsinstanties inzamelen. In dat geval gaat het evenwel doorgaans over administraties die zich situeren buiten de FOD Financiën (waaronder bijvoorbeeld het Rijksregister), zodat deze informatie-inwinning in de hiernavolgende onderafdeling wordt besproken.

854. Indien de verplichte informatieverstrekking een *rechtspersoon* betreft, zal er minder snel sprake zijn van rechtsbescherming onder artikel 8 EVRM, behoudens wanneer de betrokken rechtspersoon met een natuurlijke persoon moet worden gelijkgesteld. Ook in de situatie waarin informatie moet worden verstrekt die voortkomt uit communicatie tussen personen, of wanneer de informatie confidentiële commerciële informatie betreft van de betrokken rechtspersoon, is er sprake van rechtsbescherming onder artikel 8 EVRM. Dit soort informatie zal evenwel normaliter niet door een overheidsdienst van de FOD Financiën kunnen worden verstrekt.

§ 3 De legaliteitsvereiste en de inwinning van informatie binnen de FOD Financiën

I. Inleiding en vraagstelling

855. In tegenstelling tot de informatie-inwinning bij derden, kan er bij de informatie-inwinning binnen de FOD Financiën geen nuttig onderscheid worden gemaakt tussen de verplichte actieve verstrekking van informatie en de passieve verstrekking van informatie (op verzoek). Artikel 335 lid 1 W.I.B. 1992 beoogt immers de wettelijke basis te vormen voor zowel de automatische en spontane informatieverstrekking als de passieve informatieverstrekking tussen administraties van de FOD Financiën.

De overheid krijgt met andere woorden door deze wettelijke bepaling de discretionaire bevoegdheid te beslissen onder welke vorm zij binnen de FOD Financiën informatie uitwisselt.

856. In de mate dat de informatiestroom die plaatsvindt binnen de FOD Financiën als een inmenging in het privéleven moet worden beschouwd van de betrokken natuurlijke personen (en desnoods rechtspersonen), zoals hierboven aangeduid, moet deze informatiestroom gebaseerd zijn op een formele wettelijke bepaling die voldoende voorzienbaar is. De vraag rijst dus of artikel 335 eerste lid W.I.B.1992 voldoende voorzienbaar is, en meer in het bijzonder of deze wet de discretionaire bevoegdheid van de administratie om informatie in te winnen binnen de FOD Financiën voldoende afbakent. Vermits artikel 335 W.I.B. 1992 niet alleen informatie-inwinning toelaat op verzoek, maar ook spontaan, gaat het hier over de discretionaire bevoegdheid van zowel de informatieverstreckende dienst als de informatieverkrijgende dienst van de FOD Financiën.

857. Net als bij de informatie-inwinning bij derden, dient de voorzienbaarheid van de wettelijke bepaling met enige strengheid te worden beoordeeld nu het opvragen van informatie bij een derde (hier de overheid) in principe privacyinvasiever is dan het opvragen van informatie bij de belastingplichtige zelf, zeker wanneer de belastingplichtige niet wordt ingelicht over deze informatie-inzameling, wat bij deze vorm van informatie-inwinning steeds het geval is. Anderzijds kan het uitwisselen van informatie tussen overheden niet met dezelfde strengheid worden benaderd als bijvoorbeeld een fiscale visitatie waarbij een woning (of een beroepslokaal) wordt betreden en waarbij de inmenging ingrijpt op een zeer fundamenteel onderdeel van het privéleven, namelijk de eigen woonst, of het beroepslokaal waarbinnen zich menselijke relaties afspelen.

II. Algemeen en de voorzienbaarheid van de uitvoeringswijze

858. Artikel 335 eerste lid W.I.B. 1992 is qua toepassingsgebied bijzonder ruim geformuleerd. Net als bij de ruime formulering van het toepassingsgebied van het derdenonderzoek (zie hiervoor), doet dit vragen rijzen bij de voorzienbaarheid.

859. Over de wijze waarop de informatie wordt uitgewisseld bestaat op zich voldoende duidelijkheid. De wet zelf is weliswaar zeer algemeen geformuleerd, maar door de voorbereidende werken en door de circulaire wordt duidelijk dat de uitwisseling op verzoek of spontaan kan zijn, maar ook automatisch. Gelet op de betrachtingen in het kader van het zogenaamd e-government, lijkt deze laatste vorm zelfs het streefdoel te zijn.

De vraag rijst of de discretionaire bevoegdheid van de fiscale administratie om te kiezen voor hetzij automatische en systematische uitwisseling, hetzij uitwisseling op verzoek, voldoende is afgebakend. Hoewel het automatisch uitwisselen van informatie op zich risicovoller kan zijn op het vlak van disproportionaliteit, lijkt ook een niet-automatische uitwisseling van informatie (bijvoorbeeld op concreet verzoek van de informatie-ontvangende administratie) disproportioneel te kunnen zijn. Daarom lijkt het afbakenen van de bevoegdheid van de fiscale administratie om te kiezen voor automatische uitwisseling of niet, niet zinvol.

III.Voorzienbaarheid van het toepassingsgebied

A.De administraties die tot medewerking verplicht zijn

860. Hierboven werd reeds aangegeven dat wat betreft de administraties die tot medewerking verplicht zijn, de wet zeer algemeen stelt dat het gaat over *alle* administraties die ressorteren onder de FOD Financiën. De bepaling is op zich duidelijk, doch een afbakening van de bevoegdheid van de administratie lijkt zich op het vlak van de keuze van de administratie die tot medewerking wordt verplicht, toch op te dringen. Hoewel de wetgever klaarblijkelijk vooral de verplichte medewerking van andere administraties met een opdracht van belastingheffing – en inning voor ogen had, laat de wettelijke bepaling ook toe dat administraties die geen opdracht hebben van belastingheffing, tot medewerking worden gedwongen.

In het kader van het onderzoek naar de voorzienbaarheid van het toepassingsgebied van het derdenonderzoek is reeds gebleken dat het hergebruik van informatie voor belastingdoeleinden problematisch kan zijn wanneer de doeleinden waarvoor de derde de informatie verwerkte, onverenigbaar zijn met de belastingdoeleinden (bijvoorbeeld hergebruik van verbruiksgegevens van energieleveranciers). Ingeval er effectief sprake kan zijn van een onverenigbaar hergebruik, lijkt het voorzienbaarheidsbeginsel te vereisen dat dit soort hergebruik afzonderlijk en expliciet wettelijk wordt geregeld, en dat de bevoegdheid voor de fiscale administratie om dit soort informatie te hergebruiken desgevallend voldoende wordt afgebakend zodat dit soort hergebruik wordt beperkt tot wat strikt noodzakelijk is. Onverenigbaar hergebruik van persoonsgegevens is immers mogelijk mits dit uitdrukkelijk door de wet is geregeld en noodzakelijk is voor (in casu) de belastingdoeleinden (zie de algemene uitzonderingsbepaling van de Richtlijn 95/46 en de Verordening 2016/679).

861. Ook het hergebruik van informatie die afkomstig is van *diensten die niet met belastingheffing belast zijn*, kan in *bepaalde* gevallen onverenigbaar hergebruik uitmaken. Dit zal uiteraard niet steeds zo zijn. Het feit dat de finaliteit van de verwerking door de administratie die de informatie verstrekt, niet de belastingheffing betreft, terwijl dit wel het geval is voor de administratie die de informatie ontvangt, maakt het hergebruik immers op zich niet onverenigbaar. Het feit dat het bovendien in casu steeds gaat over informatie die door de FOD Financiën werd ingezameld, die ook en vooral bevoegd is voor belastingheffing, zal er bovendien zelfs voor zorgen dat de betrokkenen zich mogelijkerwijs aan hergebruik verwachten. De redelijke privacyverwachting is evenwel – hoewel een belangrijk criterium - niet het enige criterium om het hergebruik te beoordelen. Ook de afstand tussen de taxatiedoeleinden van de dienst binnen de FOD Financiën die de informatie verkrijgt en de verwerkingsdoeleinden van de dienst die de informatie heeft verstrekt, zijn van belang. Zoals hierna zal blijken is het niet omdat bepaalde opdrachten zijn ondergebracht bij de FOD Financiën, dat zij noodzakelijkerwijs steeds een sterk verband met elkaar houden. Tot slot moet bij de beoordeling van het onverenigbaar karakter van het hergebruik ook rekening worden gehouden met het gevoelig karakter van de informatie, de transparantie van het wettelijk kader en de waarborgen tegen misbruik.

In die context lijkt het doorgeven van informatie door de dienst “*Opmetingen en Waardering*”, die beschikt over informatie in het kader van het vaststellen van het kadastraal inkomen, aan de diensten die belast zijn met de heffing van de inkomstenbelastingen, sterk in overeenstemming met de redelijke privacyverwachting en dus niet te beschouwen als onverenigbaar hergebruik. De afstand tussen de finaliteiten (vaststelling van het kadastraal inkomen en heffing van de belasting) is ook nagenoeg onbestaande. Ten slotte – en niet het minst - is deze informatie rechtstreeks nodig voor de berekening van de belasting, zodat er zich geen probleem inzake onverenigbaar hergebruik stelt.

Het doorgeven van informatie van het *Nationaal Kantoor der Roerende Waarden* lijkt al minder evident, voor met name degene die bij dit Kantoor verzet heeft aangetekend tegen de verhandeling van de titels (en tegen de uitoefening van de rechten welke zij vaststellen) van de roerende waarden die hem buiten bezit zijn gesteld (artikel 2 van de wet Wet van 24 juli 1921 op de ongewilde buitenbezitstelling van de titels aan toonder, vanaf 1 januari 2014 nog enkel van toepassing op effecten, uitgegeven door buitenlandse vennootschappen, ingevolge de dematerialisatie van de effecten aan toonder in België). Het doorgeven van informatie die in het kader van een dergelijke verzetsprocedure werd bekomen, aan de fiscale administratie, werd in het verleden (en voor de inwerkingtreding van de programmawet van 23 december 2009 tot wijziging van artikel 335 W.I.B. 1992) door de rechtspraak beoordeeld vanuit de toepassing van artikel 327 W.I.B. 1992 (doordat het Nationaal Kantoor der Roerende Waarden weliswaar deel uitmaakt van de FOD Financiën maar geen fiscaal bestuur is, kon voor de programmawet van 23 december 2009 geen toepassing worden gemaakt van artikel 335 W.I.B. 1992 dat enkel van toepassing was op de fiscale besturen). De uitwisseling van informatie van het Nationaal Kantoor der Roerende Waarden werd vanuit de optiek van artikel 327 § 1 W.I.B. 1992 aanvaard in de mate dat de regelmatig met de belastingheffing belaste ambtenaar om deze informatie had *verzocht* (duidelijke toepassingsvoorwaarde van artikel 327 § 1 W.I.B. 1992)²¹⁹⁷. De vraag naar de verenigbaarheid van het hergebruik vanuit het privacyoogpunt, werd in de rechtspraak niet gesteld. Vandaag lijkt niets eraan in de weg te staan dat op grond van artikel 335 eerste lid W.I.B. 1992 er door dit Nationaal Kantoor der Roerende Waarden ook spontaan of zelfs automatisch informatie wordt verstrekt aan de administraties belast met belastingheffing. De vraag rijst of hier wel sprake is van verenigbaar hergebruik.

De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer diende in een enigszins gelijkaardige zaak te oordelen over de verenigbaarheid van het hergebruik van informatie binnen de diensten van de FOD Financiën. Het ging met name over informatie die de betrokkene zelf had verstrekt aan een welbepaalde dienst van de FOD Financiën om een voordeel te bekomen, net zoals de informatie aan het Nationaal Kantoor der Roerende Waarden ook werd verstrekt om een dienst te bekomen. In het aan de Commissie voorgelegde geval ging het over het hergebruik van informatie afkomstig van de toenmalige AKRED (administratie van kadaster, registratie en domeinen), die zij had ontvangen in het

²¹⁹⁷ Cass. 22 november 2001, *FJF* 2002/48, waarin bovendien werd gesteld dat het niet hoeft te gaan over de territoriaal bevoegde ambtenaar (in casu ging de vraag uit van het hoofdbestuur), zo lang het maar gaat over een ambtenaar die handelt met het oog op de heffing van de belasting.

kader van de *teruggaaf* van ten onrechte geïnde beurstaksen (dus niet in het kader van belastingheffing), door de diensten van de toenmalige AOIF (Administratie van de Ondernemings – en Inkomstenfiscaliteit) voor heffingsdoeleinden (met name voorbereiden van een indiciaire taxatie)²¹⁹⁸. De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer oordeelde dat het hergebruik van deze informatie binnen de redelijke privacyverwachting van de betrokkene moest liggen en bovendien door de wet was toegelaten. Het is uiteraard juist dat de afstand tussen de finaliteit van de verwerking van de persoonsgegevens door de AKRED (teruggaaf van belastingen) en deze van de AOIF (heffing van belastingen) niet zeer groot is. Anderzijds moet bij het argument dat er geen sprake is van onverenigbaar hergebruik omdat het hergebruik is toegestaan door de wet, in ieder geval de kanttekening worden gemaakt dat de wettelijke bepaling die ook toen de spontane uitwisseling van informatie toeliet (artikel 336 W.I.B. 1992) zo ruim was geformuleerd dat kan worden betwijfeld of deze wet kon gelden als een voorzienbare wet in de zin van artikel 8 EVRM. In die zin is het oordeel van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer voor kritiek vatbaar. Bovendien wordt er geen rekening gehouden met het feit dat de hier uitgewisselde informatie van vrij gevoelige aard is (omvang van de roerende beleggingen), die de administratie van de inkomstenbelasting normalerwijze enkel zou kunnen bekomen in het kader van een strikt geregeld bancair onderzoek. In die zin wordt er door de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer misschien te snel besloten dat het hergebruik tot de redelijke privacyverwachting van de betrokkene moet behoren. De procedurele waarborgen tegen misbruik zijn – zoals hierna zal blijken – ook onvolkomen. In die context lijken er dus wel degelijk argumenten voorhanden om te stellen dat het hergebruik van de informatie van de AKRED door de AOIF een vorm van onverenigbaar hergebruik uitmaakt.

Eenzelfde conclusie lijkt te kunnen worden gemaakt voor het hergebruik van informatie van het Nationaal Kantoor der Roerende Waarden. Ook hier lijkt het niet evident om ervan uit te gaan dat de betrokkene zich redelijkerwijs aan het hergebruik van de verstrekte informatie voor heffingsdoeleinden mocht verwachten. De informatie van het Nationaal Kantoor der Roerende Waarden is vooreerst evenzeer van gevoelige aard (omvang van het roerend vermogen) en procedurele waarborgen tegen misbruik zijn ook hier onvolkomen (zie verder hierna). Bovendien gaat het opnieuw over informatie die de administratie van de inkomstenbelastingen slechts met een strikt gereguleerd bankonderzoek had kunnen bekomen. Ten slotte (en in tegenstelling tot wat het geval was voor het hergebruik van de informatie van de AKRED) is er een bepaalde afstand tussen de finaliteit van de belastingheffing en de finaliteit van de verwerking door het Nationaal Kantoor der Roerende Waarden (vermijden verdere verhandeling van buiten bezit gestelde titels). Hoe legitiem de betrachtingen van de administratie ook zijn om zowel de informatie van het Nationaal Kantoor der Roerenden Waarden, als deze van de AKRED in bovengenoemd geval, te hergebruiken: dit lijkt binnen de context van de privacyregelgeving slechts mogelijk indien dit specifiek is geregeld in een duidelijke wettelijke bepaling die in voorkomend geval de bevoegdheid van de administratie om dit soort informatie te hergebruiken, verder afbakt.

²¹⁹⁸ Advies 27/2007 over de uitwisseling van informatie tussen de AKRED (Administratie van Kadaster, Registratie en Domeinen) en de AOIF (Administratie voor Ondernemings – en Inkomstenfiscaliteit), waarbij de AKRED, belast werd met de terugbetaling van een beurstaks die in strijd werd bevonden met het Europees recht (HvJ 15 juni 2004)

862. De nood aan een duidelijke wettelijke regeling over het hergebruik van informatie dat in se als onverenigbaar hergebruik moet worden beschouwd, kan overigens worden geïllustreerd aan de hand van de uitwisseling van informatie tussen de Dienst Voorafgaande Beslissingen en de diensten die belast zijn met de belastingheffing. Op grond van artikel 335 eerste lid W.I.B. 1992 is de informatieverstrekking van de Dienst Voorafgaande Beslissingen aan administraties die met belastingheffing belast zijn, in principe mogelijk. Er is geen enkele wettelijke bepaling die de uitwisseling verhindert²¹⁹⁹. Klaarblijkelijk meende de fiscale administratie ook zelf dat het hergebruik van de informatie die in het kader van een dergelijke ruling wordt meegedeeld niet in alle omstandigheden kon worden uitgewisseld met de diensten die met heffing en invordering belast zijn. De uitwisseling van informatie die de Dienst Voorafgaande Beslissingen heeft bekomen in het kader van een ruling wordt immers geregeld in een samenwerkingsakkoord tussen de centrale diensten van de FOD Financiën en de Dienst Voorafgaande Beslissingen²²⁰⁰, dat dateert van 2006 en werd aangevuld op 8 december 2010. Hieruit blijkt dat de rulingdienst (elektronisch) een kopie stuurt van de formele aanvraag naar de centrale diensten, die vervolgens vragen aan de operationele (lokale) diensten of er hangende geschillen zijn over dezelfde materie (ontvankelijkheidsvoorwaarde van de aanvraag). Die vraag zou op grond van dit samenwerkingsakkoord *geen* aanleiding mogen zijn om een controle op te starten (tenzij de aanvrager reeds geselecteerd was voor controle). De controlediensten ontvangen ook een kopie van de beslissing zelf (niet het gehele dossier)²²⁰¹. Dit samenwerkingsakkoord, dat uiteraard geen kracht van wet heeft, doet een zekere privacyverwachting ontstaan bij de betrokkenen over de informatie die vanuit de dienst voorafgaande beslissingen al dan niet zal toestromen naar de diensten die met heffing en inning zijn belast. Minstens moet worden gesteld dat de privacyverwachting die de betrokkene misschien al heeft omwille van de (vertrouwelijke) aard van de verwerking van de Dienst Voorafgaande Beslissingen, nog wordt versterkt. Een eventuele uitwisseling van informatie tussen de Dienst Voorafgaande Beslissingen en de diensten die met heffing en inning belast zijn, dient in die context als onverenigbaar hergebruik te worden beschouwd. Het ware dus beter geweest de informatie-uitwisseling tussen de dienst voorafgaande beslissing en de diensten die met de heffing en de inning zijn belast, wettelijk te regelen, zodat de regeling voorzienbaar was.

²¹⁹⁹ De Wet van 24 december 2002 tot wijziging van de vennootschapsregeling inzake inkomstenbelastingen en tot instelling van een systeem van voorafgaande beslissingen in fiscale zaken, regelt de uitwisseling van informatie met de fiscale diensten niet. De wet dateert overigens ook van voor de programmawet van 23 december 2009.

²²⁰⁰ Zie hierover: R. WILLEMS, "Rulingdienst en fiscus gaan beter samenwerken en communiceren" *Fisc. Act.* 2001, nr. 20, 1-4

²²⁰¹ X, "Gaat Rulingdienst testaanvragen doorgeven aan fiscus?" *Fisc. Act.* 2012, nr. 20, 11-12. Voor het overige regelt het samenwerkingsakkoord vooral hoe informatie van de diensten belast met de belastingheffing naar de rulingdienst kan toestromen. Met name kan de rulingdienst tijdens het onderzoek van een concrete rulingaanvraag relevante dossiers of kopieën van documenten opvragen bij de lokale controlediensten. De rulingdienst kan ook advies vragen aan de operationele diensten over feitenkwesties (bv. ingeval van een aanvraag tot het bepalen van de verhouding privé-beroepsgeedeelte, kosten eigen aan de werkgever, ...). Als de operationele dienst die bevoegd is voor de controle van de aanvrager, van mening is dat hij een ruling geheel of gedeeltelijk niet kan uitvoeren (bv. omdat de voorwaarden waaraan de ruling is onderworpen, niet vervuld zijn of als blijkt dat de aanvrager de situatie of de verrichtingen onvolledig of onjuist omschreven heeft, of als essentiële elementen van de verrichtingen niet zijn verwezenlijkt op de door de aanvrager omschreven wijze,...), dan moet die controledienst eerst een verslag voorleggen aan de Centrale Diensten. Die informeert de rulingdienst en deelt de redenen mee die de operationele diensten inroepen om de ruling aan te vechten. Als de rulingdienst het nodig acht, vraagt hij een overleg met de Centrale Diensten en de betrokken operationele dienst (binnen de tien dagen)(R. WILLEMS, "Rulingdienst en fiscus gaan beter samenwerken en communiceren" *Fisc. Act.* 2001, nr. 20, 1-4).

863. Een dergelijke wettelijke regeling bestaat voor wat betreft de informatie verstrekt aan het Contactpunt Regularisaties (als onderdeel van de Dienst Voorafgaande Beslissingen, dat op zijn beurt onderdeel vormt van de FOD Financiën). De informatie die door dit contactpunt wordt ingezameld in het kader van een regularisatieaanvraag kan niet worden doorgegeven aan de administraties die belast zijn met de heffing van de belastingen op grond van een uitdrukkelijke wettelijke bepaling die dateert van na de invoering van het eerste lid van artikel 335 W.I.B. 1992, zodat er geen twijfel over bestaat dat dit hergebruik, dat wellicht evenzeer als onverenigbaar moet worden beschouwd, niet toegestaan is. Met name stelt artikel 7, 11^{de} lid van de Wet van 21 juli 2016 tot invoering van een permanent systeem inzake fiscale en sociale regularisatie dat de ambtenaren en personeelsleden die actief zijn binnen het Contactpunt Regularisaties de naar aanleiding van de regularisatieaangifte verkregen inlichtingen niet bekend mogen maken aan de andere diensten van de FOD Financiën²²⁰². Artikel 7, 10^{de} lid van de wet van 21 juli 2016 bepaalt overigens dat deze ambtenaren gehouden zijn tot het beroepsgeheim bedoeld in artikel 458 van het Strafwetboek.

864. Hoe dan ook lijkt het hergebruik van informatie van sommige diensten van de FOD Financiën die niet belast zijn met heffing en invordering van belasting, niet voor de hand liggend en maakt het hergebruik van de informatie van deze diensten **soms** onverenigbaar hergebruik uit. Artikel 335 lid 1 W.I.B. 1992 lijkt te algemeen om een voorzienbare wettelijke basis te vormen voor dit soort niet voor de hand liggende uitwisseling van informatie. Indien de wetgever, na het voeren van een democratisch debat, meent dat het dit soort hergebruik van informatie van diensten die binnen de FOD Financiën geen opdracht hebben van belastingheffing, strikt noodzakelijk is voor de fiscale belangen van de staat, dan dient hij de wet terzake uitdrukkelijk te verduidelijken. In dat kader zal het nodig zijn in de wettelijke bepaling die dit soort onverenigbaar hergebruik toelaat, de bevoegdheid van de fiscale administratie af te bakenen, zodat dit hergebruik ook beperkt blijft tot wat noodzakelijk en evenredig is voor de heffingsdoelstellingen van de staat. Het toestaan van het hergebruik van informatie afkomstig van bijvoorbeeld het Nationaal Kantoor der Roerende Waarden lijkt niet in dezelfde mate mogelijk te zijn als het hergebruik van informatie afkomstig van de Dienst Voorafgaande Beslissingen.

B.De administraties aan wie de informatie kan worden verstrekt

865. De administraties *aan wie* gegevens kunnen worden verstrekt, worden in de wet zeer ruim, maar op zich voldoende duidelijk omschreven. Met name stelt de wet dat de informatie ter beschikking moet worden gesteld aan alle ambtenaren van de FOD Financiën, *“voor zover die ambtenaren regelmatig belast zijn met de vestiging of de invordering van de belastingen”*²²⁰³. Verwarring lijkt evenwel te kunnen ontstaan door het voorbeeld dat wordt

²²⁰² Artikel 8 van de wet van 21 juli 2016 bepaalt bovendien dat *“in alle gevallen waar het gaat om een federale belasting of een gewestelijke belasting waarvoor de federale overheid de dienst verzekert en waarvoor het in artikel 18 bedoelde samenwerkingsakkoord is afgesloten, de aangifte, de daaropvolgende betaling van de verschuldigde heffing en het attest bedoeld in artikel 7, zevende lid, niet als indicie of aanwijzing kunnen worden aangewend om fiscale onderzoeks- of controleverrichtingen uit te voeren, om mogelijke inbreuken op de belastingwetgeving te melden of om inlichtingen uit te wisselen, behalve met betrekking tot de vaststelling van de ingevolge de aangifte verschuldigde heffing, het bedrag van de geregulariseerde inkomsten, sommen, btw-handelingen en kapitalen”*.

²²⁰³ Deze toevoeging kwam er op advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (zie advies 29/2009)

gegeven in de circulaire bij de programmawet van 23 december 2009 van een toegelaten uitwisseling van informatie²²⁰⁴. Met name wordt als voorbeeld gegeven, de toegang die de ambtenaar van de sector kadaster (“Opmetingen en Waarderingen”) van de algemene administratie van de patrimoniumdocumentatie zal hebben tot de databestanden beheerd door de sector Registratie (“Rechtszekerheid”) van dezelfde algemene administratie, die gegevens zouden bevatten die nuttig zijn voor de vaststelling van één of andere vastgoedwaarde. Hiermee wordt met name gedacht aan de geregistreerde huurcontracten, die op grond van artikel 335 lid 1 W.I.B. 1992 steeds raadpleegbaar zouden zijn voor de administratie van het kadaster. De dienst “Opmetingen en Waarderingen” heeft evenwel geen opdracht van belastingheffing of invordering. Het voorbeeld van de administratie zorgt er derhalve voor dat het personeel toepassingsgebied van artikel 335 W.I.B. enigszins onduidelijk wordt, waardoor het aangewezen is dat hetzij de wet, hetzij de circulaire wordt bijgestuurd.

C.De inlichtingen die worden verstrekt

866. Wat betreft de *inlichtingen* die kunnen worden verstrekt, is de door de wet gehanteerde omschrijving zeer ruim. Het moet gaan over gegevens die bijdragen tot de vestiging of invordering van de belasting en deze gegevens moeten bovendien “toereikend, terzake dienend en niet overmatig” zijn, rekening houdend met dit doel. Hierboven is reeds voldoende gebleken dat de verwijzing naar fiscale relevantie volstaat om van een voldoende voorzienbare wettelijke bepaling te spreken op het vlak van de afbakening van de in te zamelen inlichtingen. Dat de gegevens niet alleen fiscaal relevant moeten zijn maar ook proportioneel (de vereiste van het “toereikend, terzake dienend en niet overmatig karakter” van de gegevens werd ingevoerd op suggestie van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer die hiermee de proportionaliteitsvereiste van het persoonsgegevensbeschermingsrecht voor ogen had²²⁰⁵), zorgt voor een verdere afbakening van de bevoegdheid, die bijdraagt tot de voorzienbaarheid ervan.

867. Nochtans zijn er redenen om het toepassingsgebied van de uitwisselbare inlichtingen verder af te bakenen. De fiscale administratie kan immers door de ruime omschrijving van de uitwisselbare inlichtingen ook inlichtingen verwerven voor het heffen van de inkomstenbelastingen terwijl ze deze informatie niet zelf kon bekomen op grond van de *onderzoeksbevoegdheden* die er op het vlak van de inkomstenbelastingen bestaan²²⁰⁶.

Dit probleem van het hergebruik van informatie die de fiscale administratie met de eigen onderzoeksbevoegdheden niet kon bekomen, bestaat overigens niet alleen voor het hergebruiken van informatie van diensten die met heffing en invordering belast zijn, maar geldt in principe evenzeer voor informatie afkomstig van diensten die niet met heffing en invordering belast zijn. Dit blijkt uit de hiervoor geschetste voorbeelden van het hergebruik van de informatie van de AKRED en het Nationaal Kantoor der Roerende Waarden, waarbij

²²⁰⁴ Circulaire AFZ 07/2010 van 4 juni 2010

²²⁰⁵ Zie advies 29/2009 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer

²²⁰⁶ Uit het historisch overzicht over het teloorgaan van het administratief doelgebondenheidsbeginsel blijkt dat dit soort hergebruik door de rechtspraak werd toegestaan, reeds voor de aanpassing van artikel 335 eerste lid W.I.B. 1992 door de programmawet van 23 december 2009, behoudens wanneer hierdoor het bankgeheim wordt omzeild (zie Cass. 14 september 2007, *Arr.Cass.* 2007, afl. 9, 1633, concl. HENKES, A. dat verder hierna wordt besproken)

telkens informatie over roerende inkomsten wordt uitgewisseld met de administratie die instaat voor het heffen van de inkomstenbelastingen, terwijl deze administratie deze informatie slechts kon bekomen mits het voeren van een bankonderzoek, dat slechts in welbepaalde gevallen en onder zekere voorwaarden mogelijk is.

Hoewel reeds een aantal stappen zijn gezet in het harmoniseren van de onderzoeksbevoegdheden van de verschillende fiscale wetboeken (zie bijvoorbeeld het invoeren van het retentierecht in de inkomstenbelastingen via de wet van 21 december 2013²²⁰⁷, om te harmoniseren met de btw-wetgeving) zijn er nog steeds duidelijke verschillen. Het meest voor de hand liggende verschil betreft het bankgeheim inzake inkomstenbelastingen, waardoor een bankonderzoek slechts in welbepaalde gevallen en onder zekere voorwaarden mogelijk is, terwijl deze voorwaarden niet moeten zijn voldaan bij een bankonderzoek in het kader van een andere federale belasting. Een ander frappant verschil betreft de ruimere onderzoeksbevoegdheden inzake de douane en accijnzen in vergelijking tot de meeste andere federale belastingen, waaronder de inkomstenbelastingen. Een voorbeeld van deze ruimere onderzoeksbevoegdheden betreft de recent ingevoerde mogelijkheid om controles uit te voeren door middel van vaste of mobiele camera's (artikel 209/1 AWDA)²²⁰⁸.

Hoewel de wetgever soms zelf aangeeft dat informatie niet kan worden doorgegeven voor de heffing van de inkomstenbelasting, omdat de onderzoeksbevoegdheden in het kader van de heffing van de inkomstenbelastingen dit niet toelaten, wordt dit principe als dusdanig niet wettelijk verankerd. Een voorbeeld betreft de mogelijkheden voor invorderingsambtenaren om een bankonderzoek uit te voeren op grond van artikel 319 bis W.I.B. 1992. Hoewel de wetgever in de voorbereidende werken stelde dat de aldus bekomen bankgegevens niet kunnen worden aangewend voor de vestiging van de inkomstenbelastingen²²⁰⁹, werd dit principe niet opgenomen in de wet²²¹⁰.

868. Rekening houdend met de criteria ontwikkeld door de Working Party 29 in Opinion 3/2013 en gehanteerd in de Verordening 2016/679, kan evenwel worden gesteld dat het hergebruik van deze informatie wel degelijk een probleem kan vormen op het vlak van de verenigbaarheid. Wanneer de informatie afkomstig is van een fiscale administratie die eveneens belast is met de heffing of de inning van de belasting, moet er weliswaar worden gesteld dat er een duidelijke inhoudelijke relatie bestaat tussen de finaliteiten (beide belastingheffing), doch de redelijke verwachting van de betrokkene over het verder gebruik van deze gegevens zal de balans in de richting van een onverenigbaar hergebruik doen overhellen. Het lijkt immers tot de redelijke verwachting te behoren van een belastingplichtige dat hij niet kan worden belast op basis van bijvoorbeeld bancaire gegevens die de administratie niet had kunnen bekomen op basis van het wetboek van de

²²⁰⁷ Meer in het bijzonder artikel 24 van de wet van 21 december 2013 (B.S. 31 december 2013, ed. 2). De wet trad in werking op 10 januari 2014.

²²⁰⁸ Ingevoerd door artikel 232 van de Wet 12 mei 2014 (BS 20 juni 2014 (ed. 4)), met ingang van 1 juli 2014 (art. 342).

²²⁰⁹ *Parl. St. Kamer, 2006-2007, DOC 51, nr. 2773/001, 18*

²²¹⁰ Het principe wordt wel bevestigd door het Grondwettelijk Hof en wordt aangehaald als argument om te stellen dat de opheffing van het bankgeheim ten aanzien van invorderingsambtenaren en de onderscheiden behandeling van invorderingsambtenaren en vestigingsambtenaren redelijk verantwoord is (GwH 16 mei 2013, nr. 66/2013, overweging B. 13)

inkomstenbelastingen, ook niet wanneer de administratie die gegevens *toevallig* van een zusteradministratie heeft bekomen die een dergelijk bankonderzoek wel mocht voeren. Het zal daarbij wellicht nog minder tot de redelijke verwachting van de belastingplichtige behoren dat de fiscale administratie deze gegevens, die zij zelf niet kon bekomen op basis van haar eigen onderzoeksbevoegdheden, heeft *besteld* bij een zusteradministratie. Zoals hierboven reeds aangegeven, meent de fiscale administratie immers dat artikel 335 eerste lid W.I.B. 1992 toelaat dat de zij een andere administratie voor de eigen kar te spant en haar vraagt bepaalde inlichtingen in te winnen die van dienst kunnen zijn voor de verzoekende administratie. Hetzelfde lijkt te kunnen worden gesteld voor het gebruiken van gegevens uit het camera-onderzoek dat in het kader van de heffing van de douane en accijnzen kan worden aangewend, voor doeleinden van inkomstenbelastingen. Het feit dat er in beide gevallen geen wettelijk kader is dat op transparante wijze toelaat dat dit kan, draagt ertoe bij dat dit soort hergebruik onvereenigbaar is, zeker wanneer de gegevens nog eens van een gevoelige aard zijn, zoals het geval is voor bancaire gegevens, maar ook voor lokalisatiegegevens die uit een camera-onderzoek kunnen worden afgeleid. Hierna zal bovendien blijken dat de procedurele waarborgen tegen misbruik onvolkomen zijn.

Omgekeerd lijkt er vanuit het finaliteitsbeginsel geen bezwaar te bestaan tegen het uitwisselen van informatie voor doeleinden van de heffing van de inkomstenbelasting, wanneer die informatie ook op grond van de onderzoeksbevoegdheden voor inkomstenbelastingen kon worden bekomen. Dit soort van uitwisseling van informatie zal wellicht ook het meest voorkomen (bijvoorbeeld hergebruik van informatie over een niet-aangegeven omzet vastgesteld in het kader van de boekenonderzoek van de btw, voor doeleinden van inkomstenbelastingen).

869. Aangenomen dat het hergebruik van informatie voor de heffing van inkomstenbelastingen, daar waar de administratie belast met deze heffing die informatie niet had kunnen bekomen op grond van de eigen onderzoeksbevoegdheden, onvereenigbaar hergebruik is, moet hier opnieuw worden gesteld dat de algemene wettelijke bepaling die dit soort onvereenigbaar hergebruik toelaat (artikel 335 lid 1 W.I.B. 1992), onvoldoende voorzienbaar is. Behoudens wanneer er verdere stappen zouden worden gezet naar een harmonisatie van de onderzoeksbevoegdheden en/of wanneer bepaalde administraties, zoals de administratie van de douane en accijnzen, zouden worden uitgesloten van de meewerkplicht van artikel 335 W.I.B. 1992, is er nood aan een specifieke wettelijke regeling, zodat de betrokkene weet waar zich aan te verwachten. De formele wetgever zal dus ook hierover een democratisch debat moeten voeren en beslissen of hij dit soort van onvereenigbaar hergebruik wenst toe te laten. In dat kader zal het nodig zijn in de wettelijke bepaling die dit soort onvereenigbaar hergebruik desgevallend toelaat, de bevoegdheid van de fiscale administratie ook goed af te bakenen, zodat dit hergebruik ook beperkt blijft tot wat noodzakelijk en evenredig is voor de heffingsdoelstellingen van de staat.

870. Specifiek wat betreft het hergebruik van bancaire informatie voor doeleinden van inkomstenbelastingen moet wel worden opgemerkt dat het Hof van Cassatie dit toch lijkt te willen bestrijden middels de rechtsfiguur van de machtsafwending²²¹¹. In een arrest van 14

²²¹¹ voor een andere toepassing: Luik 5 februari 2013, *FJF* 2014, afl. 5, 531 waarbij gegevens uit een bankonderzoek op basis van de btw-wetgeving (artikel 62bis WBTW) werden aangewend in de

september 2007 diende het Hof van Cassatie te oordelen over het gebruik door de BBI van informatie die zij had bekomen in het kader van een *bankonderzoek* op grond de bepalingen van het wetboek der met zegel gelijkgestelde taksen (onderzoek naar beurstaksen), voor het vestigen van aanslagen in de vennootschapsbelasting. Hoewel het toenmalige artikel 211 § 2 eerste lid van het Wetboek der met zegel gelijkgestelde taksen toestaat dat elke inlichtingen die een fiscaal ambtenaar verkreeg in het kader van de uitoefening van zijn functie, door de Staat kan worden ingeroepen voor het opsporen van elke krachtens de belastingwetten verschuldigde som, meent het Hof toch dat de hier bekomen inlichtingen niet konden worden aangewend voor de heffing van de vennootschapsbelasting, omdat hierdoor anders het toenmalig artikel 224 eerste lid W.I.B. 1964 (huidig artikel 318 eerste lid W.I.B. 1992) inzake het fiscaal bankgeheim in inkomstenbelastingen zou worden geschonden. De redenering die in deze uitspraak wordt gehanteerd lijkt overeen te kunnen blijven indien de uitwisseling van informatie gebeurt op grond van het artikel 335 eerste lid W.I.B. 1992 dat werd ingevoerd door de programmawet van 23 december 2009²²¹². Deze rechtspraak lijkt evenwel enkel te gelden wanneer er een uitdrukkelijk en principieel verbod is om bepaalde onderzoeksdaden te stellen, wat het geval is voor het bankonderzoek in inkomstenbelastingen²²¹³. Hierdoor lijkt het hergebruik van informatie afkomstig van de douane en accijnzen op grond van een onderzoeksbevoegdheid die weliswaar niet is voorgeschreven door het wetboek van de inkomstenbelasting, maar er ook niet door wordt verboden, mogelijk. In die context kan de voorzienbaarheidsvereiste van artikel 8 EVRM een duidelijk ruimere rechtsbescherming bieden dan de voormelde cassatierechtspraak. Voor het inzamelen van informatie bij andere diensten van de FOD Financiën voor doeleinden van inkomstenbelastingen, die op grond van het W.I.B. 1992 niet kon worden bekomen, bestaat immers in wezen geen voorzienbare wettelijke grondslag. Een dergelijk hergebruik lijkt in die redenering slechts mogelijk mits dit uitdrukkelijk wettelijk is geregeld en beperkt blijkt tot wat strikt noodzakelijk is voor de doeleinden van de belastingheffing (zie ook verder hierna).

IV. Finaliteit en bewaartermijn

871. De finaliteit van de uitwisseling op grond van artikel 335 lid 1 W.I.B. 1992 is in de wet wel zeer algemeen omschreven. Het gaat immers over het heffen van eender welke door de Staat geheven belasting. Deze finaliteitsomschrijving laat niet toe een beoordeling te maken over de proportionaliteit van de verwerking, over het verenigbaar karakter van het hergebruik, of over de bewaartermijn. Ook deze onduidelijkheid over de finaliteit, draagt bij tot de onvoorzienbaarheid van artikel 335 lid 1 W.I.B. 1992. De concrete finaliteit zal dus steeds uit de feitelijke omstandigheden moeten worden afgeleid. Ook de bewaartermijn van

inkomstenbelasting. Ook dit werd door het Hof van Beroep in Luik gezien als een geval van machtsafwending; Zie hierover F. SMET, "Hof van Cassatie verbiedt ontwijking fiscaal bankgeheim in directe belastingen", *TFR* 2008, 20 (noot bij Cass. 14 september 2007, *Arr. Cass.* 2007, afl. 9, 1633, concl. HENKES, A.); P. MACALUSO en J. ROSELETH; "Belgisch bankgeheim is niet geheel ten dode opgeschreven", *Fisc. Act.* 2007, nr. 39, 8-10

Het aanwenden van de bevoegdheden voor een ander doel dan het doel waarvoor de wetgever deze bevoegdheden heeft toegekend, vormt machtsafwending (M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 127, met verwijzing naar Cass. 6 november 1978, *Pas.* 1979, I, 281 ev. En andere)

²²¹² D. COVELIERS, H. VERSTRAETE en L. DE MAEYER, *Bankgeheim en privacy*, Mechelen, Kluwer, 2014, 110; P. MALHERBE, M. BEYNSBERGER, P. DAENEN, "Heeft het Belgisch fiscale bankgeheim nog een toekomst", *TFR* 2010, 223 ev.

²²¹³ Zie in die zin: P. MACALUSO en J. ROSELETH; "Belgisch bankgeheim is niet geheel ten dode opgeschreven", *Fisc. Act.* 2007, nr. 39, 8-10

de tussen administraties van de FOD Financiën uitgewisselde inlichtingen, is opnieuw niet duidelijk.

V.Procedurele waarborgen tegen misbruik

872. Gelet op de gebreken in de voorzienbaarheid van artikel 335 lid 1 W.I.B. 1992 moet worden nagegaan of er voldoende procedurele waarborgen zijn tegen misbruik.

873. Naast de procedurele waarborgen die voortvloeien uit een aantal preventieve maatregelen die moeten worden genomen in het kader van het persoonsgegevensbeschermingsrecht, besproken in afdeling 2 (toegangsmachtigingen, privacydienst, ...), is er door de wet van 3 augustus 2012 nog een bijkomende procedurele waarborg ingevoerd, specifiek wat betreft de uitwisseling van informatie tussen diensten van de FOD Financiën. Met name onderwerpt deze wet de interne uitwisseling van persoonsgegevens aan een *toelating* van een bij K.B. (na advies van het sectoraal comité voor de federale overheid) nog op te richten instantie binnen de FOD Financiën (artikel 4 van de wet van 3 augustus 2012). Die instantie beslist welke soort persoonsgegevens het voorwerp kunnen uitmaken van een uitwisseling, systematisch of op vraag, voor welbepaalde doeleinden nadat zij heeft nagegaan of wel voldaan is aan het proportionaliteitsbeginsel (artikel 4 lid 1 en 2 van de wet van 3 augustus 2012). Hoewel artikel 4 van deze wet in werking trad op 1 januari 2013²²¹⁴, werd de voorzitter van het directiecomité van de FOD Financiën pas door artikel 1 van het K.B. van 27 maart 2015²²¹⁵ aangeduid als de instantie die instaat voor het geven van deze toelating²²¹⁶. De voorzitter van het directiecomité wordt hiermee de verwerkingsverantwoordelijke voor deze specifieke verwerkingen (met name de uitwisseling van informatie tussen de diensten en administraties van de FOD Financiën)²²¹⁷. De voorzitter van het directiecomité laat zich voor deze taak bijstaan door de hiervoor vermelde dienst voor Informatieveiligheid en Bescherming van de persoonlijke levenssfeer (artikel 8 § 1 van de wet van 3 augustus 2012)²²¹⁸. Artikel 4 van de wet van 3 augustus 2012 bepaalt ook dat de voorzitter van het directiecomité een reglement dient goed te keuren waarin, enerzijds het proces van aanvraag van toegang tot de persoonsgegevens die worden gehouden door een administratie of dienst van de FOD Financiën wordt beschreven en anderzijds, de procedure volgens de welke deze uitwisseling gebeurt. Dit reglement moet worden goedgekeurd door

²²¹⁴ tenzij de Koning een eerdere datum van inwerkingtreding bepaalt, wat niet is gebeurd

²²¹⁵ BS, 4 juni 2015;

²²¹⁶ Het K.B. kwam tot stand na het advies van het sectoraal comité voor de federale overheid van 20 februari 2014 (01/2014), zoals voorgeschreven door artikel 4 van de wet van 3 augustus 2012

²²¹⁷ Aanbeveling 02/2012 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer betreffende de na te leven basisprincipes bij gegevensverwerkingen en – uitwisselingen waarbij de FOD Financiën betrokken is, 5

²²¹⁸ De voorzitter van het directiecomité kan ook vooraf het advies vragen aan het sectoraal comité voor de federale overheid en dit voor elke aanvraag van gegevensverwerking die haar wordt voorgelegd en waarvoor het comité bevoegd is (artikel 4 lid 4 van de wet van 3 augustus 2012). Daarnaast wordt er binnen de FOD Financiën een dienst opgericht die belast is met de technische realisatie van de uitwisselingen van de persoonsgegevens. Deze dienst krijgt aldus een soort clearing house functie: Aanbeveling 02/2012 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer betreffende de na te leven basisprincipes bij gegevensverwerkingen en – uitwisselingen waarbij de FOD Financiën betrokken is, 8). Deze dienst waakt ook over de overeenstemming op technisch vlak van deze uitwisseling van de persoonsgegevens met de wet van 3 augustus 2012, de regelgeving, de machtigingen van de bevoegde autoriteiten en de beslissingen van de verwerkingsverantwoordelijke. Deze dienst wordt rechtstreeks onder de bevoegdheid van de voorzitter van het directiecomité van de FOD Financiën geplaatst (artikel 9 § 1 van de wet van 3 augustus 2012).

de Koning, na advies van het sectoraal comité voor de federale overheid (artikel 4 lid 3 van de wet van 3 augustus 2012). Dit K.B. is er op dit ogenblik nog niet²²¹⁹.

Deze interne controle op het *proportionaliteitsbeginsel* kan als een waarborg tegen onrechtmatige inmengingen in het privéleven worden beschouwd. In de afdeling over de rechtsbescherming is gebleken dat de Verordening 2016/679 voluit inzet op preventieve rechtsbescherming precies door de verwerkingsverantwoordelijke te verplichten tot zelfreflectie alvorens over te gaan tot verwerking van persoonsgegevens. Deze door de wet van 3 augustus 2012 geïnstalleerde interne controle, vormt een toepassing van de in de Verordening 2016/679 vooropgestelde doelstelling.

874. Nochtans is deze interne controle onvolkomen als waarborg tegen misbruik in de zin van artikel 8 EVRM. Het intern orgaan oefent immers enkel controle uit op het proportionaliteitsbeginsel en niet op het finaliteitsbeginsel²²²⁰, terwijl hierboven is gebleken dat precies in het kader van het onverenigbaar hergebruik toch heel wat moeilijkheden kunnen ontstaan. Het orgaan hoeft met andere woorden niet na te kijken of de finaliteit van de oorspronkelijke gegevensverwerking bij het hergebruik nog wel wordt gerespecteerd. Het feit dat het intern orgaan niet moet toezien op het respect voor het finaliteitsbeginsel is in de context van de wet van 3 augustus 2012 wel logisch aangezien de wetgever in deze wet een wel zeer ruime invulling heeft gegeven aan de finaliteit van de persoonsgegevensverwerking door de FOD Financiën. De wet zegt immers dat de FOD Financiën persoonsgegevens verwerkt “om zijn wettelijke opdracht uit te voeren”. Als persoonsgegevens die zijn ingezameld in het kader van een wettelijke opdracht van de FOD Financiën, worden uitgewisseld met een andere dienst van de FOD Financiën opdat die deze persoonsgegevens ook kan gebruiken voor “een wettelijke opdracht van de FOD Financiën”, dan is er in de logica van deze wet geen probleem met het finaliteitsbeginsel. Hiervoor werd deze ruime omschrijving van de finaliteit van de gegevensverwerking van de FOD Financiën evenwel bekritiseerd en werd aangegeven dat steeds de finaliteit in concreto dient te worden onderzocht, teneinde (onder meer) te kunnen nagaan of er een onverenigbaar hergebruik is.

Bovendien gaat de controle uit van een intern orgaan dat geen waarborgen inzake onafhankelijkheid biedt.

²²¹⁹ Stand van zaken 1 februari 2017

²²²⁰ Zie hierover: S. DE RAEDT, “Beperking op privacyrechten bij oprichting superdatabank”, *Fisc. Act.* 2012, nr. 30, 1-5; Merk op dat de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer bij het eerste ontwerp van wet houdende de verwerking van de persoonsgegevens door de FOD Financiën uit 2007 nog opmerkte dat er inzake finaliteiten toch minstens een onderscheid zou worden gemaakt tussen taken van controle en belastingheffing – en invordering en taken, andere dan controle (nl. Advies 01/2007 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van 17 januari 2007 betreffende het voorontwerp van wet betreffende bepaalde verwerkingen van persoonsgegevens door de FOD Financiën). In die context had de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer aanvankelijk grote bezwaren tegen het systeem dat interne uitwisseling van gegevens binnen de FOD Financiën toelaat tussen administratie met een verschillende finaliteit, mits akkoord van een intern orgaan, met name het directiecomité en het adviescomité. Het directiecomité zou volgens dit eerst advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer niet geschikt zijn om te waken over de toepassing van het finaliteitsbeginsel en dus met name na te gaan of de verdere verwerking (uitwisseling) wel conform de redelijke verwachtingen van de betrokkenen is. De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer verwijst als voorbeeld naar de onmogelijkheid om gegevens van de administratie van de Thesaurie ingezameld bij de EBA uit te wisselen met de administraties die belast zijn met vestigen van belastingen.

Ten slotte is er geen verplichting tot publicatie van deze toelatingen, zodat er ook geen enkele transparantie bestaat ten aanzien van deze uitgewisselde gegevens en er bijgevolg ook geen enkele vorm van controle kan worden uitgeoefend op deze interne uitwisselingen.

875. Net als dit het geval was voor het derdenonderzoek, is er evenwel ook voor elke interne uitwisseling van informatie binnen de diensten van de FOD Financiën, een jurisdictionele controle mogelijk, zij het post factum en in de mate dat de resultaten van de uitwisseling worden aangewend voor het vestigen van een aanslag. Vermits artikel 335 lid 1 W.I.B. 1992 een *automatische* uitwisseling van informatie toelaat, zal er evenwel ook vaak informatie worden uitgewisseld die niet wordt aangewend. In de mate dat deze uitwisseling kwalificeert als een inmenging in het privéleven (wat vaak het geval zal zijn) krijgt de betrokkene nooit de kans om de rechtmatigheid van die inmenging te laten controleren door de rechtbank.

Wanneer de informatie wel wordt aangewend en de rechter deze uitwisseling kan beoordelen nadat de aanslag is gevestigd, gelden dezelfde bedenkingen die daarover eerder zijn gemaakt: de eventuele schending van het privéleven is reeds lang achter de rug en de informatie die is voortgekomen uit eventuele schending is al aangewend. Rekening houdend met de rechtspraak in de zaak RAVON²²²¹ moet de jurisdictionele beoordeling van een inmenging in het privéleven wel steeds voldoen aan de waarborgen van artikel 6 EVRM inzake de toegang tot de rechter, wat niet alleen betekent dat er tegenspraak moet zijn, dat de rechter met volle rechtsmacht moet kunnen oordelen, maar ook dat, zo de schending van het recht op privéleven door deze jurisdictionele controle niet kan worden vermeden, er een passend rechtsherstel mogelijk is. Dit is het geval indien de stelling wordt aanvaard, die werd verdedigd in de afdeling over de rechtsbescherming, dat een schending van het recht op privéleven bij in casu het uitwisselen van inlichtingen binnen de FOD Financiën leidt tot uitsluiting van het bewijs dat aldus werd bekomen²²²².

Een pretaxatiegeschil lijkt niet mogelijk nu de belastingplichtige niet op de hoogte wordt gebracht van de uitwisseling van informatie. Deze kan ten vroegste reageren wanneer hij van de uitwisseling van informatie op de hoogte wordt gesteld ter gelegenheid van bijvoorbeeld een bericht van wijziging. Maar ook dan heeft de mogelijke schending van het privéleven zich reeds voorgedaan. Bij het verder afbakenen van de bevoegdheid van de administratie om inlichtingen in te winnen in omstandigheden die als onverenigbaar verder gebruik moet worden beschouwd, kan het inlassen van een kennisgeving van de beslissing om toch over te gaan tot onverenigbaar hergebruik, een optie zijn.

876. Besluitend dient dan ook te worden gesteld dat artikel 335 lid 1 W.I.B. 1992 onvoldoende voorzienbaar is om bepaalde vormen van onverenigbaar hergebruik toe te

²²²¹ EHRM 21 februari 2008, RAVON/Frankrijk; zie ook EHRM 24 oktober 2008, ANDRE/Frankrijk, zie ook EHRM 21 december 2012 CANAL PLUS/Frankrijk (§36-40).

²²²² Volledigheidshalve moet wel worden opgemerkt in de afdeling over de rechtsbescherming ook werd vastgesteld dat de rechtspraak van het EHRM – in tegenstelling tot de rechtspraak van het Hof van Justitie in het kader van met name artikel 47 van het Handvest (HvJ 17 december 2015, C-419/14 WEBMINDLICENCES KfT) – niet zo ver gaat dat het vereist dat er bij de schending van het recht op privéleven bij het verzamelen van informatie steeds bewijsuitsluiting is (zie EHRM 12 juli 1988 SCHENK/Zwitserland; EHRM 12 mei 2000 KHAN/VK; EHRM 25 september 2001, P.H. en J.H./VK; EHRM 5 november 2002, ALLAN/VK; EHRM 1 maart 2007, HEGLAS/Tsjechië; EHRM 10 maart 2009, BYKOV/Rusland; EHRM 15 januari 2015, DRAGOJEVIC/Kroatië en voor een recente Belgische zaak: EHRM 31 januari 2017, KALNENIENE/België)

laten. De procedurele waarborgen tegen misbruik die gericht zijn op voorafgaande controle zijn gebrekkig, vooral omdat zij geen controle toelaten op het onverenigbaar hergebruik van informatie binnen de FOD Financiën. Post factum is jurisdictionele controle wel mogelijk, zij het dat hiervoor wel vereist is dat de eventueel ten onrechte uitgewisselde informatie werd aangewend. De informatie die ten onrechte werd uitgewisseld (waardoor de uitwisseling een schending vormt op het recht op privéleven) en die werd aangewend voor een aanslag, moet buiten beschouwing worden gelaten in de bewijsvoering van de fiscale administratie. Zo niet, is er geen sprake van passend rechtsherstel en is de jurisdictionele controle ook hier gebrekkig.

§ 4 De informatie-inzameling bij andere diensten van de FOD Financiën en de noodzakelijkheidsvereiste

877. In de mate dat het verzamelen van informatie bij andere diensten van de FOD Financiën als een inmenging in het privéleven moet worden beschouwd, dient deze verzameling steeds pertinent en relevant zijn om het belastingdoel van de betrokken administratie (hier de inkomstenbelastingen heffen) te bereiken, en bovendien ook proportioneel zijn met het beoogde doel.

878. Een deel van de door andere diensten van de FOD Financiën verstrekt informatie zal rechtstreeks nodig zijn voor de berekening van de inkomstenbelasting van de belastingplichtige. Hier kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de informatie van de dienst "*Opmetingen en Waardering*", die beschikt over informatie in het kader van het vaststellen van het kadastraal inkomen, aan de diensten die belast zijn met de heffing van de inkomstenbelastingen. In dat geval stelt de noodzakelijkheidsvereiste geen enkel probleem. Het is duidelijk dat deze informatieverstrekking relevant en pertinent is voor de fiscale doeleinden van de overheid. In het kader de proportionaliteit kan worden aangevoerd dat deze overheidsdienst de betrokken informatie accurater zal kunnen weergeven dan de belastingplichtige, die overigens door deze werkwijze van onnodige administratieve lasten wordt gespaard. Het verstrekken van deze informatie kan eerder worden beschouwd als een vorm van dienstverlening aan de burger²²²³.

879. In de mate dat van de andere diensten van de FOD Financiën informatie wordt gevraagd die niet rechtstreeks nodig is voor de berekening van de belasting van de belastingplichtige, maar enkel "nuttig" kan zijn voor de controle van de belastingplichtige, rijst er wel een proportionaliteitsvraagstuk. Deze proportionaliteitsvereiste staat evenwel in algemene zin ingeschreven in artikel 335 lid 1 W.I.B. 1992, op advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

In het reeds aangehaalde advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer inzake het hergebruik van informatie van het AKRED door de diensten van de AOIF, diende de Commissie ook te oordelen over de proportionaliteitsvereiste (dit op een

²²²³ Merk op dat ook D. DE BOT in zijn doctoraatsonderzoek een onderscheid maakt tussen gegevens die worden uitgewisseld met het oog op controle en deze die worden uitgewisseld met het oog op dienstverlening naar de burger toe. De BOT onderzoekt alleen de laatste vorm en stelt dat bij de gegevensuitwisseling met het oog op controle er veel sneller sprake zal zijn van een inmenging in het privéleven alsook van problemen inzake onverenigbaar hergebruik (D. DE BOT, *E-government in het federale België*, Brussel, Politeia, 2015, 199)

ogenblik dat de proportionaliteitsvereiste nog niet was ingevoerd in artikel 335 W.I.B. 1992)²²²⁴. De Commissie besloot dat de uitwisseling proportioneel was. Met name stelt zij vast dat het gegevensbestand van AKRED op een groot aantal kapitalen wijst, dat deze gegevens nuttig waren voor het vestigen van een indiciaire taxatie en dat de aanslagtermijnen nog niet verstreken waren. De Commissie houdt ook rekening met het feit dat *niet alle* beschikbare gegevens in het kader van de verzoeken tot terugbetaling van de beurstaks werden uitgewisseld, maar enkel een selectie die volgens de Commissie was gebeurd op basis van objectieve criteria (onder meer het investeringsbedrag en de hoedanigheid van de aanvrager (zelfstandige of bedrijfsleider)). De uitgewisselde gegevens werden dus gefilterd zodat de uitwisseling proportioneel was aan het heffingsdoel van de AOIF.

880. Dit advies toont aan dat vooral de *automatische* en *systematische* uitwisseling van informatie tussen diensten van de FOD Financiën, waarbij de uitgewisselde gegevens niet of beperkt worden gereduceerd tot wat strikt noodzakelijk en proportioneel is aan het beoogde doel, gauw problematisch dreigt te zijn. Bij het automatisch uitwisselen van grote hoeveelheden gegevens die betrekking hebben op grote groepen van personen, zonder enig onderscheid, moet de redenering in het arrest DIGITAL RIGHTS IRELAND²²²⁵ in herinnering worden gebracht. Om een aanvaardbare inmenging in het privéleven te vormen, dient de hoeveelheid automatisch uitwisselbare gegevens te worden gereduceerd tot wat strikt nodig is om het beoogde doel te bereiken. Onnodige uitwisseling dient te worden vermeden. Bij dit automatisch uitwisselen van informatie moet er steeds een redelijke verhouding zijn tussen de aantasting van het grondrecht enerzijds (bepaald door onder meer het gevoelig karakter van de informatie) en de legitieme doelstelling die wordt nagestreefd anderzijds.

881. De noodzakelijkheidsvereiste verhindert wellicht in vele gevallen ook dat het inschakelen van een zusteradministratie voor het verzamelen van gegevens die een administratie met de eigen onderzoeksbevoegdheden niet kon bekomen, in overeenstemming is met het recht op privéleven. Nog los van de vraag of een dergelijke *uitwisseling* van “bestelde” informatie wel voorzienbaar is (zie hierboven), zal de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 EVRM in vele gevallen een hinderpaal vormen voor deze werkwijze. De aangezochte zusteradministratie die informatie op vraag van een andere administratie inzamelt, zal zich immers eveneens mengen in het privéleven van de betrokkene en ook deze inmenging moet voldoen aan de noodzakelijkheidsvereiste. De opgevraagde informatie zal misschien relevant en proportioneel zijn voor de heffing van de belasting van de verzoekende administratie, maar dit zal niet noodzakelijk ook het geval zijn voor de heffing van de belasting waarvoor de aangezochte administratie zelf instaat.

882. Van belang is wel dat deze noodzakelijkheidsvereiste niet pas voor het eerst wordt beoordeeld door een rechter in het kader van de beoordeling van de aanslag. Hierboven werd reeds toegelicht dat de proportionaliteitsvereiste in concreto zal moeten worden beoordeeld door de voorzitter van het directiecomité van de FOD Financiën (zie artikel 4 van de wet van 3 augustus 2012). Dit is een duidelijke waarborg tegen misbruik (zie ook

²²²⁴ Advies 27/2007 over de uitwisseling van informatie tussen de AKRED (Administratie van Kadaster, Registratie en Domeinen) en de AOIF (Administratie voor Ondernemings – en Inkomstenfiscaliteit), waarbij de AKRED belast was met de terugbetaling van een beurstaks die in strijd werd bevonden met het Europees recht (HvJ 15 juni 2004)

²²²⁵ HvJ 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, DIGITAL RIGHTS IRELAND, overweging 56-57 en volgende

hierboven). Het EHRM beschouwt de tussenkomst van een hogere ambtenaar alvorens een inmenging in het privéleven kan plaatsvinden ook als een waarborg tegen misbruik (zie bij voorbeeld het arrest CAMENZIND²²²⁶) zij het dat deze interne controle alleen ontoereikend zal zijn als waarborg tegen misbruik en moet kaderen in een geheel van maatregelen. De noodzakelijkheidsvereiste zal in tweede instantie kunnen worden beoordeeld door de rechter, in het kader van een post-factumcontrole, waarover hierboven reeds een aantal bedenkingen van onvolkomenheid werden geformuleerd, en waarvan de onmogelijkheid om een gegevensstroom te laten beoordelen wanneer deze niet wordt aangewend, tot de belangrijkste lijkt te behoren.

§ 5 De inwinning van informatie bij andere diensten van de FOD Financiën en de bescherming van het persoonsgegevensbeschermingsrecht

883. Wanneer de informatie die door de diensten van de FOD Financiën wordt verstrekt, informatie betreft over een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon, is er bescherming van het persoonsgegevensbeschermingsrecht. De informatieverstrekking moet dan toelaatbaar zijn en de verwerking moet kwaliteitsvol gebeuren. Er moet voldoende transparantie zijn. De informatieverstrekking van andere diensten van de FOD Financiën zal toelaatbaar zijn op grond van de wettelijke opdracht als toelaatbaarheidsvereiste. De toepassing van artikel 335 W.I.B. 1992 vereist immers de verwerking van persoonsgegevens. In de mate dat de verwerking van de persoonsgegevens als inmenging in het privéleven niet voldoet aan de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 EVRM, zal de verwerking van persoonsgegevens ook niet noodzakelijk zijn voor de wettelijke opdracht en in die zin ontoelaatbaar. Het verwerken van gevoelige en medische gegevens is, in de mate dat zij in handen zouden zijn van andere diensten van de FOD Financiën, in principe verboden.

§ 6 De kwalitatieve verwerking van persoonsgegevens bij de inwinning van informatie bij andere diensten van de FOD Financiën

884. Hierboven werd reeds gesteld dat de wet (artikel 335 lid 1 W.I.B. 1992) de finaliteit van de verwerking te algemeen omschrijft, waardoor een controle van een aantal belangrijke principes van het persoonsgegevensbeschermingsrecht niet mogelijk is. De concrete finaliteit zal dus van geval tot geval moeten worden beoordeeld. In de context van dit onderzoek zal de concrete finaliteit steeds de heffing van de inkomstenbelastingen zijn.

885. Het kernprobleem inzake de kwaliteitsvolle verwerking van persoonsgegevens (in casu: uitwisseling) door de andere diensten van de FOD Financiën is evenwel het hierboven reeds besproken probleem van het mogelijk *onverenigbaar verder gebruik*, dat zich kan voordoen wanneer in welbepaalde gevallen persoonsgegevens worden doorgegeven door diensten zonder heffingsopdracht (Nationaal Kantoor der Roerende Waarden, Dienst Voorafgaande Beslissingen, ...), maar dat zich ook kan voordoen wanneer persoonsgegevens worden doorgegeven aan een administratie die deze gegevens op basis van de eigen onderzoeksbevoegdheden niet kon bekomen. Hierboven werd reeds aangegeven dat dergelijk onverenigbaar gebruikt vraagt om een duidelijke wettelijke regeling, waarin de bevoegdheid van de administratie om dit soort informatie te hergebruiken desnoods verder

²²²⁶ EHRM 16 december 1997, CAMENZIND/Zwitsersland

wordt afgebakend. Een dergelijke regeling dringt zich op vanuit de vereiste van de voorzienbaarheid van artikel 8 EVRM.

In het kader van de bespreking van een kwaliteitsvolle verwerking van persoonsgegevens door de diensten van de FOD Financiën past het evenwel op te merken dat een dergelijke wettelijke regeling, waarbij onverenigbaar hergebruik (eventueel onder bepaalde omstandigheden) wordt toegelaten, slechts kan indien een beroep wordt gedaan op de algemene uitzonderingsbepaling van artikel 13 van de Richtlijn 95/46 (en vanaf de inwerkingtreding van de Verordening 2016/679: artikel 6.4 van de Verordening 2016/679). Dit houdt in dat moet aangetoond zijn dat dit onverenigbaar hergebruik noodzakelijk is voor (en evenredig ten aanzien van) (in casu) de fiscale belangen van de staat. Ook in dat kader zal het nodig zijn in de wettelijke bepaling die het onverenigbaar hergebruik toelaat, de bevoegdheid van de fiscale administratie af te bakenen, zodat dit hergebruik ook beperkt blijft tot wat noodzakelijk en evenredig is voor de heffingsdoelstellingen van de staat.

886. Net als de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 EVRM, zal ook de finaliteitsvereiste van het persoonsgegevensbeschermingsrecht in vele gevallen verhinderen dat de fiscale administratie een zusteradministratie voor de eigen kar spant om informatie in te winnen (die de verzoekende fiscale administratie met haar eigen bevoegdheden niet kon bekomen). De zusteradministratie kan immers slechts informatie inwinnen in het kader van de finaliteiten van de eigen opdrachten en niet in het kader van de finaliteiten van een andere administratie²²²⁷.

§ 7 De inwinning van informatie bij andere diensten van de FOD Financiën en het transparantiebeginsel

I. Transparantie te garanderen door de administratie die de informatie ontvangt

887. De verplichtingen van de administratie die de gegevens ontvangt in het kader van het transparantiebeginsel, lopen in grote mate gelijk met wat terzake reeds werd gesteld in het kader van het verkrijgen van informatie van derden. De administratie die de informatie ontvangt (in het kader van dit onderzoek: de administratie bevoegd voor het heffen van de inkomstenbelastingen) zal in principe aan de betrokkene bepaalde informatie moeten verstrekken (waaronder de herkomst van de persoonsgegevens op basis van artikel 14.2 f van de Verordening 2016/679), zij het dat er wellicht een beroep zal worden gedaan op de vrijstellingsmogelijkheden die bestaan wanneer er persoonsgegevens worden verwerkt die niet bij de betrokkene zijn bekomen. Op grond van de Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens is het op dit moment mogelijk om af te zien van informatieverstrekking omdat de verwerking gebeurt met het oog op belastingheffing (“verwerking *met het oog op* de toepassing van een bepaling voorgeschreven *door of krachtens* een wet, een decreet of een ordonnantie” (artikel 9 § 2 b van de Wet Verwerking Persoonsgegevens))²²²⁸. Op grond van de Verordening 2016/679 kan er pas van de informatieverstrekking worden afgezien

²²²⁷ Zie A.IJ. RUITER, “Structurele informatie-uitwisseling tussen publieke handhavingsdiensten”, *P&I* 2009, 8-18

²²²⁸ Zie bv. Advies 27/2007 over de uitwisseling van informatie tussen de AKRED (Administratie van Kadaster, Registratie en Domeinen) en de AOIF (Administratie voor Ondernemings – en Inkomstenfiscaliteit), waarbij de AKRED, belast was met de terugbetaling van een beurstaks die in strijd werd bevonden met het Europees recht (HvJ 15 juni 2004)

wanneer het *verkrijgen* of *verstrekken* van de gegevens *uitdrukkelijk* is voorgeschreven bij Unie- of lidstatelijk recht dat op de verwerkingsverantwoordelijke van toepassing is en dat recht voorziet in passende maatregelen om de gerechtvaardigde belangen van de betrokkene te beschermen (artikel 14.5.c van de Verordening 2016/679). Artikel 335 eerste lid W.I.B. 1992 laat de uitwisseling van de persoonsgegevens weliswaar toe, doch hierboven is reeds gesteld dat deze bepaling wel erg algemeen is geformuleerd om een voorzienbare wettelijke grondslag te vormen van elke vorm van uitwisseling van informatie binnen de FOD Financiën. Bovendien moet eraan worden getwijfeld of de interne controle op de proportionaliteit van de gegevensuitwisseling binnen de FOD Financiën als een “*passende maatregel om de gerechtvaardigde belangen van de betrokkene te beschermen*” moet worden beschouwd. De fiscale administratie die de informatie verkrijgt zou evenwel kunnen teruggrijpen naar een andere grond voor vrijstelling van informatieverstrekking. Met name is er ook geen informatieverstrekking vereist wanneer de verstrekking van informatie aan de betrokkene onmogelijk blijkt of onevenredig veel moeite kost (artikel 11.2 van de Richtlijn 95/46 en artikel 9 § 2 lid 2, a van de Wet Verwerking Persoonsgegevens en artikel 14.5.b van de Verordening 2016/679), zoals wanneer het over een zeer groot aantal betrokkenen gaat²²²⁹, wat ingeval van automatische uitwisseling van informatie binnen de FOD Financiën wellicht vaak het geval is. De vrijstelling van informatieverstrekking is in dat geval wel maar tijdelijk, vermits de informatie toch moet worden verstrekt wanneer de verwerkingsverantwoordelijke voor de eerste keer in contact treedt met de betrokken persoon (artikel 30 lid 1 van het Uitvoeringsbesluit), bijvoorbeeld naar aanleiding van de wijziging van de aangifte. De Verordening 2016/679 laat ten slotte nog toe dat er geen informatieverstrekking is, wanneer deze kennisgeving de verwezenlijking van de doeleinden van die verwerking onmogelijk dreigt te maken of ernstig in het gedrang dreigt te brengen (artikel 14.5.b van de Verordening 2016/679). Ook deze uitzondering zou desgevallend door de fiscale administratie kunnen worden ingeroepen, in de mate dat ze kan aantonen dat dit risico bestaat. Er moeten dan wel passende maatregelen worden genomen ter waarborging van de belangen van de betrokkene. Een transparante verwerking van persoonsgegevens impliceert niet alleen dat de administratie die de gegevens ontvangt bepaalde informatie verstrekt (waarvoor er dus heel wat mogelijkheden zijn om hieraan te ontkomen) maar ook dat aan de betrokkene inzage wordt verleend van de persoonsgegevens die over hem zijn verzameld. Net als dit het geval was voor het verzamelen van informatie bij derden, moet ook hier worden gesteld dat het feit dat dit recht op inzage door de wet van 3 augustus 2012 kan worden geweigerd gedurende de periode tijdens welke de betrokkene het voorwerp uitmaakt van een controle (voor zover de toepassing ervan nadelig zou zijn voor de controle, en alleen voor de duur daarvan), problematisch is ten aanzien van deze van andere diensten van de FOD Financiën verkregen persoonsgegevens, vermits de belastingplichtige mogelijk niet zal kunnen nagaan – middels dit recht op inzage – of de verwerkte persoonsgegevens wel correct of volledig zijn. Ook het recht op verbetering wordt hierdoor deels onwerkzaam gemaakt.

²²²⁹ Zie overweging 40 van de Richtlijn 95/46; zie ook D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 198, randnummer 268

II. Transparantie te garanderen door de administratie die de informatie verstrekt

888. Aangenomen dat de administratie die de informatie op grond van artikel 335 eerste lid W.I.B. 1992 verstrekt aan de administratie belast met de heffing van de inkomstenbelastingen, deze informatie ook zelf bij de betrokkene heeft verkregen, is de transparantieplicht enigszins verschillend dan van de administratie die de gegevens ontvangt. Deze administratie dient de betrokkene immers informatie te verstrekken zoals voorgeschreven door artikel 10 van de Richtlijn 95/46 en artikel 9 § 1 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens en artikel 13 van de Verordening 2016/679, waarop geen uitzonderingen mogelijk lijken te zijn.

889. De te verstrekken informatie werd in extenso besproken in de afdeling over de draagwijdte van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens. Van belang is dat ook de ontvangers of de categorieën van ontvangers van de persoonsgegevens moeten worden meegedeeld²²³⁰. Nochtans schrijven de Richtlijn 95/46 en de Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens voor dat deze informatie slechts moet worden meegedeeld wanneer dit noodzakelijk is om een eerlijke verwerking te waarborgen. In de Verordening 2016/679 wordt deze informatie ingedeeld bij de informatie die *steeds* moet worden verstrekt, in de mate dat er ontvangers van de persoonsgegevens zijn (artikel 13.1.d van de Verordening 2016/679). Dit vormt een bevestiging van de rechtspraak van het Hof van Justitie. In een arrest van 1 oktober 2015 werd gesteld dat de vereiste van een eerlijke verwerking van de persoonsgegevens in het kader van artikel 10 van de Richtlijn 95/46 inhoudt dat een overheidsinstantie de betrokkenen *steeds* informeert over de overdracht van persoonsgegevens aan een andere overheidsinstantie²²³¹.

890. Een dienst binnen de organisatie van de verwerkingsverantwoordelijke wordt als een ontvanger beschouwd in de zin van de Richtlijn 95/46 en de Verordening 2016/679²²³², zodat de betrokkene ervan moet worden ingelicht dat de persoonsgegevens binnen de FOD Financiën zullen worden uitgewisseld. Er is sprake van “meedelen”, niet alleen wanneer er sprake is van de fysische of daadwerkelijke overdracht van gegevens, maar ook wanneer de verwerkingsverantwoordelijke “toelaat dat anderen de gegevens raadplegen (zoals door het plaatsen van gegevens op een internetsite)²²³³.

Een in het kader van deze afdeling belangrijke uitzondering vormen de instanties waaraan persoonsgegevens worden meegedeeld in het kader van een bijzondere onderzoeksopdracht. Deze worden onder de Richtlijn 95/46, noch onder de Verordening 2016/679 gerekend tot de “ontvangers” (artikel 2.g van de Richtlijn 95/46, artikel 1 § 7 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens en artikel 4.9° van de Verordening 2016/679). Uit de afdeling over het persoonsgegevensbeschermingsrecht is gebleken dat een uitwisseling van informatie aan een fiscale administratie in het kader van een eenmalige fiscaal onderzoek

²²³⁰ Zie ook HvJ 1 oktober 2015, C-201/14, BARA, randnummer 34

²²³¹ HvJ 1 oktober 2015, C-201/14, BARA, randnummer 34

²²³² Zie D. DE BOT, “De gevolgen van de Algemene Verordening. Gegevensbescherming voor de verzekeringssector – Enkele kritische bedenkingen”, *T.Verz.* 2016, afl. 2, 145 die stelt dat de Richtlijn en de Verordening geen onderscheid makten tussen de interne ontvangers en de externe ontvangers, zodat er bij zo goed als elke verwerking ontvangers zullen zijn.

²²³³ D. DE BOT, “Verwerking van persoonsgegevens” in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 56

niet moet worden gemeld aan de betrokkene²²³⁴, wanneer dit onderzoek niet voorzienbaar was op het ogenblik van de inzameling van de persoonsgegevens bij de betrokkene. Instanties aan wie persoonsgegevens *systematisch* worden doorgegeven dienen wel als “ontvangers” te worden beschouwd. Dit houdt in dat wanneer bepaalde persoonsgegevens *automatisch* en *systematisch* worden verstrekt aan andere diensten van de FOD Financiën, de betrokkene hiervan bij de inzameling van informatie op de hoogte moet worden gebracht. Bij de spontane uitwisseling van informatie door de fiscale administratie op grond van artikel 335 W.I.B. 1992 of een uitwisseling op verzoek, is de uitwisseling doorgaans niet gepland op het moment dat de persoonsgegevens worden ingezameld bij de betrokkene, zodat de betrokkene ook niet moet worden ingelicht over deze uitwisseling²²³⁵.

891. Wat betreft de vorm van de informatieverstrekking werd in de afdeling over de draagwijdte van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens reeds aangegeven dat het Hof van Justitie in het kader van de uitwisseling van informatie tussen overheden wel lijkt aan te geven dat onder meer de ontvangers of categorieën van ontvangers niet rechtstreeks in een individuele communicatie aan de betrokkene moeten worden meegedeeld, maar ook kunnen worden meegedeeld via een duidelijke wettelijke bepaling. Dit standpunt is voor kritiek vatbaar (zie afdeling over de draagwijdte van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens). Bovendien lijkt artikel 335 W.I.B. 1992 niet als een dergelijke bepaling te kunnen fungeren, vermits op basis van deze bepaling niet duidelijk is welke gegevens automatisch en/of systematisch worden meegedeeld aan andere diensten van de FOD Financiën.

Onderafdeling 2 Informatie-inwinning bij andere bestuurlijke overheidsdiensten

§ 1 Afbakening van het onderzoek en kaders van het onderwerp in de basisprincipes van het e-government

I. Inleiding

892. De andere bestuurlijke overheidsdiensten vormen in toenemende mate een bron van informatie voor de fiscale administratie, niet alleen om de berekening van de inkomstenbelasting te vereenvoudigen, maar ook als middel in de strijd tegen de fiscale fraude²²³⁶. De inwinning van informatie bij andere bestuurlijke overheidsdiensten kan evenwel niet los worden gezien van de juridische ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan terzake het zogenaamd “e-government” (ook wel “elektronische overheid”), die hierboven reeds kort werden aangehaald in het kader van de uitwisseling van informatie tussen diensten van de FOD Financiën. De impact van deze ontwikkelingen voor de informatie-inwinning bij andere bestuurlijke overheidsdiensten lijkt evenwel groter. Daarom

²²³⁴ Memorie van toelichting bij het Wetsontwerp van 20 mei 1998 tot omzetting van de Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van deze persoonsgegevens, 1997-1998, 1566/1, 16; Overweging 31 van de Verordening 2016/679

²²³⁵ Zie bv. Advies 27/2007 over de uitwisseling van informatie tussen de AKRED (Administratie van Kadaster, Registratie en Domeinen) en de AOIF (Administratie voor Ondernemings – en Inkomstenfiscaliteit), waarbij de AKRED, belast was met de terugbetaling van een beurstaks die in strijd werd bevonden met het Europees recht (HvJ 15 juni 2004)

²²³⁶ Zie verslag van de parlementaire onderzoekscommissie van 7 mei 2009 naar de grote fiscale fraudedossiers, Doc 52 0034/004, aanbeveling 43

wordt hierna een kort overzicht gegeven van aantal elementen die in deze ontwikkeling van belang zijn voor het inwinnen van informatie door de fiscale administratie.

II. Basisprincipes van het e-government

A. Opzet van e-government en de oprichting van de Kruispuntbank voor de Sociale Zekerheid

893. E-government heeft zoals reeds gesteld tot doel de openbare diensten naar de burger toe te verbeteren en de interne efficiëntie van de overheid te verhogen. Een meer doorgedreven en verbeterde vorm van uitwisseling van informatie tussen overheidsdiensten, gefaciliteerd door ICT, vormt een belangrijk middel om tot meer overheidsefficiëntie te komen. Overheidsdiensten beschikken vaak over een pak informatie die andere diensten nuttig kunnen gebruiken. Door deze uit te wisselen en ze niet (opnieuw) bij de burger op te vragen wordt niet alleen de interne efficiëntie verhoogd (ook in de aanpak naar fraude²²³⁷), maar ook de dienstverlening naar de burger verbeterd²²³⁸.

894. Tussen de uitbouw van de uitwisseling van informatie tussen overheidsdiensten met het oog op het bereiken van een meer efficiënte uitvoering van de overheidstaken enerzijds en de basisprincipes van het recht op privéleven en het persoonsgegevensbeschermingsrecht anderzijds, bestaat een duidelijk spanningsveld. Conform deze principes is het uitwisselen van méér informatie dan nodig voor de overheidsopdracht van de ontvangende instantie, niet mogelijk (beginsel van de proportionaliteit en dataminimalisatie). Bovendien dient bij het hergebruik van informatie steeds rekening te worden gehouden met het finaliteitsbeginsel van de oorspronkelijke gegevensverwerking (principeel verbod op onverenigbaar hergebruik). Net zoals dit het geval was voor de uitwisseling van informatie binnen de FOD Financiën, rijst wat dat laatste punt betreft overigens de vraag of het finaliteitsbeginsel uit het persoonsgegevensbeschermingsrecht een nieuwe invulling kan geven aan het administratief doelgebondenheidsbeginsel dat door een verhoogde uitwisseling van informatie tussen bestuurlijke overheidsdiensten verder onder druk komt te staan.

895. In België werd evenwel reeds vrij snel aandacht gegeven aan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer bij een efficiënte (en elektronische) uitwisseling van informatie, dit in de context van de sociale zekerheid. Bij de oprichting van de Kruispuntbank voor de Sociale Zekerheid bij wet van 15 januari 1990²²³⁹ (hierna verder de “Kruispuntbankwet”) werd getracht de doelstellingen van een efficiënte uitwisseling van informatie te verzoenen met het recht op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer²²⁴⁰. Eerder dan een

²²³⁷ D. DE BOT, *E-government in het federale België*, Brussel, Politeia, 2015, 91

²²³⁸ F. ROBBEN, “A model for electronic data exchange in the public sector” in J. DUMORTIER, F. ROBBEN, M. TAEYMANS (eds.), *A decade of research @ the crossroads of law and ICT*, Gent, Larcier, 2001, 229; zie ook E. DEGRAVE, “l’intégrateur de services fédéral au cœur de la simplification administrative”, *APT* 2014, 518-536

²²³⁹ BS 22 februari 1990; zie hierover F. ROBBEN, “A model for electronic data exchange in the public sector” in J. DUMORTIER, F. ROBBEN, M. TAEYMANS (eds.), *A decade of research @ the crossroads of law and ICT*, Gent, Larcier, 2001, 229-240

²²⁴⁰ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp houdende de oprichting en de organisatie van een kruispuntbank van de Sociale Zekerheid van 4 augustus 1989, zittingsperiode 1988-1989, nr. 899/1, 2. Merk op dat dit visionair was vermits er op dat moment nog geen Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens bestond (eerste versie ontstond pas in 1992), en ook geen Europese Richtlijn inzake

centrale gegevensbank te creëren waarin alle gegevens van alle burgers worden verzameld in de context van de sociale zekerheid, wordt met de oprichting van de Kruispuntbank een platform gecreëerd (onder de vorm van een openbare instelling met rechtspersoonlijkheid (artikel 1 van de Kruispuntbankwet)) dat zorgt voor een beveiligde uitwisseling van (persoons)gegevens tussen de diverse instellingen van sociale zekerheid zodat elke instelling slechts deze persoonsgegevens krijgt die strikt noodzakelijk zijn voor het vervullen van haar taken²²⁴¹. Persoonsgegevens betreffende een sociaal verzekerde worden dus nooit op een structurele en blijvende wijze samengevoegd en bewaard²²⁴². Er wordt wel een netwerk gecreëerd bestaande uit enerzijds de publieke instellingen van sociale zekerheid in de ruime zin van het woord (Rijksdienst voor Pensioenen, Rijksdienst voor Sociale Zekerheid, Rijksdienst voor Jaarlijkse Vakantie, ...)(primair netwerk), en anderzijds uit de zogenaamde “meewerkende instellingen van sociale zekerheid”, dat wil zeggen de instellingen van privaatrecht die erkend zijn om mee te werken aan de toepassing van de sociale zekerheid, zoals bij voorbeeld de kinderbijslagfondsen en de mutualiteiten (secundair netwerk)(artikel 2, 2° b van de kruispuntbankwet). Ook het Rijksregister behoort tot het netwerk.

896. Het Rijksregister is uiteraard van groot belang voor een (elektronische) uitwisseling van informatie. Het is immers van groot belang dat de betrokkenen op een unieke wijze kunnen worden geïdentificeerd, wanneer informatie over hen wordt uitgewisseld, en elke vorm van verwarring met een andere persoon kan worden uitgesloten²²⁴³. In België werd een wetgevend kader gecreëerd voor het rijksregister van de natuurlijke personen door de wet van 8 augustus 1983²²⁴⁴ (hierna “Rijksregisterwet”) alsook voor de toekenning aan elke natuurlijke persoon van een uniek identificatienummer. De FOD Financiën is gemachtigd om het identificatienummer van het Rijksregister te gebruiken als identificatiemiddel in haar externe betrekkingen met andere openbare overheden (artikel 314 § 3, 4° W.I.B. 1992).

897. Vandaag werkt de Kruispuntbank voor de Sociale zekerheid als volgt. Een instantie die deel uitmaakt van het netwerk dient aan de Kruispuntbank voor de Sociale Zekerheid de sociale gegevens die zij nodig heeft voor haar opdracht op te vragen (artikel 11 van de Kruispuntbankwet). De Kruispuntbank voor de Sociale Zekerheid zal dan nagaan of de aanvragende instantie beschikt over een *machtiging* om het opgevraagde gegeven te bekomen. Deze machtigingen worden verleend door het sectoraal comité voor de sociale zekerheid en van de gezondheid (zie hierover, de afdeling over het recht op de bescherming van de persoonsgegevens) (artikel 15 en 37 van de Kruispuntbankwet). Daarnaast zal de Kruispuntbank voor de Sociale Zekerheid nagaan of het opgevraagde gegeven beschikbaar is

persoonsgegevensbeschermingsrecht (Richtlijn 95/46). Wel was er reeds het kader over de bescherming van de persoonsgegevens van de Raad van Europa (Conventie nr. 108 van 1981).

²²⁴¹ De wet kwam tot stand als reactie tegen een eerste ontwerp van wet van 1981 waarbij de Kruispuntbank voor de Sociale Zekerheid werd geconcipteerd als een soort mammoet-databank waarin alle persoonsgegevens met betrekking tot de sociale zekerheid werden geregistreerd - zie E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et controle*, Brussel, Larcier, 2014, 49

²²⁴² H. GRAUX, en J. DUMORTIER, “Privacywetgeving in de praktijk”, in de reeks *Recht en ICT*, Kortrijk, UGA, 2009, 265

²²⁴³ E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et controle*, Brussel, Larcier, 2014, 61-62; F. ROBBEN, “A model for electronic data exchange in the public sector” in J. DUMORTIER, F. ROBBEN, M. TAEYMANS (eds.), *A decade of research @ the crossroads of law and ICT*, Gent, Larcier, 2001, 232

²²⁴⁴ Voluit: Wet van 8 augustus 1983 tot regeling van het Rijksregister van de natuurlijke personen, B.S. 21 april 1984; zie hierover: E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et controle*, Brussel, Larcier, 2014, 35

en in bevestigend geval dit opvragen bij de houder van dit gegeven om het vervolgens over te maken aan de aanvragende instantie. Binnen de kruispuntbank wordt het principe van de eenmalige opvraging gehanteerd: persoonsgegevens moeten eerst worden gezocht binnen het netwerk (artikel 11 van de Kruispuntbankwet); slechts indien zij daar niet beschikbaar zijn kunnen ze aan de betrokkene worden gevraagd²²⁴⁵.

B.De oprichting van de dienstenintegratoren in het algemeen en de federale dienstenintegrator in het bijzonder

898. De Kruispuntbank voor de Sociale Zekerheid bleef lange tijd een unicum in het Belgisch administratief landschap. Zoals hierboven reeds werd aangehaald zou het duren tot het einde van de jaren '90 van de vorige eeuw alvorens er op regeringsvlak op meer veralgemeende wijze werd nagedacht over de wijze waarop e-government vorm moest krijgen in België²²⁴⁶. Bij het begin van de 21^{ste} eeuw lag België daardoor duidelijk achterop op het vlak van e-government in vergelijking met andere landen²²⁴⁷. Bij het begin van de 21^{ste} eeuw zouden er wel een reeks concrete initiatieven worden genomen. Zo werd op federaal niveau de Federale Overheidsdienst Informatie – en Communicatietechnologie (afgekort “Fedict”) opgericht bij KB van 11 mei 2001, met als opdracht een strategie inzake e-government te ontwikkelen, en deze verder op te volgen (artikel 2, § 1 van het KB van 11 mei 2001)²²⁴⁸. Daarnaast werd er in een programmawet van 30 december 2001 aan de Koning de bevoegdheid gegeven om onder meer de federale openbare diensten te verplichten om bepaalde gegevens in te zamelen, bij voorkeur langs elektronische weg, bij de andere federale openbare diensten, waar deze gegevens beschikbaar zijn (artikel 102, 2° van de programmawet van 30 december 2001). Daarnaast werden ook samenwerkingsakkoorden gesloten tussen de federale Staat, de gewesten en de gemeenschappen omtrent e-government, met name in 2001²²⁴⁹, in 2006²²⁵⁰ en het meest recente in 2013²²⁵¹ (dat voor onbepaalde duur werd gesloten) waarin de betrokken overheden zich verbinden tot het uitbouwen van een gemeenschappelijk platform dat uitwisseling van informatie, onder meer tussen de betrokken overheden mogelijk maakt²²⁵².

899. In uitvoering van deze akkoorden²²⁵³ werden de zogenaamde *dienstenintegratoren* opgericht²²⁵⁴, aanvankelijk zonder dat daarvoor enig wettelijk kader bestond²²⁵⁵. Gelet op de

²²⁴⁵ F. ROBBEN, “A model for electronic data exchange in the public sector” in J. DUMORTIER, F. ROBBEN, M. TAEYMANS (eds.), *A decade of research @ the crossroads of law and ICT*, Gent, Larcier, 2001, 233

²²⁴⁶ Zie het regeerakkoord van 7 juli 1999 “de weg naar de 21^{ste} eeuw”; zie daarover: E. DEGRAVE, *L'é-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et contrôle*, Brussel, Larcier, 2014, 35

²²⁴⁷ J. GOESAERT, “E-government: do new technologies build a bridge between government and citizen?”, in J. DUMORTIER, F. ROBBEN, M. TAEYMANS (eds.), *A decade of research @ the crossroads of law and ICT*, Gent, Larcier, 2001, 88 met verwijzing naar G. TEGENBOS, “België achteraan voor E-government”, *De Standaard*, 23 mei 2000

²²⁴⁸ E. DEGRAVE, “L'intégrateur de services fédéral au coeur de la simplification administrative”, *APT* 2014, afl. 4, 521

²²⁴⁹ Gepubliceerd in het *BS* op 8 augustus 2001

²²⁵⁰ Gepubliceerd in het *BS* op 19 oktober 2006

²²⁵¹ Gepubliceerd in het *BS* op 8 oktober 2013

²²⁵² http://www.corve.be/overegov/regelgeving/beleid_samenwerkingsakkoord.php; D. DE BOT, *E-government in het federale België*, Brussel, Politeia, 2015, 268

²²⁵³ Het gaat vooral over de uitvoering van de overeengekomen principes van het samenwerkingsakkoord van 28 september 2006, waarin de principes van het gebruik van authentieke gegevensbronnen, van de eenmalige gegevensopvraging en van de actieve uitwisseling van inlichtingen tussen overheden werden overeengekomen. Deze principes worden hierna verder toegelicht.

bevoegdheidsverdeling binnen de Belgische staat²²⁵⁶ kregen deze dienstenintegratoren een wettelijk kader door de wet van 15 augustus 2012 (wat betreft de federale dienstenintegrator)²²⁵⁷, het decreet van 13 juli 2012 (wat betreft de Vlaamse dienstenintegrator), het samenwerkingsakkoord van 23 mei 2013 tussen het Waalse Gewest en de Franse Gemeenschap over het opstarten van een gemeenschappelijk initiatief om gegevens te delen en over het gemeenschappelijk beheer van dit initiatief (hierna verder het Waals samenwerkingsakkoord eGov)²²⁵⁸ (wat betreft de Waalse dienstenintegrator) en de Ordonnantie van 8 mei 2014 tot oprichting van de Brusselse dienstenintegrator (hierna verder de Ordonnantie eGov).

Een dienstenintegrator is belast met de organisatie van elektronische gegevensuitwisseling over instanties heen alsook met de geïntegreerde ontsluiting van gegevens (artikel 2, 1° en 2° van de wet van 15 augustus 2012). Dienstenintegratoren zijn dus platformen voor de uitwisseling van informatie, net als de Kruispuntbank voor de Sociale Zekerheid, die als model heeft gediend²²⁵⁹, alsook het later opgericht e-Healthplatform (inzake de uitwisseling van gegevens tussen de actoren in de gezondheidszorg, opgericht door de wet van 21 augustus 2008), dat volgens dezelfde principes werkt. Bij de oprichting van dit platform wordt een analoog systeem voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer geïnstalleerd, waarover hierna meer. Fedict (huidige FOD BOSA)²²⁶⁰ werd aangeduid als de federale dienstenintegrator (artikel 3 van de wet van 15 augustus 2012).

De dienstenintegrator zal niet alleen de elektronische uitwisseling van gegevens organiseren (de klassieke taak van een kruispuntbank), maar zal tevens gegevens kunnen integreren, wat inhoudt dat hij een combinatie maakt van gegevens door het hanteren van een vooraf bepaalde procedure, waarna alleen het resultaat van de integratie aan de vragende deelnemende overheid wordt overgemaakt²²⁶¹.

Net als bij de Kruispuntbank voor de Sociale Zekerheid wordt aldus een netwerk gecreëerd waarbinnen informatie wordt uitgewisseld via de dienstenintegrator. De geïntegreerde uitwisseling van informatie via de dienstenintegrator is er niet alleen op gericht om de

²²⁵⁴ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 31 mei 2012 tot oprichting van een federale dienstenintegrator, *Parl. St. De Kamer*, doc 53, nr. 2223/001, 11

²²⁵⁵ E. DEGRAVE, "L'intégrateur de services fédéral au coeur de la simplification administrative", *APT* 2014, afl. 4, 521

²²⁵⁶ D. DE BOT, *E-government in het federale België*, Brussel, Politeia, 2015, 262

²²⁵⁷ Een eerste ontwerp inzake de dienstenintegrator dateert van 2009 (zie hierover de aanbeveling uit eigen beweging van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer 03/2009)

²²⁵⁸ BS 23 juli 2013. Dit samenwerkingsakkoord is goedgekeurd bij decreten van 4 juli 2013 (voor zowel de Franse Gemeenschap als het Waalse Gewest)

²²⁵⁹ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 31 mei 2012 tot oprichting van een federale dienstenintegrator, *Parl. St. De Kamer*, doc 53, nr. 2223/001, 4; D. DE BOT, *E-government in het federale België*, Brussel, Politeia, 2015, 389

²²⁶⁰ Op 1 maart 2017 werd Fedict ondergebracht in de nieuwe FOD BOSA (Beleid en Ondersteuning/Stratégie et Appui) als onderdeel van het directoraat generaal "Digitale Transformatie" (bron: http://www.fedict.belgium.be/nl/over_fedict/nieuwsberichten/vanaf_1_maart_gaat_fedict_op_in_de_fod_bel_eid_en_ondersteuning)

²²⁶¹ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 31 mei 2012 tot oprichting van een federale dienstenintegrator, *Parl. St. De Kamer*, doc 53, nr. 2223/001, 26. De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer omschrijft de dienstenintegratie als volgt: "het op elkaar afstemmen van elektronische deeldiensten tot een coherent elektronisch dienstenpakket met het oog op de aanbieding ervan aan derden" (aanbeveling nr. 03/2009 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer uit eigen beweging in verband met integratoren in de overheidssector, www.privacycommission.be, randnr. 2).

dienstverlening naar de burger toe te verbeteren, maar wordt ook van belang geacht voor de bestrijding van fraude²²⁶².

900. De belangrijkste bepalingen van deze wet inzake de federale dienstenintegrator zijn in werking getreden (zie artikel 1 van het K.B. van 7 oktober 2013 tot bepaling van de inwerkingtreding van sommige bepalingen van de wet van 15 augustus 2012 houdende oprichting en organisatie van een federale dienstenintegrator).

C.De deelnemende overheidsdiensten

901. De FOD Financiën kan een “deelnemende overheidsdienst” zijn, in de mate dat hij gegevensbronnen ontsluit of gegevens ophaalt via de federale dienstenintegrator (artikel 2, 10° van de wet van 15 augustus 2012). Dit is het geval voor elke federale overheidsdienst, alsook elke federale programmatorische overheidsdienst, de federale politie, het Ministerie van Landsverdediging²²⁶³ en elke instantie of elke dienst, al dan niet met rechtspersoonlijkheid, die van de federale overheid afhangt, met uitzondering van Fedict (huidige FOD BOSA) zelf en de federale overheidsdiensten die reeds deel uitmaken van een sectoraal netwerk (met name de Kruispuntbank voor de Sociale Zekerheid of het e-Healthplatform)(artikel 2, 10° al. 2 van de wet van 15 augustus 2012). De FOD Financiën is dus niet verplicht een beroep te doen op de dienstenintegrator voor de uitwisseling van informatie²²⁶⁴, al lijkt de deelname van de FOD Financiën onvermijdelijk gelet op het feit dat heel wat federale overheidsdiensten nood zullen hebben aan gegevens van de FOD Financiën. Zo zijn er inkomstengegevens nodig voor de toekenning van inkomstengerelateerde tegemoetkomingen, subsidies en dergelijke meer. De FOD Financiën lijkt dus verplicht te worden om gegevensbronnen te ontsluiten aan de federale dienstenintegrator. In de praktijk blijkt de federale dienstenintegrator, in het kader van de integratie van gegevens, reeds onder meer een dienst te hebben ontwikkeld (genaamd “de Vierde Weg”) ten behoeve van de Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen, die toelaat dat deze gebruiker te weten komt of er schulden zijn bij de overheid (waaronder bij de FOD Financiën) van partijen betrokken bij de verkoop van een onroerend goed²²⁶⁵. Hierdoor lijkt de FOD Financiën in ieder geval als deelnemende overheidsdienst te moeten worden beschouwd, vermits hij gegevens via de federale dienstenintegrator ontsluit. Eens een federale overheidsdienst als een deelnemende overheidsdienst dient te worden beschouwd, dient hij ook verplicht gegevens bij de dienstenintegrator op te halen (artikel 8 § 1 en 2 van de wet van 15 augustus 2012), behalve wanneer de federale overheidsdienst reeds zelf over deze gegevens beschikt. In de praktijk blijkt dit voorlopig nog maar zeer beperkt het geval.

²²⁶² Memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 31 mei 2012 tot oprichting van een federale dienstenintegrator, *Parl. St. De Kamer*, doc 53, nr. 2223/001, 3

²²⁶³ Dat apart wordt vermeld omdat dit geen federale overheidsdienst is

²²⁶⁴ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 31 mei 2012 tot oprichting van een federale dienstenintegrator, *Parl. St. De Kamer*, doc 53, nr. 2223/001, 15; Het vrijwillig karakter van de deelname aan de federale dienstenintegrator zou verband houden met de niveaueverschillen inzake ICT-ontwikkeling tussen de betrokken diensten. Omdat die groot zijn, was het niet haalbaar aan alle overheidsdiensten te verplichten deel te nemen aan de federale dienstenintegrator. Het zou wel de bedoeling zijn in een tweede fase, als alle diensten het vereiste ICT-niveau hebben, over te gaan naar een verplichting (D. DE BOT, “De verdere uitbouw van de elektronische overheid in België”, *P&I*, 2013, 43)

²²⁶⁵ http://www.fedict.belgium.be/nl/gegevensuitwisseling/combinatie_van_gegevens/vierde_weg

Op dit ogenblik zou de FOD Financiën via de federale dienstenintegrator nog maar enkel gegevens ophalen bij de kruispuntbank van ondernemingen²²⁶⁶.

De geïntegreerde uitwisseling van informatie *binnen* een FOD valt in ieder geval buiten het toepassingsgebied van de wet inzake de oprichting van een federale dienstenintegrator²²⁶⁷.

902. Ook andere dienstenintegratoren kunnen worden beschouwd als een deelnemende overheidsdienst²²⁶⁸. Het moet dan wel gaan over een *federale* dienstenintegrator²²⁶⁹, en het moet gaan over een andere dienstenintegrator dan de Kruispuntbank voor de Sociale Zekerheid en het e-Healthplatform die uitdrukkelijk uitgesloten zijn (artikel 2, 10° al. 2 van de wet van 15 augustus 2012). Voorbeelden zijn de Kruispuntbank van de Voertuigen (opgericht bij wet van 19 mei 2010) en de Kruispuntbank van de rijbewijzen (Wet van 14 april 2011)²²⁷⁰. De deelstatelijke dienstenintegratoren kunnen in principe geen deelnemende overheidsdienst zijn in de zin van de wet van 15 augustus 2012. Het federale bestuursniveau kan immers geen verplichtingen opleggen aan het deelstatelijke bestuursniveau²²⁷¹. Er wordt wel een overlegcomité van dienstenintegratoren opgericht dat moet beraadslagen over initiatieven ter bevordering en bestendiging van de samenwerking tussen dienstenintegratoren (artikel 30 en 33 van de wet van 15 augustus 2012). De deelstatelijke dienstenintegratoren kunnen vrijwillig deelnemen aan dit overleg²²⁷². De federale dienstenintegratoren zoals de Kruispuntbank voor de Sociale Zekerheid zullen verplicht deelnemen aan dit overleg.

D. De only once-wet

903. Ook bij deze dienstenintegratoren geldt het principe van de *unieke gegevensverzameling*, dat inhoudt dat administratieve overheden die over bepaalde gegevens beschikken, deze niet opnieuw mogen inzamelen bij de burger of de onderneming, dit teneinde administratieve lasten voor de burgers of de ondernemingen te vermijden en de efficiëntie van het overheidsapparaat te verhogen²²⁷³. Hoewel het principe van de unieke gegevensinzameling reeds werd uitgewerkt in verschillende wettelijke bepalingen (bijvoorbeeld in artikel 11 van de Kruispuntbankwet en artikel 6 van de Rijksregisterwet), werd er op het niveau van de federale overheid voor geopteerd om het principe van de

²²⁶⁶ Zie interview van de heer Malik Weyns, Domain Service Manager, Federale dienstenintegrator - Intégrateur de services fédéral, DG Digitale Transformatie - DG Transformation Digitale, FOD Beleid en Ondersteuning - SPF Stratégie et Appui op 16 maart 2017

²²⁶⁷ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 31 mei 2012 tot oprichting van een federale dienstenintegrator, *Parl. St. De Kamer*, doc 53, nr. 2223/001, 12

²²⁶⁸ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 31 mei 2012 tot oprichting van een federale dienstenintegrator, *Parl. St. De Kamer*, doc 53, nr. 2223/001, 19

²²⁶⁹ D. DE BOT, *E-government in het federale België*, Brussel, Politeia, 2015, 327

²²⁷⁰ D. DE BOT, *E-government in het federale België*, Brussel, Politeia, 2015, 327

²²⁷¹ D. DE BOT, *E-government in het federale België*, Brussel, Politeia, 2015, 657 met verwijzing naar het advies van de Raad van State in het kader van de oprichting van de Kruispuntbank voor de voertuigen (RvS, advies nr. 47.162/4 van 2 december 2009); zie ook het advies van de RvS in het kader van de oprichting van de federale dienstenintegrator (RvS, advies nr. 51.044/2 van 4 april 2012)

²²⁷² Memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 31 mei 2012 tot oprichting van een federale dienstenintegrator, *Parl. St. De Kamer*, doc 53, nr. 2223/001, 36

²²⁷³ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 31 mei 2012 tot oprichting van een federale dienstenintegrator, *Parl. St. De Kamer*, doc 53, nr. 2223/001, 7; Zie hierover: J. DE LANDTSHEERE, "Only Once-principe. Het principe van de unieke gegevensinzameling", *NjW* 2016, 98-103

unieke gegevensinzameling op algemene wijze te regelen door de wet van 5 mei 2014, in de rechtsleer doorgaans aangeduid als de “Only Once-wet”²²⁷⁴.

In deze wet wordt bevestigd dat de gegevens die beschikbaar zijn via de *authentieke gegevensbronnen* waartoe men toegang heeft via de dienstenintegrator, niet bij de betrokkene kunnen worden opgevraagd (invoering van de § 3 tot 5 in artikel 8 van de wet van 15 augustus 2012).

904. Dit beginsel van de unieke gegevensverzameling lijkt dan wel bij te dragen tot een meer efficiënte overheidswerking, het staat tegelijkertijd haaks op het recht op de bescherming van het privéleven in het algemeen en het principe van het informationeel zelfbeschikkingsrecht in het bijzonder. Het opvragen van informatie bij de betrokkene zelf is immers minder privacyinvasief dan het opvragen van informatie bij derden, inbegrepen overheden, en draagt bij tot het recht op zelfbeschikking van de betrokkene die vrij kan beslissen bepaalde informatie te geven of niet. Het uitwisselen van informatie tussen overheden zonder dat de burger nog bij deze uitwisseling wordt betrokken lijkt in strijd te zijn met deze privacyprincipes.

Het beginsel van de unieke gegevensinzameling beperkt zich evenwel tot de gegevensbronnen die als authentiek kunnen worden beschouwd (zie hierover meer hierna), wat onder meer inhoudt dat er bepaalde garanties zijn van kwaliteit van deze gegevensbronnen (accuraat, up to date, ...). Bovendien worden zelfs deze authentieke gegevensbronnen niet uitgewisseld zonder machtiging (zie hierna). Het principe van de unieke gegevensinzameling gaat dus gepaard met een aantal procedurele waarborgen ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

905. De Only Once-wet verplicht de federale overheidsdiensten ook om buiten de context van een dienstenintegrator steeds gebruik te maken van welbepaalde authentieke gegevensbronnen. Het gaat met name over het rijksregisternummer of het identificatienummer van de kruispuntbank van de sociale zekerheid voor wat betreft de identificatie van natuurlijke personen alsook van het ondernemingsnummer voor de identificatie van rechtspersonen en ondernemingen (artikel 4 § 1 en 2 van de wet van 5 mei 2014). De federale overheidsdiensten zijn ook verplicht hiervoor een machtiging te vragen bij het bevoegde sectorale comité voor zover zij dit nog niet hebben. Dit diende te gebeuren voor 1 januari 2016 (artikel 14 van de wet van 5 mei 2014).

E. Het principe van de authentieke gegevensbronnen

906. Het principe van de unieke gegevensverzameling, met het oog op het meervoudig gebruik ervan binnen het overheidsapparaat, veronderstelt dat de eenmalig opgevraagde gegevens kwalitatief moeten zijn, wat onder meer inhoudt dat zij accuraat zijn en up to date worden gehouden²²⁷⁵. Deze nood aan kwaliteit wordt gerealiseerd door te werken met

²²⁷⁴ Voluit: de Wet van 5 mei 2014 houdende verankering van het principe van de unieke gegevensinzameling in de werking van de diensten en instanties die behoren tot of taken uitvoeren voor de overheid en tot vereenvoudiging en gelijkschakeling van elektronische en papieren formulieren, *BS* 4 juni 2014

²²⁷⁵ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 31 mei 2012 tot oprichting van een federale dienstenintegrator, *Parl. St.* De Kamer, doc 53, nr. 2223/001, 7

zogenaamde *authentieke gegevensbronnen*, zijnde gegevens die gelden als unieke en oorspronkelijke gegevens over personen, ondernemingen of rechtsfeiten, zodanig dat andere instanties diezelfde gegevens niet meer hoeven in te zamelen (artikel 2, 5° van de wet van 15 augustus 2012)²²⁷⁶. De houders van deze authentieke gegevensbron hebben de verantwoordelijkheid in te staan voor de permanente accuraatheid van de erin opgenomen informatie²²⁷⁷.

907. De Koning is bevoegd om voor de federale dienstenintegrator aan te duiden welke federale overheidsdiensten bevoegd zijn voor het bijhouden van authentieke gegevensbronnen (artikel 6 van de wet van 15 augustus 2012). Dit artikel heeft onder meer tot doel te vermijden dat dezelfde gegevens door meerdere overheden worden bijgehouden (waardoor ze niet-authentiek zijn). Ingeval van overlap dient de Koning dus aan te duiden welke overheidsdienst (als enige) bevoegd is voor het bijhouden deze gegevens²²⁷⁸. Er werd in uitvoering van deze bepaling nog geen Koninklijk Besluit genomen.

908. Mede gelet op de Only Once-wet is het evenwel duidelijk dat het Rijksregister een belangrijk voorbeeld is van een authentieke gegevensbron, net als de Kruispuntbank van de Ondernemingen²²⁷⁹. Ook het bisregister van de Kruispuntbank van Sociale Zekerheid, de Kruispuntbank Voertuigen en de Kruispuntbank Rijbewijzen worden doorgaans aangeduid als authentieke gegevensbronnen²²⁸⁰.

909. De dienstenintegrator wordt verondersteld zo veel als mogelijk met authentieke gegevens te werken, doch dit hoeft niet steeds het geval te zijn²²⁸¹.

910. De fiscale administratie heeft reeds toegang tot de gegevens van een aantal authentieke gegevensbronnen, waaronder de identificatiegegevens van het Rijksregister²²⁸². De gegevens van het Rijksregister worden dagelijks en automatisch geüpdatet²²⁸³. Derhalve zal onder meer een adreswijziging en een wijziging in de gezinssituatie automatisch worden meegedeeld aan de fiscale administratie²²⁸⁴. De fiscale administratie brengt de gegevens die zij kan halen uit deze authentieke bronnen samen in een toepassing die zij "SITRAN" heet,

²²⁷⁶ Het adjectief "authentiek" heeft dus niet de betekenis die eraan wordt gegeven in het burgerlijk wetboek: Memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 31 mei 2012 tot oprichting van een federale dienstenintegrator, *Parl. St. De Kamer*, doc 53, nr. 2223/001, 17; E. DEGRAVE, "L'intégrateur de services fédéral au coeur de la simplification administrative", *APT* 2014, afl. 4, 522

²²⁷⁷ E. DEGRAVE, "L'intégrateur de services fédéral au coeur de la simplification administrative", *APT* 2014, afl. 4, 523

²²⁷⁸ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 31 mei 2012 tot oprichting van een federale dienstenintegrator, *Parl. St. De Kamer*, doc 53, nr. 2223/001, 24

²²⁷⁹ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 31 mei 2012 tot oprichting van een federale dienstenintegrator, *Parl. St. De Kamer*, doc 53, nr. 2223/001, 18

²²⁸⁰ D. DE BOT, *E-government in het federale België*, Brussel, Politeia, 2015, 655

²²⁸¹ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 31 mei 2012 tot oprichting van een federale dienstenintegrator, *Parl. St. De Kamer*, doc 53, nr. 2223/001, 17

²²⁸² Hierin staan opgenomen een reeks identificatiegegevens, waaronder naam, voornaam, adres, burgerlijke staat, geslacht, van de natuurlijke personen die staan opgenomen in de registers van de burgerlijke stand en de vreemdelingenregisters van de Belgische gemeenten, in de registers van de Belgische diplomatieke en consulaire posten in het buitenland, en de wachtregisters bijgehouden door de Belgische gemeenten waarin de personen staan ingeschreven die een aanvraag hebben ingediend om als vluchteling te worden erkend.

²²⁸³ http://financien.belgium.be/nl/over_de_fod/structuur_en_diensten/diensten_van_de_voorzitter/beheer_persoonlijke_gegevens

²²⁸⁴ <http://financien.belgium.be/nl/particulieren/belastingaangifte/wijziging-van-adres-gezinssituatie-rekeningnummer>

wat een afkorting vormt van “signaletiek transversaal”²²⁸⁵ (zie hierover reeds randnummer 294). Via die toepassing kunnen alle gegevens worden gevisualiseerd die afkomstig zijn van externe bronnen, zoals het Rijksregister, de Kruispuntbank voor Ondernemingen²²⁸⁶, het Register-bis van de Kruispuntbank van de Sociale Zekerheid²²⁸⁷ of de Balanscentrale van de Nationale Bank²²⁸⁸. De fiscale administratie kan ook zelf gegevens toevoegen aan SITRAN, zoals bijvoorbeeld een alias, een tweede naam voor een bedrijf, of een fiscale woonplaats. Maar er wordt nooit een bestaand gegeven gewijzigd²²⁸⁹.

III. De bescherming van de persoonsgegevens bij de uitwisseling van informatie in het kader van het e-government

A. Algemeen – de controle van de machtigingen en de transparantierechten ten aanzien van de federale dienstenintegrator

911. De federale dienstenintegrator moet niet alleen het uitwisselen van informatie tussen federale overheidsdiensten faciliteren en gegevens combineren om ze nadien als geïntegreerde gegevens aan een deelnemende overheid over te maken. De federale dienstenintegrator moet, net als haar voorbeeld van de Kruispuntbank voor de Sociale Zekerheid, erover waken dat de uitwisseling (en integratie) gebeurt in een beveiligd kader en met respect voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer²²⁹⁰. Dit gebeurt in hoofdzaak doordat de dienstenintegrator moet nagaan of de uitwisseling mogelijk is op grond van de machtiging van het bevoegde sectoraal comité (artikel 8 § 2 van de wet van 15 augustus 2012)²²⁹¹. De regeling van de dienstenintegrator haakt daarmee aan bij de regeling van de Wet Verwerking Persoonsgegevens die reeds werd besproken in de afdeling over de rechtsbescherming, en met name de preventieve rechtsbescherming (randnummer 457), dit naar het model van de Kruispuntbank voor de Sociale Zekerheid dat eveneens een machtiging vereist van het sectoraal comité voor de sociale zekerheid en de gezondheid alvorens gegevens kunnen worden uitgewisseld. De machtigingsvereiste geldt uiteraard maar in de mate dat er persoonsgegevens worden uitgewisseld. Op deze machtigingsvereiste wordt hierna verder ingegaan.

Algemeen moet de dienstenintegrator erop toezien dat het geheel van regels van toepassing op het raadplegen en mededelen van gegevens wordt gerespecteerd alvorens er een

²²⁸⁵ Het woord “signaletiek” staat niet in Van Dale en vormt waarschijnlijk een foutieve letterlijke vertaling van het Franse woord “la signalétique” wat door Van Dale wordt vertaald als “het tekeningsgedrag” (van een organisme). Transversaal betekent “dwars”.

²²⁸⁶ De gegevens van de Kruispuntbank van de Ondernemingen laten onder meer toe de wettelijke vertegenwoordigers van ondernemingen te kennen en automatisch toegang te verlenen tot de webapplicaties die toelaten om bepaalde elektronische aangiften in te dienen

²²⁸⁷ http://financien.belgium.be/nl/over_de_fod/structuur_en_diensten/diensten_van_de_voorzitter/beheer_persoonlijke_gegevens

²²⁸⁸ http://financien.belgium.be/nl/over_de_fod/structuur_en_diensten/diensten_van_de_voorzitter/beheer_persoonlijke_gegevens

²²⁸⁹ http://financien.belgium.be/nl/over_de_fod/structuur_en_diensten/diensten_van_de_voorzitter/beheer_persoonlijke_gegevens

²²⁹⁰ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 31 mei 2012 tot oprichting van een federale dienstenintegrator, *Parl. St.* De Kamer, doc 53, nr. 2223/001, 7 en 9

²²⁹¹ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 31 mei 2012 tot oprichting van een federale dienstenintegrator, *Parl. St.* De Kamer, doc 53, nr. 2223/001, 9

effectieve uitwisseling plaatsvindt (artikel 9 van de wet van 15 augustus 2012)²²⁹². Het gaat dus niet enkel over de controle van de machtigingen. De wet van 15 augustus 2012 bepaalt ook uitdrukkelijk dat de deelnemende overheden door de wet van 15 augustus 2012 niet over méér rechten kunnen beschikken om gegevens te raadplegen of mee te delen dan dit het geval is wanneer de overheid geen deelnemer zou zijn van de dienstenintegrator (artikel 13 van de wet van 15 augustus 2012²²⁹³).

912. Naast de controle van de machtigingen bevestigt de wet van 15 augustus 2012 ook uitdrukkelijk dat eenieder wiens persoonsgegevens door de federale dienstenintegrator worden verwerkt, een aantal *transparantierechten* geniet. Met name is eenieder gerechtigd alle onjuiste gegevens die op hem betrekking hebben, kosteloos te doen verbeteren. Verzoeken tot aanpassing van gegevens worden ingediend via de toegangskanalen bepaald door de federale dienstenintegrator en de participerende overheidsdiensten (artikel 16 § 1 van de wet van 15 augustus 2012). Bijzonder is daarnaast het recht van eenieder op kennisname van alle overheden, instellingen en personen die, gedurende de laatste zes maanden, zijn gegevens via het netwerk hebben geraadpleegd of bijgewerkt. Een uitzondering wordt gemaakt voor bepaalde overheden. Wanneer deze overheden gegevens hebben geraadpleegd via het netwerk, wordt dit niet aan de betrokkene gemeld, wanneer deze er naar vraagt. Het gaat om onder meer de bestuurlijke en gerechtelijke overheden of diensten die belast zijn met het toezicht of de opsporing of vervolging of bestraffing van misdrijven, de federale politie of de diensten van de Veiligheid van de Staat. Wanneer de FOD Financiën de gegevens raadpleegt, moet dit wel worden gemeld wanneer de betrokkene ernaar vraagt (artikel 16 § 2 van de wet van 15 augustus 2012).

B.De machtigingsvereiste van artikel 36bis van de Wet Verwerking Persoonsgegevens en de wet van 3 augustus 2012

913. De federale dienstenintegrator houdt dus toezicht op het respect voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer door na te gaan of er voor de gevraagde gegevensstroom wel een machtiging is.

1.De machtigingsvereiste van artikel 36 bis van de Wet Verwerking Persoonsgegevens

914. Op grond van artikel 36 bis van de Wet Verwerking Persoonsgegevens dient in principe voor elke *elektronische* mededeling van persoonsgegevens door een *federale overheidsdienst* of door een openbare instelling met rechtspersoonlijkheid die onder de federale overheid ressorteert, een principiële machtiging te worden gevraagd aan het sectoraal comité voor de federale overheid, tenzij de mededeling reeds onderworpen is aan een principiële machtiging van een andere sectoraal comité opgericht binnen de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

915. Naast het sectoraal comité voor de federale overheid (opgericht door 36bis Wet Verwerking persoonsgegevens, ingevoerd door de wet van 26 februari 2003), dat in principe

²²⁹² Memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 31 mei 2012 tot oprichting van een federale dienstenintegrator, *Parl. St. De Kamer*, doc 53, nr. 2223/001, 18

²²⁹³ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 31 mei 2012 tot oprichting van een federale dienstenintegrator, *Parl. St. De Kamer*, doc 53, nr. 2223/001, 27

bevoegd is om de elektronische mededeling van elke federale overheidsdienst te machtigen (behoudens wanneer een andere sectoraal comité bevoegd is), is er ook een sectoraal comité van de sociale zekerheid en van de gezondheid (opgericht door de kruispuntbankwet), een sectoraal comité van de kruispuntbank van ondernemingen (opgericht door de wet van 16 januari 2003 tot oprichting van de kruispuntbank van ondernemingen²²⁹⁴) en een sectoraal comité van het Rijksregister (opgericht door de rijksregisterwet)²²⁹⁵.

916. Deze comités moeten met name nagaan of de mededeling in overeenstemming is met de wettelijke en reglementaire bepalingen. Het comité moet dus met name en onder meer nagaan of de elektronische mededeling in overeenstemming is met het finaliteitsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel van het persoonsgegevensbeschermingsrecht.

917. De machtiging moet steeds worden gevraagd aan het comité dat bevoegd is voor de instantie die de gegevens *meedeelt*. Wanneer meerdere sectorale comités bevoegd zijn, onder meer omdat er een integratie van verschillende gegevens wordt gevraagd aan de dienstenintegrator, dan coördineert de dienstenintegrator de afgifte van de verschillende machtigingen of duidt aan welk comité belast is met het verstrekken van de machtiging, na advies van de andere bevoegde sectorale comités (artikel 7 eerste lid van de wet van 15 augustus 2012).

2.De machtigingsvereiste van de wet van 3 augustus 2012

918. Enkele dagen voor de oprichting van de federale dienstenintegrator (wet van 15 augustus 2012), werd in de wet van 3 augustus 2012 getracht de verwerkingen van persoonsgegevens door de FOD Financiën in overeenstemming te brengen met de principes van het persoonsgegevensbeschermingsrecht. In deze wet wordt daarbij niet alleen aandacht besteed aan de interne gegevensuitwisselingen (artikel 4 van de wet van 3 augustus 2012), maar ook aan de externe uitwisseling van informatie (artikel 6 van de wet van 3 augustus 2012).

Met name schrijft deze wet voor dat er slechts een externe elektronische uitwisseling van persoonsgegevens kan zijn na machtiging van het sectoraal comité dat bevoegd is voor de overheidsinstantie van waaruit de mededeling van de persoonsgegevens heeft plaatsgevonden (artikel 6 § 1 en 2 van de wet van 3 augustus 2012). Het principe van de machtiging zoals bedoeld in artikel 36 bis van de Wet Verwerking Persoonsgegevens wordt dus overgenomen. Conform artikel 36 bis van de Wet Verwerking Persoonsgegevens rust de machtigingsverplichting slechts op de elektronische mededeling van persoonsgegevens door een *federale overheidsdienst* of door een openbare instelling met rechtspersoonlijkheid die onder de federale overheid ressorteert. De wet van 3 augustus 2012 houdt daarentegen

²²⁹⁴ Inmiddels is deze wet opgeheven door artikel 9 van de wet van 17 juli 2013 houdende de invoering van onder meer Boek II in het Wetboek Economisch Recht. In dit Boek III wordt een Titel 2 opgenomen over de kruispuntbank voor de ondernemingen

²²⁹⁵ Er zijn nog twee andere sectorale comités die evenwel geen bevoegdheden hebben inzake het machtigen van elektronische mededeling van persoonsgegevens, namelijk het sectoraal comité Phenix (nog niet opgericht) en het statistisch Toezichtcomité

rekening met verkrijgen van gegevens van deelstatelijke overheden door te bepalen dat in dat geval de bevoegde gemeenschapsoverheid of gewestoverheid de mededeling moet machtigen (artikel 6 § 2 van de wet van 3 augustus 2012)²²⁹⁶. De wet van 3 augustus 2012 houdt hiermee rekening met de ontwikkelingen die zich onder meer in Vlaanderen hebben voorgedaan, waar het decreet van 18 juli 2008 betreffende het elektronisch bestuurlijk gegevensverkeer bepaalt dat de elektronische mededeling van persoonsgegevens door een Vlaamse overheidsinstantie de machtiging vereist van de Vlaamse Toezichtcommissie (artikel 8 van het decreet van 18 juli 2008). Deze toezichtcommissie gaat na of de elektronische mededeling in overeenstemming is met (onder meer) de Wet Verwerking Persoonsgegevens. Naast de Vlaamse Toezichtcommissie (opgericht door het decreet van 18 juli 2008), is er ook de Commissie Wallonië-Brussel voor het toezicht op de gegevensuitwisselingen²²⁹⁷ (opgericht door artikel 22 van het Waals samenwerkingsakkoord eGov) en de Brusselse Controlecommissie (opgericht door artikel 31 van de ordonnantie eGov), met gelijklopende bevoegdheden als de sectorale comités in de schoot van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer²²⁹⁸.

919. Wanneer deze externe gegevens worden gebruikt om toe te voegen aan het datawarehouse dat door artikel 5 van de wet van 3 augustus 2012 wet werd opgericht, moet de machtiging van het bevoegde sectoraal comité (of van de bevoegde deelstatelijke overheid) bepalen dat de uitwisseling voor dat doel gemachtigd wordt (artikel 6 § 2 lid 2 van de wet van 3 augustus 2012).

C. Conclusie

920. De in deze afdeling onderzochte instroom van informatie afkomstig van andere bestuurlijke overheden buiten de FOD Financiën wordt dus in grote mate beheerst door een reeks juridische ontwikkelingen die zich terzake het e-government hebben afgespeeld. De dienstenintegrator vormt het platform dat moet toelaten om (vooral in de toekomst²²⁹⁹) een efficiënte en verhoogde elektronische uitwisseling van informatie toe te laten, ook van en naar de FOD Financiën. De verhoogde uitwisseling van informatie lijkt het administratief doelgebondenheidsbeginsel zwaar onder druk te zetten. Deze verhoogde uitwisseling stelt bovendien de beginselen van het persoonsgegevensbeschermingsrecht en het recht op privéleven op de proef. Hetzelfde kan worden gezegd van het principe van de unieke gegevensinzameling. Evenwel werd van bij de aanvang van de uitbouw van het e-government, rekening gehouden met de persoonlijke levenssfeer, onder meer door gebruik te maken van het systeem van machtigingen, maar ook door het stimuleren van het gebruik van authentieke gegevensbronnen, die garanties op accuraatheid moeten opleveren.

²²⁹⁶ De wet van 3 augustus 2012 zou tot stand zijn gekomen mede omdat de bestaande machtigingsregeling van artikel 36 bis van de Wet Verwerking Persoonsgegevens geen rekening hield met gegevensmededelingen door deelstatelijke overheden (zie aanbeveling van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer 02/2012)

²²⁹⁷ Commission Wallonie-Bruxelles de controle des échanges de données, afgekort "CCED"

²²⁹⁸ D. DE BOT, *E-government in het federale België*, Brussel, Politeia, 2015, 967

²²⁹⁹ Op dit ogenblik worden gegevens nog maar op een zeer beperkte wijze binnengehaald via de federale dienstenintegrator, zie hierboven: alleen gegevens van de kruispuntbank van ondernemingen

921. In het onderzoek dat hierna volgt, zal moeten worden nagegaan in welke mate deze systemen toereikend zijn als waarborg voor het respect voor het privéleven en het recht op de bescherming van de persoonsgegevens.

IV.Afbakening van het onderzoek

A.Algemeen

922. De gegevensstromen die in deze afdeling worden bestudeerd betreffen alle instromen van informatie van *bestuurlijke* overheden, ongeacht het bestuursniveau. De aandacht gaat dus zowel uit naar de instroom van informatie van andere federale overheidsdiensten, dan de FOD Financiën, als naar de instroom van informatie van overheidsdiensten op andere bestuurlijke niveaus, zoals het deelstatelijke niveau of het gemeentelijk niveau. Met de “bestuurlijke” overheden wordt in wezen elke overheidsdienst bedoeld die een onderdeel uitmaakt van de uitvoerende macht. De overheidsdiensten die beschikken over informatie in verband met de gerechtelijke procedure, zoals parketten, griffies en politiediensten worden bestudeerd in de onderafdeling 3 hierna en worden daar voor de doeleinden van dit onderzoek omschreven als de “gerechtelijke overheden”.

B.Automatische uitwisseling van informatie

923. Rekening houdend met de hierboven geschetste ontwikkelingen zullen de elektronische uitwisselingen van informatie een steeds belangrijker plaats innemen in dit gegevensverkeer naar de FOD Financiën toe. De ICT maakt het mogelijk dat uitwisselingen ook *automatisch* en *systematisch* gebeuren. In het kader van de inzameling van informatie binnen de FOD Financiën werd reeds opgemerkt dat de automatische en systematische instroom van informatie vanuit privacyoogpunt risicovoller *kan* zijn, dan een instroom van informatie met tussenkomst van een ambtenaar die bijvoorbeeld vanuit een concreet dossier informatie opvraagt van een andere overheidsdienst.

924. Het is evenwel niet eenvoudig om een zicht te krijgen op de informatie die automatisch en systematisch instroomt vanuit diverse overheidsdiensten naar de FOD Financiën toe. De automatische en systematische instromen van informatie van andere overheidsdiensten (die elektronisch gebeuren) worden weliswaar in principe gecontroleerd door de sectorale comités van wie de machtigingen worden gepubliceerd op de website van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (per sectoraal comité), doch elk sectoraal comité heeft reeds een grote hoeveelheid machtigingen verleend en het zoeken binnen deze hoeveelheid machtigingen wordt op geen enkele wijze gefaciliteerd (het is bijvoorbeeld niet mogelijk om op trefwoorden te zoeken per sectoraal comité)²³⁰⁰. Op deze wijze zijn de gemachtigde elektronische gegevensstromen verre van transparant voor de betrokkenen. Ook het opzoeken van de machtigingen van de Vlaamse Toezichtscommissie die gepubliceerd staan op de website van deze Toezichtscommissie²³⁰¹ wordt niet gefaciliteerd (enkel publicatie per jaar).

²³⁰⁰ Het zoeken op trefwoord is enkel mogelijk om het geheel aan gepubliceerde documenten te doorzoeken.
²³⁰¹ www.vtc.corve.be

De sectorale comités verlangen soms wel dat de verleende machtiging ook worden gepubliceerd op de website van (in casu) de FOD Financiën²³⁰². De FOD Financiën publiceert sinds 1 september 2014 op zijn eigen website de machtigingen die zijn verleend aan de FOD Financiën om elektronisch gegevens te verstrekken én deze die zijn verleend aan overheden om gegevens aan de FOD Financiën mee te delen. In het kader van dit onderzoek gaat de aandacht enkel uit naar de machtigingen om gegevens aan de FOD Financiën mee te delen. Van de 57 machtigingen die op 17 februari 2017 werden gepubliceerd op de website van de FOD Financiën, en die betrekking hadden op de periode vanaf 1 september 2014 hadden 16 machtigingen betrekking op het verstrekken van informatie *aan* de FOD Financiën. Het gaat om machtigingen van zowel het sectoraal comité voor de federale overheid, als het sectoraal comité voor de sociale zekerheid en de gezondheid, als het sectoraal comité voor het rijksregister. De machtigingen van dit laatste sectoraal comité vormen een aanvulling op de Koninklijke en Ministeriële besluiten die in het begin van de jaren '80 van de vorige eeuw reeds in uitvoering van de Rijksregisterwet aan de FOD Financiën toegang verleenden tot bepaalde gegevens van het Rijksregister²³⁰³. Deze machtigingen komen aan bod in het kader van de bespreking van de draagwijdte van het recht op privéleven en het recht op bescherming van de persoonsgegevens, hierna. Hier kan reeds worden opgemerkt dat heel wat machtigingen afkomstig zijn van het sectoraal comité voor de sociale zekerheid en de gezondheid, dat toegang kan verstrekken tot verschillende databanken uit de sfeer van de sociale zekerheid, die relevant zijn voor de fiscale administratie.

C. Uitwisseling op verzoek

925. Maar ook de niet-systematische en niet-automatische gegevensstromen afkomstig van andere bestuurlijke overheden maken het voorwerp uit van dit onderzoek.

926. Artikel 327 § 1 tot en met § 3 W.I.B. 1992, dat de wettelijke grondslag vormt voor de inwinning van informatie bij andere bestuurlijke overheidsdiensten, maakt immers in essentie de uitwisseling van informatie mogelijk tussen diverse overheidsdiensten en de FOD Financiën, wanneer er een *verzoek* is van de FOD Financiën. Hoewel de fiscale administratie meent dat een dergelijk verzoek ook kan inhouden dat de aangesproken overheid automatisch bepaalde informatie verstrekt²³⁰⁴, wordt dit standpunt niet gevolgd door de rechtspraak. Vermits artikel 327 § 1 W.I.B. 1992 bepaalt dat het verzoek betrekking moet hebben op informatie die *in het bezit* is van de aangezochte bestuursdienst, wordt aangenomen dat het verzoek niet kan slaan op informatie die in de toekomst nog bij deze overheidsdienst moet toekomen²³⁰⁵. Op deze onduidelijkheid wordt hierna verder ingegaan

²³⁰² Zie bv. beraadslaging nr. FO 27/2016 van 25 augustus 2016 van het sectoraal comité voor de federale overheid

²³⁰³ K.B. van 27 september 1984 waarbij aan sommige overheden van het Ministerie van Financiën toegang wordt verleend tot het Rijksregister van de natuurlijke personen, *BS* 19 oktober 1984; K.B. van 25 april 1986 waarbij sommige overheden van het Ministerie van Financiën gemachtigd worden om het identificatienummer van het Rijksregister van de natuurlijke personen te gebruiken, *BS* 21 mei 1986; M.B. van 27 maart 1987 waarbij sommige ambtenaren van de Administratie der directe belastingen gemachtigd worden om het identificatienummer van het Rijksregister van de natuurlijke personen te gebruiken, *BS* 9 april 1987

²³⁰⁴ Comm.IB 327/13

²³⁰⁵ Zie bv. Antwerpen 27 oktober 2009 (rolnr : 2008/3183), www.monkey.be (inzake verkeersbelastingen, waarvoor de wet van 28 juli 1938 geldt, waarop artikel 327 § 1 W.I.B. 1992 is gebaseerd). In dit arrest wordt bevestigd dat spontane uitwisseling (in casu van de technische diensten inzake keuring aan de fiscale administratie) niet mogelijk is, er kan ook niet worden verzocht om de gegevens die in de toekomst in het bezit zullen zijn van deze technische diensten aan de fiscale administratie over te maken; zie ook eerder al:

(in het kader van de voorzienbaarheid van de wettelijke basis). Het is hoe dan ook duidelijk dat een niet-systematische uitwisseling op grond van deze bepaling uiteraard mogelijk is.

927. Met het oog op de toepassing van artikel 327 W.I.B. 1992 hebben bepaalde ambtenaren van de fiscale administratie daarnaast toegang tot het *Centraal Strafregister*. Ook de informatie afkomstig uit dit register, dat wordt bijgehouden onder het gezag van de minister van Justitie (artikel 589 Sv.), wordt hier besproken. Door de wet van 8 augustus 1997²³⁰⁶ werd een hoofdstuk ingevoegd in het wetboek van strafvordering over het Centraal Strafregister (artikelen 589-602 Sv). Het Centraal Strafregister, is een systeem van geautomatiseerde verwerking waarin bepaalde persoonsgegevens over hoofdzakelijk strafrechtelijke veroordelingen worden geregistreerd, bewaard en gewijzigd (artikel 589 Sv). Dit Centraal Strafregister is precies opgericht met als doelstelling de daarin geregistreerde gegevens mede te delen aan – o.m. – “*de administratieve overheden met het oog op de toepassing van bepalingen waarvoor kennis is vereist van het gerechtelijk verleden van de personen op wie administratieve maatregelen betrekking hebben*” (artikel 589 lid 2, 2° Sv). Het is de Koning die bij een in Ministerraad overlegd besluit en na advies van de Commissie ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer aan bepaalde administratieve overheden toegang kan verlenen tot de in het Centraal Strafregister opgenomen gegevens, zulks steeds uitsluitend in het kader van door of krachtens de wet bepaalde doeleinden (artikel 594 Sv). In artikel 12 van het K.B. van 19 juli 2001 betreffende de toegang van bepaalde openbare besturen tot het Centraal Strafregister²³⁰⁷ werd aan bepaalde ambtenaren van de fiscale administratie toegang verleend tot dit Centraal Strafregister, dit precies met het oog op de toepassing van artikel 327 W.I.B. 1992 (en ook van artikel 319bis W.I.B. 1992, inzake het innen van belastingen, dat hier verder buiten beschouwing wordt gelaten). Deze toegang tot het strafregister is beperkt tot de veroordelingen die een overtreding betreffen op de afdelingen 1 en 2 van hoofdstuk I en op hoofdstuk II van Titel IX van Boek II van het Strafwetboek, op de bescherming van openbare inkomsten of van de economische orde.

Vermits het Centraal Strafregister wordt bijgehouden door de FOD Justitie en dus niet door gerechtelijke overheden²³⁰⁸, wordt de informatie-inzameling via dit Centraal Strafregister in deze onderafdeling besproken. Er is voor deze informatiestroom natuurlijk wel een duidelijke samenhang met de informatiestroom van gerechtelijke overheden, die hierna in onderafdeling 3 wordt besproken, vermits de toegang tot dit Centraal Strafregister wordt gegeven “met het oog op het toepassen van artikel 327 W.I.B. 1992” (zie het artikel 12 van het K.B. van 19 juli 2001 hierboven). Hoewel het K.B. niet uitdrukkelijk verwijst naar de inzage in de strafdossiers die op grond van dit artikel 327 W.I.B. 1992 mogelijk is, moet worden aangenomen dat de toegang tot het Centraal Strafregister uiteraard vooral deze inzage in het strafdossier faciliteert.

Rb. Brussel 30 juni 2008, besproken in *Fisc. Act.* 2008, nr. 32, pag. 1-3, en eerder ook al: Rb. Hasselt 26 mei 2004, *TFR* 2006, 152 met noot D. VAN BELLE (in verband met de uitwisseling van informatie van de Nationale Zuiveldienst die op het moment van de vraag van de fiscale administratie nog niet in bezit is van de Nationale Zuiveldienst). Uit de voorbereidende werken blijkt in ieder geval dat de FOD Financiën niet aan een andere overheidsdienst kan vragen een onderzoek voor haar uit te voeren (*Parl. St. Kamer* 1937-38, 296, 4).

²³⁰⁶ B.S. 24 augustus 2001

²³⁰⁷ B.S. 24 augustus 2001

²³⁰⁸ Die de informatie verwerkt door het Centraal Strafregister nochtans wel aanleveren (artikel 592 Sv. over de verplichting voor de griffies om de gegevens aan te leveren)

D. Actieve meldplichten

928. Bepaalde instanties zijn daarnaast ook verplicht informatie aan de fiscale administratie over te maken, zonder dat de fiscale administratie hierom verzocht heeft. Wat betreft de *actieve vormen van informatieverstrekking*, stelt M. MAUS dat het hier vooral gaat over de melding van een vermoeden van fiscale fraude²³⁰⁹, waarbij hij een onderscheid maakt tussen de directe meldingsplicht van overheidsdiensten (rechtstreekse melding bij de fiscale administraties) en de indirecte meldingsplicht (meldplicht aan het openbaar ministerie dat dan op zijn beurt en in voorkomend geval de fiscale administratie kan inlichten). Deze laatste vorm van actieve medewerking wordt in het kader van dit onderzoek niet besproken. De informatiestroom van het openbare ministerie naar de fiscale administratie komt hierna aan bod in onderafdeling 3.

929. Op dit ogenblik is de enige actieve meldplicht van een bestuurlijke overheidsdienst die nog in het wetboek van de inkomstenbelastingen staat ingeschreven, de meldplicht van de kansspelcommissie²³¹⁰, die de minister van Financiën onverwijld in kennis moet stellen wanneer zij bij een orgaan dat zij controleert, concrete elementen heeft vastgesteld die vermoedelijk wijzen op het bestaan of op de voorbereiding van een mechanisme, gericht op fiscale fraude (artikel 327 § 6 W.I.B. 1992)^{2311, 2312}.

930. Daarnaast is er ook een actieve meldplicht ingeschreven in de wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme (hierna verder de “witwaswet” genoemd)²³¹³. Met name is de cel voor financiële informatieverwerking (afgekort in de wet als “CFI”)²³¹⁴, die belast is met de ontvangst en ontleding de informatie die haar wordt meegedeeld ingevolge de witwasmeldplichten van diverse personen en instanties²³¹⁵, gehouden om het openbaar ministerie in te lichten wanneer uit het onderzoek van de gemelde inlichtingen blijkt dat er een ernstige aanwijzing bestaat van witwassen van geld of financiering van terrorisme²³¹⁶ (artikel 34 van de witwaswet). Wanneer deze mededeling inlichtingen bevat betreffende het witwassen van geld dat *afkomstig* is van een strafbaar feit dat verband houdt met ernstige

²³⁰⁹ M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 301

²³¹⁰ Het gaat over de kansspelcommissie als bedoeld in artikel 9 van de wet van 7 mei 1999 op de kansspelen, de weddenschappen, de kansspelinrichtingen en de bescherming van de spelers, *BS* 30 december 1999

²³¹¹ Ingevoerd bij wet van 7 mei 1999 op de kansspelen, de kansspelinrichtingen en de bescherming van de speler

²³¹² Tot de wet van 15 maart 1999 (*BS* 27 maart 1999) was er ook een meldplicht van de toenmalige Bankcommissie aan de fiscale administratie, die evenwel door voormelde wet werd vervangen door een meldplicht aan het “gerecht”, zodat deze meldplicht hier niet wordt besproken. Vandaag staat deze meldplicht opgenomen in artikel 46 lid 2 van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten (*BS* 4 september 2002): “*De FSMA doet evenwel bij het gerecht aangifte van de bijzondere mechanismen die door een onderneming die onder haar toezicht staat, zijn opgezet met als doel of gevolg fiscale fraude door derden te bevorderen, wanneer zij er kennis van heeft dat deze bijzondere mechanismen voor de onderneming zelf als dader, mededader of medeplichtige, een onder het strafrecht vallend fiscaal misdrijf vormen dat strafrechtelijk kan*”.

²³¹³ *BS* 9 februari 1993

²³¹⁴ De CFI is een administratieve autoriteit met rechtspersoonlijkheid opgericht door artikel 22 § 1 van de witwaswet, belast met het verwerken en verstrekken van informatie met het oog op de bestrijding van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme.

²³¹⁵ Deze meldplichten staan opgesomd in de wet van 11 januari 1993 en betreffen *onder meer* allerhande financiële instellingen, de notarissen, de gerechtsdeurwaarders, en de advocaten in bepaalde gevallen.

²³¹⁶ daaronder begrepen de financiering van proliferatiegevoelige nucleaire activiteiten of van de ontwikkeling van systemen voor de overbrenging van kernwapens

fiscale fraude, al dan niet georganiseerd²³¹⁷, ²³¹⁸ bezorgt de CFI aan de minister van Financiën ter informatie, op dit gebied relevante inlichtingen die voortvloeien uit de doormelding van het dossier aan het openbaar ministerie (artikel 35 § 2, 8^{ste} lid van de witwaswet). Deze informatiestroom van de CFI wordt in deze afdeling besproken omdat de CFI niet kan worden beschouwd als een gerechtelijke overheid, zoals bedoeld in dit onderzoek. Ook voor deze informatiestroom is er evenwel, net als dit het geval is voor de informatiestroom van het Centraal Strafregister, een duidelijke samenhang met de informatiestroom van gerechtelijke overheden, die hierna in onderafdeling 3 wordt besproken. Hoewel de wet dit niet expliciet vermeldt, zal deze meldplicht van de CFI vooral de inzage in de strafdossiers die op grond van dit artikel 327 W.I.B. 1992 mogelijk is, faciliteren.

E. Medewerking van openbare besturen in het kader van het bijhouden van de kadastrale plannen

931. Specifiek wat betreft het onderzoek naar het kadastraal inkomen bepaalt artikel 475, 2° W.I.B. 1992 dat de fiscale administratie van de openbare diensten, instellingen en inrichtingen als bedoeld bij artikel 327 § 1 W.I.B. 1992 kan eisen dat zij zonder kosten een volledig afschrift overleggen van de plannen en bijhorende stukken waarover zij beschikken en die dienstig kunnen zijn voor het bijhouden van de kadastrale plannen. Vermits deze meewerkplicht van de openbare besturen enkel gericht is op het *bijhouden* van de kadastrale plannen en aldus niet bijdraagt tot het bepalen van het kadastrale inkomen (en dus onrechtstreeks tot de vestiging van de inkomstenbelasting), wordt deze vorm van informatie-inwinning ***buiten beschouwing gelaten***, net als dit ook het geval was voor de meewerkplicht die voor datzelfde doeleinde bestaat voor de landmeter-expert (zie afdeling over de inwinning van informatie bij derden).

§ 2 De informatie-inwinning bij andere bestuurlijke overheidsdiensten als inmenging in het privéleven

I. Uitwisseling op grond van artikel 327 W.I.B. 1992 (op verzoek en automatisch)

932. De overheidsdiensten bedoeld in artikel 327 W.I.B. 1992 zijn gehouden bepaalde informatie te verstrekken aan de fiscale administratie. Indien zij dit niet doen, kan de minister van Financiën op grond van artikel 330 W.I.B. 1992, "*vorderen dat de inspecteur van financiën of een afgevaardigde van de Regering optreedt, een commissaris aanwijzen om de nodig geachte inlichtingen in te winnen of de erkenning met het oog op de door de Staat verleende voordelen intrekken*". Van belang in het kader van de beoordeling van een maatregel als inmenging in het privéleven is evenwel het ongewenst karakter van de mededeling in hoofde van de betrokkene. Daarvan is ook hier sprake. De belastingplichtige wordt bij de informatieverstrekking bedoeld in deze afdeling, in geen enkele omstandigheid betrokken.

²³¹⁷ Dit werd gewijzigd door de wet van 15 juli 2013 houdende dringende bepalingen inzake fraudebestrijding (BS 19 juli 2013); voor deze wet diende enkel de "ernstige en georganiseerde fiscale fraude waarbij bijzonder ingewikkelde mechanismes of procedés van internationale omvang worden aangewend", te worden gemeld ²³¹⁸ of van een strafbaar feit dat onder de bevoegdheid van de Algemene Administratie van de Douane en Accijnzen valt

933. De inlichtingen die kunnen worden verstrekt zijn deze die “*de ambtenaar voor de vestiging of de invordering van de door de Staat geheven belastingen nodig acht*”. Andermaal moet worden gesteld dat informatie over *natuurlijke personen*, die nodig is voor de belastingheffing, doorgaans informatie zal zijn die inzicht verleent in het professionele leven, dan wel het private leven van de belastingplichtige, waardoor deze informatie wordt beschermd onder artikel 8 EVRM.

934. De fiscale administratie kan bij andere overheidsdiensten evenwel ook informatie opvragen waarvan kan worden betwijfeld of deze informatie wel een voorbehoudsloze bescherming geniet onder artikel 8 EVRM omdat het informatie betreft die maar weinig informatie prijs geeft over het private of professionele leven van de betrokken persoon en bovendien eerder een publiek karakter heeft. Hierbij kan onder meer worden gedacht aan bepaalde identiteitsinformatie die de fiscale administratie uit het Rijksregister kan bekomen zoals het al dan niet gehuwd zijn, het hebben van kinderen, het beroep, het al dan niet overleden zijn en dergelijke meer. Een uitzondering moet worden gemaakt voor het rijksregisternummer dat, omwille van het feit dat het een uniek identificatiemiddel betreft dat toegang tot meerdere databanken mogelijk maakt, steeds als een gevoelig gegeven moet worden beschouwd, waarvan de verwerking altijd een inmenging in het privéleven vormt²³¹⁹.

In het kader van de inzameling van andere eerder publieke gegevens die maar weinig prijsgeven over het private of professionele leven van de betrokkene, dient de rechtspraak van het EHRM in herinnering te worden gebracht waarin bij de beoordeling van de vraag of er dan sprake is van een inmenging in het privéleven, rekening wordt gehouden met een hele reeks *contextuele elementen*. Het gaat onder meer over de aard van de gegevens, de context waarin de informatie werd vergaard en bewaard, de aard van de databanken waarin de informatie wordt opgeslagen en de wijze waarop deze databanken verder worden gebruikt en de resultaten die kunnen worden bereikt²³²⁰. Zo kan het verzamelen van dergelijke eerder publieke informatie, gevolgd door het verder doorgeven ervan als inmenging in het privéleven worden beschouwd²³²¹, waardoor D. DE BOT verdedigt dat het systematisch doorgeven van persoonsgegevens in het kader van bestuurlijke samenwerking, steeds als een inmenging in het privéleven moet worden beschouwd²³²². Ook de weigering om toegang te verschaffen tot de door de overheid opgeslagen persoonsgegevens, zelfs indien ze eerder publiek zijn (zoals bijvoorbeeld het beroep), zodat de correctheid van deze persoonsgegevens in voorkomend geval kan worden gecontroleerd, dient als privacyinvasief te worden beschouwd²³²³ en draagt bij tot de beoordeling van de vraag of de informatie (waartoe geen toegang werd verleend) rechtsbescherming geniet. Ook het verzamelen van

²³¹⁹ HvJ 17 oktober 2013, C-291/12 SCHWARZ, overweging 30; Zie EHRM 11 december 1985, LUNDVALL/Zweden; D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*. Brussel, Politeia 2015, 117; D. DE BOT, “Artikel 22 Grondwet en het onderscheid tussen privacyrecht en gegevensbeschermingsrecht. Een formele wet is niet altijd nodig wanneer de overheid gegevens verwerkt, maar toch vaak”, *CDPK* 2013, 366

²³²⁰ EHRM 4 december 2008, S. AND MARPER/VK (§ 67)

²³²¹ Zie voor deze redenering EHRM 29 juni 2006, WEBER en SARAVIA (§79); zie ook HvJ 20 mei 2003, C-465/00, C-138/01 en C-139/01, OSTERREICHISCHER RUNDFUNK, overweging 73-74

²³²² D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*. Brussel, Politeia 2015, 122

²³²³ EHRM 26 maart 1987, LEANDER/Zweden (§48); EHRM 4 mei 2000, ROTARU/Roemenie (§44); EHRM 27 oktober 2009, HARALAMBIE/Roemenië (§79); EHRM 13 november 2012, JOANNA SZULC/Polen (§82)

persoonsgegevens met het oog op profilering wordt doorgaans als een inmenging in het privéleven beschouwd, ook al zijn de persoonsgegevens eerder publiek²³²⁴. Wat betreft de hiervoor vernoemde voorbeelden van gegevens die uit het Rijksregister worden bekomen en die eerder publiek van aard zijn (zoals het al dan niet gehuwd zijn, het al dan niet hebben van kinderen en dergelijke meer) lijkt een genuanceerde conclusie zich op te dringen. Dergelijke gegevens mogen in principe wel worden ingezien²³²⁵. Een aantal van de via het Rijksregister bekomen gegevens wordt ook niet doorgegeven aan derden, zoals blijkt uit bepaalde machtigingen van het sectoraal comité voor het Rijksregister (zie bijvoorbeeld de machtiging van het sectoraal comité voor het Rijksregister nr. 10/2015 waarin de toegang tot de gegevens in verband met de afstamming wordt gemachtigd en waarin de sectoraal comité nota neemt van de mededeling van de FOD Financiën dat deze gegevens, wanneer ze worden verwerkt voor doeleinden van inkomstenbelastingen, niet worden doorgegeven aan derden). De gegevens van het Rijksregister waar de FOD Financiën toegang toe heeft, lijken daarentegen wel allemaal – via de eigen toepassing SITRAN (zie onder meer randnummer 294) – te worden toegevoegd aan het datawarehouse (zie beraadslaging FO nr. 08/2015 van het sectoraal comité voor de federale overheid van 19 maart 2015), zodat deze gegevens – die op zich weinig informatie prijsgeven over het private of professionele leven van de betrokkene - mee de basis vormen voor het selecteren van natuurlijke personen voor controle, door het combineren van deze gegevens in het kader van de opmaak van een (fraudeurs)profiel. Hierdoor dient de inzameling van deze eerder “onschuldige” gegevens vanuit het oogpunt van het recht op privéleven, toch als een inmenging in het privéleven te worden beschouwd.

935. Indien de informatieverstrekking door andere bestuurlijke overheden een *rechtspersoon* betreft, zal er minder snel sprake zijn van een inmenging in het privéleven. Dit zal in principe slechts het geval zijn wanneer de betrokken rechtspersoon met een natuurlijke persoon kan worden gelijkgesteld. Zoals hierboven opgemerkt terzake de inzameling van informatie binnen de FOD Financiën, zal informatie die voortkomt uit communicatie tussen personen, of confidentiële commerciële informatie (welke eveneens wordt beschermd onder artikel 8 EVRM, ook voor rechtspersonen) doorgaans niet kunnen worden verstrekt door bestuurlijke overheidsdiensten.

II. Toegang tot het Centraal Strafregister

936. De toegang tot het Centraal Strafregister vormt wel duidelijk een inmenging in het privéleven van de *natuurlijke personen* over wie er op deze wijze informatie wordt verstrekt aan de fiscale administratie. De toegang gebeurt immers steeds zonder tussenkomst van de betrokkene en de informatieoverdracht is in hoofde van deze betrokkene steeds ongewild. De informatie die door deze toegang tot het Centraal Strafregister ter kennis komt van de fiscale administratie is daarnaast steeds informatie over het privéleven van de betrokken natuurlijke persoon. Deze informatie over het privéleven van de natuurlijke persoon dient

²³²⁴ D. DE BOT, *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*. Brussel, Politeia 2015, 121; HvJ 13 mei 2014, C-131/12 GOOGLE SPAIN

²³²⁵ Zie de voorbereiding van de wet van 3 augustus 2012 waarin - onder meer - de inzagerechten van de betrokkene worden beperkt en waarin wordt gesteld dat de fiscale administratie nooit zal kunnen beslissen dat de inzage van de “basisgegevens” van het fiscaal dossier, die ook beschikbaar zijn via het portaal www.myminf.be, niet kunnen worden ingezien (*Parl. St. Kamer*, 2012-2013, 53-2756/001, 57)

bovendien als een gevoelig gegeven te worden beschouwd in de zin van het persoonsgegevensbeschermingsrecht, dat doorwerkt in de rechtspraak van het EHRM inzake artikel 8 EVRM. De gegevens die in het Centraal Strafregister zijn opgenomen (artikel 590 Sv.) en die toegankelijk kunnen worden gesteld van administratieve overheden (artikel 594 Sv. sluit bepaalde informatie uit van toegankelijkheid voor administratieve overheden, waaronder de fiscale administratie²³²⁶) betreffen immers in hoofdzaak de veroordelingen tot criminele, correctionele of politiestrafen alsook beslissingen in strafzaken genomen door buitenlandse rechtscolleges ten aanzien van Belgen of rechtspersonen die hun maatschappelijke zetel of een exploitatiezetel in België hebben, die krachtens internationale overeenkomsten of een regel van afgeleid recht van de Europese Unie waardoor België is gebonden, ter kennis van de Belgische regering worden gebracht²³²⁷. Dit zijn bij uitstek de gerechtelijke gegevens die in het persoonsgegevensbeschermingsrecht een afzonderlijke bescherming krijgen.

937. In het Centraal Strafregister staan ook de gegevens van rechtspersonen geregistreerd. Dit werd uitdrukkelijk wettelijk geregeld door de artikelen 17 en volgende van de wet van 25 december 2016^{2328 2329}. De fiscale administratie kan bijgevolg binnen de krijtlijnen van de bij KB verleende machtiging ook toegang hebben tot de gegevens van rechtspersonen die in dit Centraal Strafregister zijn opgenomen. Voor *rechtspersonen* zal er evenwel er maar sprake zijn van een inmenging in het privéleven ten gevolge van de toegang tot het Centraal Strafregister wanneer de betrokken rechtspersoon met een natuurlijke persoon kan worden gelijkgesteld.

III. De actieve meldplichten

938. De informatieverstrekking van de *kansspelcommissie* (artikel 327 § 6 W.I.B. 1992) zal steeds informatie betreffen over personen die kansspelen exploiteren. Vermits dit doorgaans rechtspersonen zullen zijn, zal er bij de informatieverstrekking door de kansspelcommissie wellicht slechts zelden sprake zijn van een inmenging in het privéleven. Deze vorm van informatieverstrekking wordt daarom verder **buiten beschouwing** gelaten.

939. De meldplicht van de *CFI* zal veel vaker een inmenging in het privéleven kunnen vormen. Een melding door de CFI aan de minister van Financiën zal vooreerst steeds plaatsvinden zonder enige tussenkomst van de betrokkene. De informatieoverdracht is in hoofde van deze betrokkene dan ook steeds ongewild. De informatie die daarnaast door de

²³²⁶ Het betreft hier onder meer de beslissingen tot opschorting van de uitspraak van de veroordeling en tot probatie- opschorting of tot vaststelling van het verval van de strafvordering met toepassing van artikel 216 bis § 2 Sv (mannelijke schikking).

²³²⁷ Er wordt geen toegang verleend tot gegevens betreffende veroordelingen tot gevangenisstraffen van ten hoogste zes maanden, tot veroordelingen bij eenvoudige schuldverklaring, tot geldboetes van ten hoogste 500 EUR en tot geldboetes, ongeacht het bedrag ervan, die zijn opgelegd krachtens het K.B. van 16 maart 1968 tot coördinatie van de wetten betreffende de politie over het wegverkeer, dit na een termijn van drie jaar te rekenen van de dag van de rechterlijke beslissing waarbij zij zijn uitgesproken, behalve indien deze veroordelingen een vervallenverklaring of een ontzetting inhouden waarvan de gevolgen zich over meer dan drie jaar uitstrekken, uitgesproken in het vonnis of waarvan die overheden absoluut kennis moeten hebben om een wets- of verordeningbepaling te kunnen toepassen.

²³²⁸ BS 30 december 2016

²³²⁹ De opname van de gegevens van rechtspersonen in het Centraal Strafregister was reeds lange tijd het geval zonder dat hiervoor een wettelijke basis bestond: zie hierover: P. BAX, "Opname rechtspersonen in centraal strafregister mag niet, maar gebeurt wel", *Juristenkrant* 2006, afl. 131, 13; zie ook memorie van toelichting bij de wet van 25 december 2016, *Parl. St. Kamer*, doc 54, nr. 1986/001, 4, 11, 13

CFI aan de minister van Financiën wordt meegedeeld, betreft informatie die “relevant is” op het gebied van de ernstige fiscale fraude, al dan niet georganiseerd en die voortvloeit uit de doormelding van een dossier aan de procureur des Konings of de federale procureur (artikel 35 § 2, 8^{ste} lid van de witwaswet). Het gaat dus om een doormelding van inlichtingen betreffende het witwassen van geld, dat afkomstig is van een strafbaar feit dat verband houdt met ernstige fiscale fraude, al dan niet georganiseerd (het zogenaamde “basismisdrijf” is dus een fiscaal misdrijf). Alleen de fiscaal relevante inlichtingen worden doorgegeven aan de minister van Financiën, waarvan hierboven reeds verschillende keren is toegelicht dat fiscaal relevante informatie over *natuurlijke personen*, informatie zal zijn, die inzicht verleent in het professionele leven, dan wel het private leven van de belastingplichtige, waardoor deze informatie wordt beschermd onder artikel 8 EVRM. Het feit dat de doormelding van deze informatie door de CFI al minstens met zich meebrengt dat de minister van Financiën op die manier te weten komt dat de betrokken natuurlijk persoon van een witwasmisdrijf én een fiscaal misdrijf wordt verdacht, is overigens steeds private informatie over deze natuurlijke persoon die wordt beschermd door artikel 8 EVRM. Vanuit het oogpunt van het persoonsgegevensbeschermingsrecht is deze informatie van de CFI bovendien een gevoelig gegeven. Gelet op de doorwerking van het persoonsgegevensbeschermingsrecht in de rechtspraak van het EHRM, zal ook het EHRM een dergelijk gerechtelijk gegeven²³³⁰ wellicht als bijzonder gevoelig beschouwen.

940. Voor rechtspersonen zal er maar sprake zijn van een inmenging in het privéleven ten gevolge van de melding van de CFI aan de minister van Financiën wanneer de betrokken rechtspersoon met een natuurlijke persoon kan worden gelijkgesteld. De melding van de CFI zal in principe geen informatie bevatten die voortkomt uit communicatie tussen personen, of confidentiële commerciële informatie (welke eveneens wordt beschermd onder artikel 8 EVRM, ook voor rechtspersonen).

§ 3 De legaliteitsvereiste en de inwinning van informatie bij andere bestuurlijke overheidsdiensten

I. Algemeen

941. In de mate dat de inwinning van informatie afkomstig van andere bestuurlijke overheidsdiensten, met inbegrip van de CFI en het Centraal Strafregister, als een inmenging in het privéleven kan worden beschouwd, wat vaak het geval zal zijn, dient deze inwinning van informatie gebaseerd te zijn op een formele wet omwille van artikel 8 EVRM en artikel 22 GW. Hierna wordt de wettelijke basis van de inwinning van informatie van de CFI (actieve

²³³⁰ Merk wel op dat de huidige Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens de verdenkingen inzake misdrijven duidelijk tot de gevoelige gerechtelijke gegevens beschouwd (“*persoonsgegevens inzake geschillen voorgelegd aan hoven en rechtbanken alsook aan administratieve gerechten, inzake verdenkingen, vervolgingen of veroordelingen met betrekking tot misdrijven, of inzake administratieve sancties of veiligheidsmaatregelen*” (artikel 8 § 1 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens)), terwijl dit onder de Verordening 2016/679 niet zo duidelijk meer is vermits de gerechtelijke gegevens worden omschreven als “*de gegevens betreffende strafrechtelijke veroordelingen en strafbare feiten of daarmee verband houdende veiligheidsmaatregelen*”, waarbij de vraag rijst of ook de verdenkingen wel onder deze omschrijving vallen. Gelet op het feit dat de Verordening 2016/679 tot doel heeft een hoog beschermingsniveau voor persoonsgegevens te bekomen, werd hierboven verdedigd dat dit wellicht wel het geval is, rekening houdend met het feit dat verdenkingen zelfs gevoeliger van aard lijken dan gegevens over veroordelingen waarbij de strafrechtelijke overtreding is vastgesteld.

meldplicht op basis van de witwaswet) en de wettelijke basis voor de toegang tot het Centraal Strafreregister, afzonderlijk besproken van de inwinning van informatie van de andere bestuurlijke overheidsdiensten (artikel 327 § 1 W.I.B. 1992). De eerste twee vormen van informatieverstrekking zijn immers weinig problematisch op het vlak van de voorzienbaarheid.

II. Inwinning van informatie op basis van artikel 327 § 1 tot § 3 W.I.B. 1992

A. Inleiding

942. Het hierboven vermeld wettelijk kader inzake de dienstenintegratoren met het daaraan gekoppelde (wettelijk) principe van de unieke gegevensinzameling, vormen de regels betreffende *organisatiestructuur* waarbinnen de uitwisseling van informatie tussen overheidsbesturen plaatsvindt²³³¹. Deze regels vormen niet de wettelijke grondslag die de inzameling van informatie toelaat.

943. De wettelijke grondslag die de hier bedoelde gegevensinstroom toelaat moet worden gevonden in artikel 327 § 1 tot § 3 W.I.B. 1992. Deze wettelijke bepaling is ruim omschreven en kent zowel wat betreft de voorzienbaarheid van de uitvoeringswijze, als de voorzienbaarheid van het toepassingsgebied bepaalde problemen. Het probleem inzake de voorzienbaarheid van de uitvoeringswijze is vrij essentieel, waardoor het hier eerst wordt behandeld.

B. Voorzienbaarheid van de uitvoeringswijze

944. Hierboven werd reeds aangehaald dat artikel 327 § 1 tot en met § 3 W.I.B. 1992 de uitwisseling van informatie mogelijk maakt tussen diverse overheidsdiensten en de fiscale administratie *op verzoek* van de fiscale administratie. De administratie die (in casu) belast is met de heffing van de inkomstenbelastingen moet dus om de informatie vragen. De wetgever heeft bij de invoering van dit artikel reeds duidelijk gemaakt dat het artikel niet toelaat een andere bestuursoverheid voor de kar te spannen en informatie mee te delen die de verzoekende (fiscale) administratie niet zelf kon bekomen.

945. De rechtspraak aanvaardt doorgaans ook niet dat spontane medewerking kan²³³², al is er ook rechtspraak die meent dat deze bepaling inhoudt dat bestuursdiensten niet verplicht zijn informatie mee te delen aan de fiscale administratie, wanneer zij hiertoe niet zijn aangezocht. Dit houdt volgens deze rechtspraak in dat het deze bestuursdiensten ook

²³³¹ D. DE BOT, *E-government in het federale België*, Brussel, Politeia, 2015, 223 en 252

²³³² Antwerpen 14 september 1992, *Fisc. Koer.* 1992, 567 (ivm spontane uitwisseling van het Nationaal Kantoor der Roerende Waarden); rb. Brussel 30 juni 2008, *Fiscoloog* 2008, nr. 1126, 1 (inzake spontane gegevensuitwisseling met DIV); Antwerpen 27 oktober 2009 (rolnr : 2008/3183), www.monkey.be (inzake verkeersbelastingen, waarvoor de wet van 28 juli 1938 geldt, waarop artikel 327 § 1 W.I.B. 1992 is gebaseerd). In dit arrest wordt bevestigd dat spontane uitwisseling (in casu van de technische diensten inzake keuring aan de fiscale administratie) niet mogelijk is; Antwerpen 3 februari 2015 (2013/AR/2792), www.monkey.be (inzake de spontane uitwisseling van informatie door de FOD Mobiliteit en vervoer (directoraat generaal Maritiem Vervoer)(dit arrest werd verbroken door het Hof van Cassatie bij arrest van 10 februari 2017 omdat het Hof de aanslagen had vernietigd zonder toepassing te maken van de Antigoonleer); Gent 13 oktober 2015, *RGCF* 2016, afl. 3, 236. Dit standpunt wordt doorgaans gevolgd door de rechtsleer: P. GABRIEL, "De bevoegde ambtenaar in artikel 327 WIB: Antwerpse hof houdt (soms) dapper stand", noot onder Antwerpen 28 april 2009, *RABG* 2010, afl. 9, 590-595; M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 272

niet verboden is spontaan informatie over te maken²³³³. Het Hof van Cassatie heeft zich over deze kwestie nog niet uitgesproken.

946. Waar de wet ook niet duidelijk over is, is de vraag of een dergelijk verzoek tot informatie ook kan inhouden dat de aangesproken overheid *automatisch* en *systematisch* bepaalde informatie verstrekt. Hoewel de wetgever een dergelijk “systematisch uitpluizen van andere overheidsdiensten” niet op het oog had²³³⁴, meent de fiscale administratie dat zij wel de automatische en systematische uitwisseling kan uitlokken²³³⁵. Dit standpunt wordt niet gevolgd door de rechtspraak, al is er ook hier geen uitspraak van het Hof van Cassatie daarover. In de rechtspraak wordt doorgaans geredeneerd dat het verzoek betrekking moet hebben op informatie die *in het bezit* is van de aangezochte bestuursdienst, waardoor het verzoek niet kan slaan op informatie die in de toekomst nog bij deze overheidsdienst moet toekomen²³³⁶. In tegenstelling tot de tekst van het huidige artikel 335 W.I.B. 1992 dat is ontstaan in een context van e-government (zie de programmawet van 23 december 2009), en die duidelijk als bedoeling had automatische uitwisseling van informatie mogelijk te maken, is de huidige tekst van artikel 327 W.I.B. 1992 nog steeds gebaseerd op de wet van 28 juli 1938. Het is duidelijk dat de wetgever toen geen elektronische uitwisseling voor ogen had. Hoewel ook een niet-elektronische uitwisseling van informatie op verzoek in principe ook met enige regelmaat (systematisch) kan gebeuren, rijst wel de vraag wat de draagwijdte is die dan moet worden gegeven aan het feit dat de wet melding maakt van het feit dat de gevraagde informatie “in het bezit” moet zijn van de bevroegde overheidsinstelling. Moet de gevraagde informatie in het bezit zijn van de bevroegde overheidsdienst op het moment dat de vraag wordt gesteld, of niet?

Het huidige wetgevend kader voor de inzameling van informatie bij andere bestuurlijke overheidsdiensten buiten de FOD Financiën lijkt dan ook onvoldoende voorzienbaar om een automatische en systematische gegevensstroom naar de fiscale administratie toe, toe te laten. Hetzelfde geldt voor het spontaan verstrekken van informatie door andere overheidsdiensten aan de fiscale administratie. Verduidelijking lijkt zich op te dringen, opdat de betrokkene weet waar hij aan toe is.

947. Voor het overige lijkt de wijze van uitvoering voldoende voorzienbaar. De overheidsdiensten kunnen niet alleen verplicht worden om inlichtingen te verstrekken, maar ook om “*van alle in hun bezit zijnde akten, stukken, registers en om het even welke bescheiden inzake te verlenen*”. Het gaat hier dus in wezen om een boekenonderzoek²³³⁷. De ambtenaren van de betrokken overheidsdiensten kunnen evenwel niet verplicht worden zich

²³³³ Rb. Namen 22 september 2010, *RGCF*, afl 1, 81

²³³⁴ *Parl. St. Kamer, 1937-1938*, 263, 3

²³³⁵ *Comm. IB 327/13*

²³³⁶ Antwerpen 27 oktober 2009 (rolnr : 2008/3183), www.monkey.be (inzake verkeersbelastingen, waarvoor de wet van 28 juli 1938 geldt, waarop artikel 327 § 1 W.I.B. 1992 is gebaseerd). In dit arrest wordt bevestigd dat spontane uitwisseling (in casu van de technische diensten inzake keuring aan de fiscale administratie) niet mogelijk is, er kan ook niet worden verzocht om de gegevens die in de toekomst in het bezit zullen zijn van deze technische diensten aan de fiscale administratie over te maken; zie ook eerder al: Rb. Brussel 30 juni 2008, besproken in *Fisc. Act.* 2008, nr. 32, pag. 1-3, en eerder ook al: Rb. Hasselt 26 mei 2004, *TFR* 2006, 152 met noot D. VAN BELLE (in verband met de uitwisseling van informatie van de Nationale Zuiveldienst die op het moment van de vraag van de fiscale administratie nog niet in bezit is van de Nationale Zuiveldienst).

²³³⁷ M.MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 268

hiervoor te verplaatsen. Deze laatste vereiste lijkt in tijden van elektronische communicatie achterhaald te zijn.

C.Voorzienbaarheid van het toepassingsgebied

1.Inleiding

948. Het toepassingsgebied van artikel 327 § 1 tot 3 W.I.B. 1992 is, net als artikel 335 W.I.B. 1992 zeer ruim geformuleerd. Hierdoor rijzen er gelijkaardige vraagstukken inzake voorzienbaarheid. De voorzienbaarheidsvraagstukken zijn vooral het gevolg van de ruime en onduidelijke omschrijving van de instanties die tot medewerking verplicht zijn.

2.De verstreckende overheidsinstantie

a.Het begrip bestuursdienst benaderd vanuit het criterium van de scheiding der machten

949. Wat betreft de overheidsdiensten die tot medewerking verplicht zijn, is de wet zeer ruim. Het gaat over *“alle bestuursdiensten van de Staat, met inbegrip van de parketten en de griffies der Hoven en van alle rechtscolleges, alle besturen van de Gemeenschappen, de Gewesten, de provincies, de agglomeraties, de federaties van gemeenten en de gemeenten zomede de openbare instellingen en inrichtingen”*.

950. Het begrip “bestuursdienst” of “bestuur” wordt niet gedefinieerd door het wetboek inkomstenbelastingen. In de titel van de afdeling waartoe artikel 327 W.I.B. 1992 behoort, wordt het begrip “openbare dienst” gebruikt²³³⁸. Ook dit begrip wordt in het W.I.B. 1992 niet gedefinieerd. Geen van de gehanteerde begrippen wordt ook in andere wetten eenduidig gedefinieerd, vermits deze begrippen worden ingevuld door de wetgever in functie van de context van de wet waarin de omschrijving is opgenomen²³³⁹. Het feit dat het begrip “bestuursdienst” niet gedefinieerd wordt, vormt een probleem vanuit het oogpunt van de voorzienbaarheid van de wet. De voorbereidende werken van de wet²³⁴⁰ en de commentaar van de fiscale administratie op het wetboek kunnen bijdragen tot de verduidelijking van de vage begrippen gehanteerd door de wet. Evenwel dragen zij hiertoe slechts in beperkte mate bij, zoals hierna zal blijken.

951. Nu de wet zelf geen uitsluitel geeft over de betekenis van het begrip “bestuursdienst”, kan eventueel worden teruggevallen op de gebruikelijke betekenis die aan het begrip wordt gegeven in de Belgische rechtsorde. Hoewel het begrip ook niet eenduidig wordt omschreven door de wetgever wanneer het wordt aangewend in andere wetten, kan wel worden gesteld dat het begrip “bestuur” of “bestuursdienst” gebruikelijk wordt gesitueerd binnen de uitvoerende macht, met uitsluiting van de wettelijke of de rechterlijke

²³³⁸ De afdeling draagt de titel “plichten van een openbare diensten, instellingen en inrichtingen”

²³³⁹ zie hierover: R. TIJS, *Algemeen bestuursrecht in hoofdlijnen*, Intersentia, 2012, 70 ev. TIJS merkt overigens op dat het begrip “bestuursinstantie” eerder in Vlaamse regelgeving wordt gebruikt (o.m. in het openbaarheidsdecreet, het klachtendecreet). Hij stelt terzake dat in een federaal staatsmodel niet kan verwacht worden dat de ene wetgever zich conformeert aan de invulling die aan een begrip wordt gegeven door een andere wetgever.

²³⁴⁰ Merk op dat bij de invoering van de wet in 1938 er gebruik werd gemaakt van het begrip “administratieve dienst”. Dit begrip is even problematisch als het begrip “bestuursdienst”.

macht²³⁴¹. De wetgever lijkt bij de invoering van dit wetsartikel bij wet van 28 juli 1938 ook deze benadering voor ogen te hebben gehad. Het zou immers verklaren waarom de wetgever het nodig heeft geacht om de parketten en griffies van de hoven en rechtbanken²³⁴² uitdrukkelijk toe te voegen aan het toepassingsgebied van artikel 327 W.I.B. 1992. De *griffies* worden immers traditioneel beschouwd als een onderdeel van de rechterlijke macht²³⁴³ alhoewel zij tegelijkertijd vaak ook een onduidelijk hybride statuut toegewezen krijgen doordat zij weliswaar enerzijds als organen worden beschouwd die de rechters bijstaan in hun ambtsverrichtingen waardoor ze in die functie een onderdeel vormen van de rechterlijke macht, terwijl ze anderzijds ook worden beschouwd als openbare ambtenaren met weliswaar gerechtelijke taken²³⁴⁴. Het *openbaar ministerie* heeft dit hybride statuut nog sterker²³⁴⁵. Uit de Grondwet moet in wezen worden afgeleid dat het openbaar ministerie strikt gezien geen deel uitmaakt van de rechterlijke macht (onder meer uit artikel 40 van de Grondwet waarin wordt gesteld dat de rechterlijke macht wordt uitgeoefend door de hoven en rechtbanken, en ook uit artikel 151 van de Grondwet dat de bevoegde minister nog steeds het recht verleent om de vervolging te bevelen en om de bindende richtlijnen van het strafrechtelijk beleid, inclusief die van het opsporings- en vervolgingsbeleid, vast te leggen)²³⁴⁶. Nochtans deelt het gerechtelijk wetboek het openbaar ministerie in bij de organen van de rechterlijke macht²³⁴⁷ en heeft het openbaar ministerie niet alleen uitvoerende taken (waaronder het opsporen en vervolgen van misdrijven²³⁴⁸) maar ook taken van gerechtelijke aard (waaronder de uitoefening van de strafvordering²³⁴⁹ of het advies ter zitting). Bij de uitvoering van deze laatste taken kan de minister op geen enkele wijze het openbaar ministerie beïnvloeden²³⁵⁰. Aangenomen dat zowel de griffies als de parketten in een ruim begrip ook als onderdeel van deze uitvoerende macht moeten worden gerekend, lijkt het logisch dat de wetgever heeft willen verduidelijken dat ook deze “bestuursdiensten” een meewerkplicht hebben.

952. Aangenomen dat de wetgever het begrip “bestuursdienst” heeft willen benaderen vanuit het criterium van de scheiding der machten, lijkt het duidelijk dat met name de

²³⁴¹ Zie bijvoorbeeld: R. TIJS, *Algemeen bestuursrecht in hoofdlijnen*, Intersentia, 2012, 70

²³⁴² Later zouden de woorden “en de rechtbanken” worden vervangen door “en alle rechtscolleges”, met de bedoeling ook de administratieve rechtscolleges onder het toepassingsgebied van de wet te laten vallen (zie Comm.IB 327/3 en 327/12)

²³⁴³ De griffie wordt geregeld in de artikelen 163 ev. van het Ger.W., die deel uitmaken van een titel III (gerechtspersoneel), dat onderdeel uitmaakt van een boek I “organen van de rechterlijke macht”. Bij de invoering van de afzonderlijke titel III over het gerechtspersoneel in het algemeen en de artikelen over de griffie in het bijzonder door de wet van 25 april 2007 (*BS* 1 juni 2007), wordt door de wetgever bevestigd dat de doorgevoerde hervormingen, die nochtans geïnspireerd waren op de copernicushervormingen inzake het personeel van de federale overheid, geenszins tot doel hadden het gerechtspersoneel te “ambtenariseren” omdat zij nog steeds deel uitmaken van de rechterlijke macht (memorie van toelichting bij de wet van 25 april 2007, *Parl. St. Senaat*, 3-2009/1).

²³⁴⁴ Dit duaal statuut wordt onder meer bevestigd door de Raad van State (advies RvS bij de wet van 17 februari 1997 tot wijziging van de wet van 19 december 1974 over de betrekkingen tussen de overheid en de vakbonden van haar personeel, *Gedr. St. Kamer*, 1995-1996, nr. 645/11, 16-17). Zie hierover ook: G. VERSCHULDEN en S. VOET, *Basisbegrippen van het recht*, Leuven, Acco, 2014, 109

²³⁴⁵ Zie onder meer: J. VANDE LANOTTE; G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS, T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2014, 199 ev

²³⁴⁶ J. VANDE LANOTTE; G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS, T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2014, 199 ev

²³⁴⁷ Het openbaar ministerie wordt geregeld in de artikelen 137 tot en met 156 Ger.W. die deel uitmaken van een titel II over het openbaar ministerie, dat eveneens onderdeel uitmaakt van een boek I “organen van de rechterlijke macht”.

²³⁴⁸ De leden van het openbaar ministerie hebben in die context de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie (artikel 9 Sv.)

²³⁴⁹ Artikel 138 Ger.W., artikel 1 VTSv., artikelen 122, 138, 145 en 182 Sv.

²³⁵⁰ J. VANDE LANOTTE; G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS, T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2014, 202

vrede rechters, de rechters in de politierechtbanken, de rechtbanken van eerste aanleg, de arbeidsrechtbanken en de rechtbanken van koophandel en de raadsheren in het hof van beroep, het arbeidshof en het Hof van Cassatie (artikel 59 tot 135 Ger.W.) niet kunnen worden beschouwd als bestuursdienst (artikel 40 van de Grondwet) en dus ook niet kunnen worden aangesproken door de fiscale administratie in het kader van de inzameling van informatie. Daarnaast zijn er nog een reeks functies binnen de organisatie van de rechterlijke orde, waarvan weliswaar niet met zoveel duidelijkheid kan worden gesteld dat zij deel uitmaken van de rechterlijke macht (zie het criterium van artikel 40 van de GW), maar die anderzijds duidelijk niet onder het toepassingsgebied vallen van artikel 327 W.I.B. 1992 omdat de wetgever met name enkel de griffies en het openbaar ministerie heeft genoemd als “bestuursdiensten” die tot medewerking verplicht zijn. Het gaat ook over functies die op het moment van het tot stand komen van de wet van 28 juli 1938 nog niet bestonden: de referendarissen bij het Hof van Cassatie (artikel 135 bis Ger.W.), de referendarissen bij de hoven van beroep, de arbeidshoven en de rechtbanken (artikel 162 Ger.W.) en het personeel verbonden aan de steundienst die door de Koning kan worden opgericht en die instaat voor het advies aan en ondersteuning van de korpschefs in diverse domeinen, waaronder juridische bijstand, personeelsbeleid, gebouwen en materiële uitrusting, administratief beheer, alsmede informaticabeheer (artikel 177 tot 178/1 Ger.W.). Ook deze personen kunnen *niet* worden aangesproken in het kader van artikel 327 W.I.B. 1992.

953. Er bestaan evenwel nog een aantal “overheidsdiensten” met een enigszins hybride dan wel bijzonder statuut, waarvan de vraag rijst of zij moeten worden gerekend tot de bestuursdiensten die onder het toepassingsgebied van artikel 327 W.I.B. 1992 vallen.

Een eerste voorbeeld zijn de administratieve rechtscolleges. Deze vormen een duidelijk onderdeel van de uitvoerende macht, maar hebben een rechtsprekende functie. De wetgever lijkt er hier wel duidelijk voor te hebben gekozen om althans de griffies van deze administratieve rechtscolleges onder het toepassingsgebied van artikel 327 W.I.B. 1992 te laten vallen. De wet vermeldt immers dat “de parketten en griffies der Hoven en *van alle rechtscolleges*” moeten worden begrepen onder het toepassingsgebied van artikel 327 W.I.B. 1992. Door de wet van 20 november 1962 werd het woord “rechtbanken” vervangen door “alle rechtscolleges”²³⁵¹, wat impliceert dat ook de *griffies* van de administratieve rechtscolleges, onder meer de Raad van State en het Rekenhof, tot de meewerkplicht gehouden zijn²³⁵². Gelet op de uitdrukkelijke vermelding dat het moet gaan over de griffies van deze rechtscolleges, moet worden aangenomen dat andere leden verbonden aan deze administratieve rechtscolleges, niet tot enige meewerkverplichting gehouden zijn.

Een ander voorbeeld zijn de *gerechtsdeurwaarders*. Zij worden doorgaans beschouwd als een hulporgaan voor zowel de uitvoerende als de rechtelijke macht²³⁵³. Nochtans wordt hun functie uitdrukkelijk geregeld in een afzonderlijk boek IV van het gerechtelijk wetboek en dus niet in boek I over de “organen van de rechterlijke macht”. Artikel 509 van het Ger.W. bepaalt bovendien uitdrukkelijk dat gerechtsdeurwaarders “openbare ambtenaren en ministeriële officieren” zijn en het gerechtelijk wetboek bevat ook een regeling om de

²³⁵¹ Comm.IB 327/3

²³⁵² Comm.IB 327/13

²³⁵³ G. VERSCHULDEN en S. VOET, *Basisbegrippen van het recht*, Leuven, Acco, 2014, 114

“continuïteit van de openbare dienst” te kunnen verzekeren (artikel 523 ev. Ger.W.). Hoewel de gerechtsdeurwaarders dus onderdeel lijken te vormen van de uitvoerende macht, staan zij in voor de eigen werkingskosten en oefenen in die zin een vrij beroep uit. In die context lijken zij eerder onder het toepassingsgebied van artikel 322 en 323 W.I.B. 1992 te vallen en kunnen zij niet als een bestuursdienst worden gezien in de zin van artikel 327 W.I.B. 1992. Hetzelfde geldt voor de notaris, die eveneens een openbaar ambtenaar is (artikel 1 van de wet 16 maart 1803 tot regeling van het notarisambt) en voor de eigen werkingskosten instaat. Zijn meewerkplicht vloeit voort uit de artikelen 322 en 323 W.I.B. 1992²³⁵⁴. De stelling dat de gerechtsdeurwaarder door de fiscale administratie kan worden aangesproken op grond van artikel 322 en 323 W.I.B. 1992 en niet op grond van artikel 327 W.I.B. 1992, heeft tot gevolg dat wanneer de gerechtsdeurwaarder wordt aangesproken om stukken in verband met een gerechtelijke procedure mee te delen aan de fiscale administratie (bijvoorbeeld te betekenen dagvaardingen of te betekenen vonnissen), de toelatingsvereiste van artikel 327 § 1 tweede lid W.I.B. 1992 (waarover meer hierna bij de afdeling over de informatie-inwinning bij gerechtelijke overheden) niet van toepassing zal zijn. De gerechtsdeurwaarder is evenwel, net als de notaris, gebonden door het beroepsgeheim²³⁵⁵, wat een mededeling van deze stukken aan de fiscale administratie in principe zal verhinderen (zie hierover de afdeling over de informatie-inwinning bij derden). Hoewel het aannemelijk lijkt dat de gerechtsdeurwaarders, net als de notarissen, eerder onder het toepassingsgebied van artikel 322 en 323 W.I.B. 1992 vallen, lijkt een verduidelijking hier toch nuttig.

Ook de politiediensten zijn een relevante informatiebron voor de fiscale administratie. De Belgische Grondwet deelt de geïntegreerde politie evenwel geenszins in bij de rechterlijke macht, maar wel bij de gewapende macht (artikel 184 van de GW als onderdeel van titel VI, de gewapende macht), wat in een ruim begrip een onderdeel vormt van de uitvoerende macht. Toch bekleedt de politie binnen de uitvoerende macht een bijzondere positie. De organisatie en de bevoegdheid van de geïntegreerde politiedienst, moet immers op grond van artikel 184 van de Grondwet uitdrukkelijk bij wet worden geregeld en kan dus niet door de Koning worden bepaald. Dit is ook gebeurd door de wet van 7 december 1998 tot organisatie van een geïntegreerde politiedienst, gestructureerd op twee niveaus²³⁵⁶ (met name de federale politie en de lokale politie). Zowel de lokale politie als de federale politie hebben opdrachten van bestuurlijke én gerechtelijke politie (artikel 3 van de wet van 7 december 1998). Bij het vervullen van hun opdrachten van bestuurlijke politie, zien de politiediensten toe op de handhaving van de openbare orde met inbegrip van de naleving van de politiewetten en -verordeningen, de voorkoming van misdrijven en de bescherming van personen en goederen. Zij verlenen tevens bijstand aan eenieder die in gevaar verkeert (artikel 14 van de wet van 5 augustus 1992 op het politieambt²³⁵⁷). Voor het uitvoeren van haar opdrachten van bestuurlijke politie, staat de lokale politie onder het gezag van de burgemeester (artikel 42 van de wet van 7 december 1998) en staat de federale politie onder het gezag van de minister van Binnenlandse Zaken (artikel 97 van de wet van 7 december 1998). Bij het vervullen van hun opdrachten van gerechtelijke politie, hebben de politiediensten als taak onder meer de misdrijven op te sporen, de bewijzen ervan te

²³⁵⁴ Voor een voorbeeld: Cass. 4 januari 2008, *Not.Fisc.M.* 2008, afl. 10, 349, noot M. MAUS

²³⁵⁵ Cass. 20 februari 1905, *Pas.* 1905, I, 141

²³⁵⁶ BS 5 januari 1999

²³⁵⁷ BS 22 december 1992

verzamelen, daarvan kennis te geven aan de bevoegde overheden, de daders ervan te vatten, aan te houden en ter beschikking te stellen van de bevoegde overheid (artikel 15 van de wet van 5 augustus 1992 op het politieambt)²³⁵⁸. De federale en lokale politie staan voor het vervullen van hun opdrachten van gerechtelijke politie onder het gezag van de minister van Justitie. De bevelen en onderrichtingen met betrekking tot een welbepaald strafrechtelijk onderzoek kunnen slechts worden gegeven op verzoek van de bevoegde gerechtelijke overheid, zijnde het openbaar ministerie (artikel 97 lid 2 van de wet van 7 december 1998). Het bijzonder wettelijk kader dat de politiediensten omringt, verhindert evenwel niet dat zij in wezen als een onderdeel van de uitvoerende macht moeten worden gezien. Bijgevolg kunnen zij vanuit de ruime benadering van het begrip “bestuursdienst” onder het toepassingsgebied vallen van artikel 327 W.I.B. 1992. In de mate dat de politiediensten worden aangesproken om informatie mee te delen in verband met gerechtelijke procedures, geldt de machtigingsvereiste van artikel 327 § 1 tweede lid W.I.B. 1992²³⁵⁹. Dit wordt hierna besproken in onderafdeling 3. De politie zal evenwel ook beschikken over informatie die geen betrekking heeft op een gerechtelijke procedure (voor een omschrijving van dit begrip, zie hierna). Deze informatie is niet onderworpen aan een machtigingsvereiste en kan dus vrij worden opgevraagd door de fiscale administratie op grond van artikel 327 § 1 W.I.B. 1992. Hoewel het ook hier weer aannemelijk lijkt dat de politiediensten als bestuursdiensten onder het toepassingsgebied van artikel 327 W.I.B. 1992 vallen, ware een verduidelijking evenzeer wenselijk.

Een laatste voorbeeld van een bestuursdienst met een complex juridisch statuut is ten slotte de CFI. De CFI is een administratieve autoriteit met rechtspersoonlijkheid (artikel 22 § 1 van de witwaswet). Deze autoriteit bestaat evenwel, onder meer uit een hoger officier, gedetacheerd van de federale politie en staat onder de leiding van een magistraat of van zijn plaatsvervanger die van het openbaar ministerie worden gedetacheerd (artikel 22 § 3 van de witwaswet), waarvan hierboven werd betoogd dat dit geen “pure” bestuursdiensten zijn. Er bestaat evenwel een duidelijke meldplicht van de CFI van *welbepaalde* informatie aan de minister van Financiën (die hierna verder wordt besproken). Wanneer de CFI zou worden beschouwd als een bestuursdienst in de zin van artikel 327 § 1 W.I.B. 1992 dan zou het beperkte toepassingsgebied van deze meldplicht eenvoudig kunnen worden omzeild. Het verdient aanbeveling dat de wet terzake eveneens duidelijkheid schept. Hetzelfde probleem lijkt zich te kunnen voordoen met het Centraal Strafregister, dat hoewel het wordt gevoed door gerechtelijke overheden, wordt bijgehouden door de FOD Justitie, en dus als een bestuursdienst kan worden beschouwd in de zin van artikel 327 § 1 W.I.B. 1992 waardoor de fiscale administratie bij dit Centraal Strafregister alle fiscaal relevante informatie zou kunnen opvragen. Dit opvragen van informatie wordt evenwel door de wetgeving rond het Centraal Strafregister strikt gereguleerd, zodat het ook hier weer aangewezen is het toepassingsgebied van artikel 327 § 1 W.I.B. 1992 te verduidelijken. Wat het Centraal Strafregister betreft is deze nood aan verduidelijking wellicht minder groot dan voor de CFI,

²³⁵⁸ Sommige politieambtenaren hebben daarbij de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie (artikel 138 ev. van de wet van 7 december 1998, waardoor bepaalde onderzoeksverrichtingen aan hen zijn voorbehouden (zie hierover: D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal et de procédure pénal*, Brussel, La Charte, 2015, 535)

²³⁵⁹ Antwerpen 26 oktober 2004, *FJF* 2005/168 (over de informatieverstrekking door de leden van de BOB van de toenmalige rijkswacht die volgens het Hof werkten in opdracht van het parket en dus geen inlichtingen in verband met een uitgevoerd gerechtelijke onderzoek mochten meedelen aan de fiscale administratie wanneer hiervoor geen toelating was van het openbaar ministerie)

vermits de inzage (of toegang) tot de gegevens van het Centraal Strafregister op vraag van de fiscale administratie is gereguleerd door de wet van 8 augustus 1997 (dat een hoofdstuk invoegde in het wetboek van strafvordering over het Centraal Strafregister (artikelen 589-602 Sv)) als een bijzondere wet kan worden beschouwd die afwijkt van de meer algemene en oudere wet (artikel 327 W.I.B. 1992) die meer algemeen de toegang tot informatie van alle bestuursdiensten regelt. Dit kan niet worden gezegd van artikel 35 § 2, 8^{ste} lid van de witwaswet, dat niet de toegang regelt tot de informatie van de CFI, maar een meldplicht installeert.

b. Alle verschijningsvormen van de bestuursdiensten

954. Naast dit negatief criterium om het begrip “bestuursdienst” te omschrijven, kan in een ruime zin ook worden gesteld dat het begrip “bestuur” betrekking heeft op het geheel van openbare diensten²³⁶⁰, met andere woorden het geheel van organismes met een taak van algemeen belang. Een dergelijke bestuursdienst kan allerhande verschijningsvormen hebben. Gelet op de doelstellingen van de wetgever, om de fiscale administratie alle informatie aan de hand te doen die reeds binnen het overheidsapparaat ter beschikking is, is er geen goede reden om bepaalde verschijningsvormen van het toepassingsgebied uit te sluiten. Artikel 327 W.I.B. 1992 bepaalt overigens uitdrukkelijk dat een welbepaalde verschijningsvorm van deze bestuursdiensten, met name de openbare instellingen en inrichtingen, tot het toepassingsgebied van dit artikel moet worden gerekend.

955. Het begrip “openbare instellingen of inrichtingen” wordt daarbij uitdrukkelijk gedefinieerd in het W.I.B. 1992, met name in artikel 329 W.I.B. 1992. Het gaat met name over de instellingen, maatschappijen, verenigingen, inrichtingen en diensten welke de Staat, een Gemeenschap of een Gewest mede beheert, waaraan de Staat, een Gemeenschap of een Gewest een waarborg verstrekt, op de werkzaamheden waarvan de Staat, een Gemeenschap of een Gewest toezicht uitoefent of waarvan het bestuurspersoneel wordt aangewezen door de federale Regering of een Gemeenschaps- of Gewestregering, op haar voordracht of met haar goedkeuring. Het gaat dus over een zeer ruime omschrijving. Er is een niet-limitatieve lijst van openbare instellingen opgenomen in de commentaren bij het W.I.B.1992²³⁶¹. Hoewel deze lijst wellicht aan actualisatie toe is, draagt zij bij tot de voorzienbaarheid van het toepassingsgebied van artikel 327 W.I.B. 1992. Het autonoom overheidsbedrijf²³⁶² Proximus is vanuit het oogpunt van de bescherming van het recht op privéleven een opvallende instantie die voldoet aan de omschrijving van een openbare instelling van artikel 329 W.I.B. 1992. Proximus beschikt immers over telecommunicatiegegevens die vanuit het oogpunt van artikel 8 EVRM bijzonder bescherming genieten. Daarnaast zijn ook een reeks instellingen met opdrachten inzake de wetgeving op de sociale zekerheid van belang voor de fiscale administratie, zoals het Rijksinstituut voor Ziekte en Invaliditeit (RIZIV), het Rijksinstituut voor de Sociale Verzekering der Zelfstandigen (RSVZ), de Rijksdienst voor Pensioen (RVP), de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid (RSZ) en de Openbare Centra voor Maatschappelijk Welzijn (OCMW).

²³⁶⁰ R. TIJS, *Algemeen bestuursrecht in hoofdlijnen*, Intersentia, 2012, 72; L.VENY, *Publiekrecht, een inleiding*, Gent, Mys en Breesch, 2001, 190

²³⁶¹ Comm.IB 329/6

²³⁶² Autonome overheidsbedrijven staan onder het *toezicht* van de bevoegde minister, zie artikel 23 van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven

956. Het Nationaal Instituut voor de Statistiek en het Economisch en Sociaal Instituut voor de Middenstand vallen buiten het toepassingsgebied van artikel 327 § 1 W.I.B. 1992 (op grond van artikel 327 § 2 W.I.B. 1992), tenminste wat de individueel verkregen inlichtingen betreft. Het Nationaal Instituut van de Statistiek werd evenwel in 2003, naar aanleiding van de Copernicushervorming, omgevormd tot de “Algemene Directie Statistiek en Economische Informatie (ADSEI)” en werd zo één van de algemene directies van de FOD Economie, K.M.O., Middenstand en Energie²³⁶³. De tekst van de wet werd evenwel nog niet aangepast. Het Economisch en Sociaal Instituut voor de Middenstand werd afgeschaft door artikel 24 § 8 van de wet van 13 maart 1991 betreffende de afschaffing of herstructurering van instellingen van openbaar nut en andere overheidsdiensten, dit naar aanleiding van de overdracht van de bevoegdheden van dit instituut aan de gemeenschappen en gewesten. Ook hier werd de tekst van de wet niet aangepast. Met de uitsluiting van deze instanties van het personeel toepassingsgebied van artikel 327 W.I.B. 1992 wilde de wetgever destijds de oprechtheid van de statistische aangiften gedaan bij deze instellingen waarborgen²³⁶⁴. De administratie is bovendien van oordeel dat deze uitsluiting ook geldt voor de diensten en administraties (bijvoorbeeld de gemeenten) die belast zijn om aan de uitvoering van de werkzaamheden van deze instituten mee te werken²³⁶⁵. Het verdient vanuit het oogpunt van de voorzienbaarheid aanbeveling deze tekst te actualiseren, rekening houdend met de finaliteit van de wetgever. Statistische inlichtingen van algemene aard kunnen wel worden opgevraagd²³⁶⁶.

957. Ook de naamloze vennootschap van publiek recht bpost valt buiten het toepassingsgebied van artikel 327 § 1 W.I.B. 1992 (op grond van artikel 327 § 3 eerste lid W.I.B. 1992). Deze bepaling werd ingevoerd door artikel 8 van de wet van 7 november 2011. Voor de inwerkingtreding van deze wet, stelde paragraaf 3 van artikel 327 W.I.B. 1992 dat de meewerkverplichting van de openbare instellingen bedoeld in paragraaf 1 niet van toepassing is op de openbare kredietinstellingen en -inrichtingen, noch op het Bestuur der postchecks wat de financiële verrichtingen binnen het kader van hun bedrijvigheid betreft. Hiermee wilde de wetgever vermijden dat de regel van het bankgeheim enkel zouden gelden voor private financiële instellingen²³⁶⁷. Paragraaf 3 van artikel 327 W.I.B. 1992 bepaalde dan dat de meewerkverplichting wel gold in de gevallen en onder de voorwaarden als bedoeld in artikel 318, tweede lid W.I.B. 1992 (opheffing van bankgeheim ingeval er concrete elementen zijn die wijzen op een mechanisme van belastingontduiking). Aangezien er evenwel geen openbare kredietinstellingen meer zijn en het Bestuur der postchecks nu is opgenomen in bpost, werd het voornoemd artikel 327, § 3, WIB 92 aangepast²³⁶⁸. In de wet staat er evenwel geen verwijzing meer naar de “financiële verrichtingen” van bpost, waardoor bpost volledig buiten het toepassingsgebied van artikel 327 W.I.B. 1992 lijkt te vallen, niet alleen voor wat betreft de vragen om inlichtingen over de financiële verrichtingen, maar tevens wat betreft eender welke verrichting. De meewerkverplichting van bpost geldt nog wel in de gevallen en onder de voorwaarden als bedoeld in de artikelen

²³⁶³ <http://statbel.fgov.be/nl/statistieken/organisatie/statbel/geschiedenis/>

²³⁶⁴ *Parl. St. Kamer*, zitting 1961-1962, doc. 264-36; Comm.IB 327/25

²³⁶⁵ Comm.IB 327/27

²³⁶⁶ Comm.IB 327/28

²³⁶⁷ Comm.IB 327/7

²³⁶⁸ Memorie van toelichting bij de wet van 7 november 2011, doc. 53, 1737/001, 6

318, tweede lid, en 322, §§ 2 tot 4 W.I.B. 1992, zijnde de gevallen waarin vandaag een opheffing van het bankgeheim mogelijk is (mechanisme van belastingontduiking, vermoeden van fraude of voornemen tot indiciaire taxatie).

c. Onverenigbaar hergebruik

i. Algemeen

958. Dit toepassingsgebied is opnieuw zo ruim dat onverenigbaar hergebruik van informatie in handen van deze overheidsdiensten voor doeleinden van belastingheffing, niet uit te sluiten is. Het past in herinnering te brengen dat het onverenigbaar hergebruik wordt beoordeeld in functie van een aantal criteria, waaronder de afstand tussen enerzijds de finaliteit van de verwerking van de informatie door de overheidsdienst die ze verstrekt, en anderzijds de finaliteit van de belastingheffing. Daarnaast spelen de redelijke privacyverwachting van de betrokkene, de gevoelige aard van de uitgewisselde gegevens, het transparant wettelijk kader en de procedurele waarborgen tegen misbruik een belangrijke rol. Teneinde te verduidelijken in welk geval er sprake kan zijn van onverenigbaar hergebruik, wordt hierna een onderscheid gemaakt tussen het hergebruik van informatie met het oog op het berekenen van de belasting, het hergebruik van overheidsinformatie door raadpleging van een databank met (onder meer) een fiscale finaliteit en ten slotte het hergebruik van overheidsinformatie met het oog op controle van de belastingplichtige.

ii. Hergebruik met het oog op de berekening van de belasting

959. Rekening houdend met de criteria om te besluiten tot het onverenigbaar karakter van hergebruik van informatie, zal het doorgeven van informatie die de administratie nodig heeft voor de *berekening* van de belasting, zelfs wanneer dit automatisch en systematisch gebeurt, *geen* onverenigbaar hergebruik opleveren. De afstand tot de finaliteit van belastingheffing zal in die situatie immers vrij klein zijn en ook de betrokkene zal zich aan hergebruik verwachten. Zo zal er bijvoorbeeld geen sprake zijn van onverenigbaar hergebruik wanneer een reeks gegevens van de Dienst Inschrijving Voertuigen (DIV) ter beschikking worden gesteld van de Algemene Administratie van de Fiscaliteit die nog belast is met de heffing van de verkeersbelasting en de belasting op de inverkeerstelling voertuigen voor het Brussels Hoofdstedelijk Gewest die deze belasting vooralsnog niet zelf int (zie de machtiging van het sectoraal comité voor de federale overheid FO 41/2016). Rekening houdend met de concrete finaliteit van het hergebruik (heffing van de verkeersbelasting en de belasting op de inverkeerstelling voertuigen) werd een permanente toegang tot een reeks gegevens van de DIV, alsook een maandelijks overmaken van deze gegevens in batch zodat een interne databank voor het geautomatiseerd heffen en innen van deze belastingen kan worden gevoed, gemachtigd²³⁶⁹.

²³⁶⁹ Een ander voorbeeld is het doorgeven van informatie van de programmatorische overheidsdienst Maatschappelijke Integratie over personen die een financiële tegemoetkoming ontvangen van het OCMW aan de FOD Financiën met het oog op het toepassen van het systeem van de vereenvoudigde aangifte en het belastingkrediet. Ook dit vormt verenigbaar hergebruik (machtiging van het sectoraal comité voor de sociale zekerheid ASZ nr. 114/2013)

iii.Hergebruik van informatie uit overheidsdatabanken opgericht met (onder meer) een fiscale finaliteit

960. Het hergebruik van informatie van andere overheidsdiensten zal ook doorgaans als verenigbaar kunnen worden beschouwd met de finaliteit van de belastingheffing, wanneer het gaat over informatie die wordt geput uit een welbepaalde overheidsdatabank die precies werd aangelegd (en deze doelstelling blijkt ook uit de wet) om – onder meer - bij te dragen tot de belastingheffing. In dat geval is er immers sprake van een transparant wettelijk kader, waardoor de betrokkene zich redelijkerwijs aan hergebruik kan verwachten. In de machtigingen van de sectorale comités vinden we deze argumentatie ook regelmatig terug bij de beoordeling van het verenigbaar karakter van het hergebruik. Een voorbeeld zijn de gegevens opgenomen in het repertorium van de voertuigen (K.B. van 20 juli 2001 betreffende de inschrijving van de voertuigen). Dit repertorium wordt sinds de wet van 19 mei 2010 houdende de oprichting van de kruispuntbank van de voertuigen bijgehouden door deze kruispuntbank (artikel 8 van de wet van 19 mei 2010). Deze kruispuntbank van de voertuigen heeft precies tot doel om (onder meer) *“de heffing van belastingen, retributies of vergoedingen inzake de aankoop, de inschrijving, de inverkeerstelling, het gebruik, de buitengebruikstelling of de overbrenging van een voertuig mogelijk te maken”* (artikel 5, 8° van de wet van 19 mei 2010). In die context kan er van onverenigbaar hergebruik geen sprake zijn. Een ander voorbeeld is de databank *“opbouw aanvullende pensioenen”* die werd opgericht door de artikelen 305 en 306 van de programmawet van 27 december 2006 en die wordt beheerd door de vzw Sigedis. Deze databank heeft precies (en onder meer) tot doel nuttige gegevens te verzamelen en mee te delen met het oog op *“de toepassing, door de terzake bevoegde diensten van de FOD Financiën of andere daartoe gemachtigde instellingen, van de artikelen 59 en 60 van het W.I.B. 1992 en de artikelen 34 en 35 van het K.B.W.I.B. 1992”* (artikel 306 § 2, 4° van de programmawet van 27 december 2006). In de machtiging van het sectoraal comité voor de sociale zekerheid wordt dan ook geen enkele bedenking geplaatst bij het verenigbaar karakter van het hergebruik van deze informatie (machtiging SZ 13/096).

iv.Hergebruik met het oog op controle

961. Net als bij het hergebruik van informatie binnen de FOD Financiën, zal het vraagstuk van de onverenigbaarheid van het hergebruik vooral rijzen bij het hergebruiken van informatie van andere overheidsdiensten in het kader van de *controle* van de belastingplichtigen (zie de voorbeelden van de Nationaal Kantoor der Roerende Waarden en de AKRED (informatie in verband met de teruggaaf van de beurstaksen)). Wanneer de informatie niet rechtstreeks nodig is voor de berekening van de belasting, maar enkel en eventueel nuttig kan zijn voor een controle in het kader van de inkomstenbelastingen, zal er veel sneller sprake zijn van enige afstand tussen de doeleinden van de verwerking door de informatieverstreckende overheid en de doeleinden van belastingheffing. De betrokkene zal zich ook veel minder snel verwachten aan hergebruik.

962. Dit betekent uiteraard niet dat elk hergebruik van informatie van andere overheidsdiensten in het kader van de controle van de inkomstenbelastingen, onverenigbaar

hergebruik zal uitmaken. Naast de afstand tussen de finaliteiten, de redelijke privacyverwachting en het transparant wetgevend kader, wordt ook rekening gehouden met het gevoelig karakter van de informatie. In dat kader zal de zelfs systematische toegang²³⁷⁰ van de fiscale administratie in het kader van een concrete controleactie in de bouwsector tot allerhande databanken uit de sfeer van het arbeidsrecht²³⁷¹, waaronder DIMONA²³⁷², DmfA²³⁷³, LIMOSA²³⁷⁴ en GOTOT²³⁷⁵, wellicht geen onverenigbaar hergebruik uitmaken. Zelfs al ligt er enige afstand tussen de finaliteiten van de databanken en de finaliteit van de belastingheffing, het feit dat de informatie in deze databanken weinig gevoelig van aard is, zorgt er wellicht voor dat de balans in de richting van het verenigbaar hergebruik moet overhellen (zie machtiging van het sectoraal comité voor de sociale zekerheid en de gezondheid nr. 15/017).

963. De zaken liggen anders wanneer de fiscale administratie inlichtingen zou opvragen bij het autonome overheidsbedrijf Proximus dat over telecommunicatiegegevens beschikt. Het (onverenigbaar) hergebruik van dergelijke gegevens werd reeds besproken in het kader van het onderzoek bij derden op grond van artikel 322 en 323 W.I.B. 1992.

964. Het onverenigbaar karakter van het hergebruik kan eveneens aan de orde zijn wanneer informatie wordt gebruikt van andere overheidsdiensten die deze informatie hebben ingezameld met gebruik van onderzoeksbevoegdheden waarover de fiscale administratie die de informatie ontvangt, niet beschikt. Het feit dat het hergebruik van informatie in een dergelijk geval een vorm van onverenigbaar hergebruik kan uitmaken, werd hierboven reeds toegelicht in het kader van het hergebruik van informatie van andere fiscale administraties of andere diensten van de FOD Financiën. Aan de overheidsdiensten andere dan de FOD Financiën zijn er, zowel federaal als deelstatelijk, tal van inspectiediensten verbonden, elk met hun eigen bevoegdheden. Bij sommige van deze inspectiediensten is aan de personeelsleden de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie verleend, waardoor zij vaak uitgebreide onderzoeksbevoegdheden hebben. Hierbij kan onder meer worden gedacht aan de stedenbouwkundige inspecteurs (artikel 6.1.5 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening). Ook zijn er tal van inspectiediensten die zonder al te veel restricties lokalen kunnen betreden, waaronder diverse sociale inspectiediensten (bijvoorbeeld de Inspectie van de Sociale Wetten, de Technische Inspectie, de Medische

²³⁷⁰ Want via een webtoepassing, genaamd "DOLSIIS"

²³⁷¹ De toegang tot deze databanken wordt met name gevraagd om gegevens met betrekking tot de bouwheer/klant, de algemene aannemer, de eventuele onderaannemers, de plaats van de prestaties, de periodes van tewerkstelling, te vergelijken met de fiscale gegevens, als middel om personen te selecteren voor verder (fiscaal) onderzoek.

²³⁷² "Dimona" staat voor "**D**éclaration **I**mmédiate/**O**nmiddellijke **A**angifte" en is het elektronische bericht waarmee de werkgever **elke indiensttreding en uitdiensttreding** van een **werknemer** aangeeft bij de RSZ.

²³⁷³ "DmfA" staat voor "**D**éclaration **M**ultifonctionnelle/**M**ultifunctionele **A**angifte". Deze databank bevat de loon- en arbeidstijdgegevens van alle werknemers die bij een werkgever tewerkgesteld zijn gedurende een bepaald kwartaal

²³⁷⁴ "Limosa" staat voor "Landenoverschrijdend Informatiesysteem ten behoeve van MigratieOnderzoek bij de Sociale Administratie / Système d'information transfrontalier en vue de la recherche en matière de migration auprès de l'administration sociale" en bevat persoonsgegevens met betrekking tot de werknemers en zelfstandigen die in België gedetacheerd zijn (met inbegrip van de stagiairs)

²³⁷⁵ "GOTOT" staat voor "GrensOverschrijdende Tewerkstelling – Occupation Transfrontalière" en is een toepassing die toelaat een elektronische aanvraag in te dienen bij de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid voor de detachering van werknemers in het buitenland voor rekening van zijn Belgische werkgever gedurende een beperkte periode zonder daarbij zijn rechten in de Belgische sociale zekerheid te verliezen

Inspectie, de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening en dergelijke meer)²³⁷⁶. Bovendien kan ook van de politiediensten informatie worden opgevraagd. In de mate dat het niet gaat over informatie in verband met een gerechtelijke procedure, is er geen machtigingsvereiste en kan deze informatie dus vrij worden opgevraagd. Ook deze informatie kan mogelijks ingezameld zijn door gebruik te maken van onderzoeksbevoegdheden die de fiscale administratie niet heeft.

965. Hoewel de wetgever bij de invoering van artikel 327 W.I.B. 1992 reeds heeft duidelijk gemaakt dat de administratie op grond van deze bepaling niet aan een andere administratie kan vragen voor haar een onderzoek uit te voeren²³⁷⁷, kan voor de volledigheid nog worden aangevuld dat wanneer dit toch zou gebeuren en de aangezochte administratie hierbij gebruik maakt van onderzoeksbevoegdheden die de verzoekende administratie niet heeft, er des te meer sprake is van onverenigbaar hergebruik. In het kader van deze vorm van hergebruik van informatie binnen de diensten van de FOD Financiën werd hierboven reeds toegelicht dat de redelijke privacyverwachting in een dergelijke geval des te meer zal geschokt zijn. Indien de fiscale administratie dus bijvoorbeeld aan de politiediensten zou vragen bepaalde informatie in te zamelen die zij zelf niet kan bekomen, dan is er sprake van onverenigbaar hergebruik. De rechtspraak heeft over een dergelijke zaak reeds geoordeeld in een omgekeerde situatie, met name in een geval waarin de fiscale administratie zich liet inschakelen door de sociale inspectie. Met name verleende de informaticacel van de BBI bijstand aan de sociale inspectie om tijdens een sociale controle de digitale bestanden van een bedrijf te kopiëren. De sociale inspectie maakt op basis van deze gegevens een proces-verbaal op over de in het bedrijf uitbetaalde zwarte lonen en maakte dit pv vervolgens over aan de fiscale administratie die een aanvullende aanslag in de vennootschapsbelasting vestigde. De rechtbank oordeelde in deze zaak dat het doelgebondenheidsprincipe deze werkwijze verhinderde en vernietigde de aanslagen in de vennootschapsbelasting²³⁷⁸.

3. Te verstrekken inlichtingen

966. De inlichtingen die kunnen worden verstrekt op grond van artikel 327 W.I.B. 1992, zijn op zich wel voldoende duidelijk omschreven. Het gaat over de *“inlichtingen, akten, stukken, registers en om het even welke bescheiden, welke de bedoelde ambtenaar voor de vestiging of de invordering van de door de Staat geheven belastingen nodig acht”*. Vermits zelfs *“fiscale relevantie”* volstaat om de inzamelbare inlichtingen af te bakenen, volstaat a fortiori het criterium dat de informatie *“nodig”* moet zijn voor taxatiedoeleinden. Dat de fiscale relevantie daarbij niet moet worden beoordeeld in functie van een welbepaalde belastingplichtige, vermits op grond van artikel 327 § 1 tot § 3 W.I.B. 1992 ook meer algemene vragen kunnen worden gesteld²³⁷⁹,²³⁸⁰, doet geen afbreuk aan de voorzienbaarheid.

²³⁷⁶ S. DE KEULENAER, K. VAN ALTERT en P. PONSAAERS, *Wegwijze bijzondere inspectiediensten*, Antwerpen, Maklu, 2003, 28

²³⁷⁷ *Parl. St. Kamer* 1937-38, 296, 4.

²³⁷⁸ Rb. Gent 21 oktober 2009, *Fisc. Koer.* 2009/748; bevestigd door Gent 19 april 2011, *TFR* 2012, afl. 417, 235

²³⁷⁹ Het inschakelen van andere overheden is dus mogelijk zowel voor een onderzoek naar niet nader bepaalde belastingplichtigen als naar welbepaalde belastingplichtigen. Wat betreft het onderzoek bij andere overheden naar welbepaalde belastingplichtige lijkt de wetgever wel van oordeel te zijn dat het inschakelen van andere overheden in dat geval slechts kan wanneer *“de met de controle belaste ambtenaar redenen zal hebben te geloven dat er verwijzing of onjuistheid op het spel is, zal hij gronden hebben om zijn wetenschap verder te brengen, om initiatief tot stappen bij de andere administratieve diensten te nemen (Parl. St. De Kamer,*

967. Voor welbepaalde inlichtingen geldt er bovendien een restrictie. Wanneer bij overheidsdiensten *originelen* van ontvangstbewijzen-getuigschriften voor verstrekte hulp, uitgereikt door geneesheren, tandheekundigen en paramedische medewerkers worden opgevraagd (bijvoorbeeld bij het RIZIV), dan mag de fiscale administratie geen kennis krijgen van de identiteit van de zieken en verzekerden (artikel 327 § 1 derde lid in fine W.I.B. 1992). Deze identiteitsgegevens worden immers gerekend tot informatie waarop het beroepsgeheim rust²³⁸¹. Deze identiteitsgegevens worden ook niet vermeld op de duplicaten van de getuigschriften voor verstrekte hulp die door de beoefenaars van het medisch beroep worden behouden, en die in eerste instantie door de administratie kunnen worden gecontroleerd²³⁸². Wanneer de fiscale administratie deze duplicaten wenst te vergelijken met de originelen die in handen zijn van de overheidsinstellingen belast met de uitvoering van de ziekteverzekering, dan dient een bepaalde procedure te worden gevolgd opdat de administratie ook dan geen kennis zou kunnen nemen van deze identificatiegegevens. Deze procedure kan worden beschouwd als een waarborg tegen misbruik en wordt in dat kader hierna verder besproken.

4.De ontvangende overheidsinstantie

968. Ook de administraties *aan wie* gegevens kunnen worden verstrekt in het kader van artikel 327 § 1 tot 3 W.I.B. 1992, worden in de wet voldoende duidelijk omschreven. Net als inzake artikel 335 eerste lid W.I.B. 1992 gaat het over de ambtenaren "*belast met de vestiging of de invordering van de belastingen*". De wetgever had in 1938 hiermee vooral op het oog om de gewone administratiebeambten uit te sluiten van de mogelijkheid informatie op te vragen²³⁸³. Het Hof van Cassatie interpreteert deze vereiste wel ruim in die zin dat ook een ambtenaar van het hoofdbestuur wordt beschouwd als een ambtenaar belast met de vestiging of de invordering van de belastingen²³⁸⁴. Het volstaat dat de betrokken ambtenaar de vestiging of invordering van de belastingen op het oog heeft en geen andere doelstelling. In de commentaar bij het wetboek van inkomstenbelastingen wordt daarbij bevestigd dat elke ambtenaar belast met een dergelijke taak, mag handelen zonder tussenkomst van de hiërarchische meerderen²³⁸⁵.

D.Finaliteit en bewaartermijn

969. Vermits bij het inzamelen van informatie bij andere overheidsdiensten ook *persoonsgegevens* worden verwerkt, moet worden nagegaan of de wet ook voldoende voorzienbaar is op het vlak van essentiële aspecten van het persoonsgegevensbeschermingsrecht, waaronder de finaliteit en de bewaartermijn. Deze afwezigheid van duidelijkheid over de bewaartermijn werd reeds verschillende malen hiervoor opgemerkt. De opmerking geldt ook hier. De *finaliteit* van het onderzoek bij andere

memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot verzekering van de juiste heffing van belastingen, zittingsjaar 1937-1938, nr. 263, 3)

²³⁸⁰ Comm. IB 327/22, zie ook *Parl. St.* De Kamer, 1937-1938, 263

²³⁸¹ Comm. IB 327/35

²³⁸² Comm. IB 327/36

²³⁸³ *Parl. St.* Kamer, 1937-1938, 263, 3

²³⁸⁴ Cass. 22 november 2001, *FJF* 2002/48 ; voor kritiek: o.m. A. VERBIST, noot onder Brussel 11 december 1998, *AJT*, 1999-2000, 92-93; M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 270

²³⁸⁵ Comm. IB 327/20 met verwijzing naar *Parl. Vr.* nr. 61 van 4 maart 1969 van DEGRAIGNE, *Bull. VA*, Kamer, zitting 1968-1969, blz. 644

bestuurlijke overheden daarentegen lijkt voldoende duidelijk te kunnen worden afgeleid uit de wettelijke bepaling zelf, dan wel uit de plaats die de wettelijke bepaling inneemt in het wetboek. De finaliteit is met name het “vestigen of invorderen van de door de Staat geheven belastingen”, wat in casu de inkomstenbelastingen betreft.

E.Procedurele waarborgen tegen misbruik

1.Algemeen

970. Er kunnen dus vragen worden gesteld bij de voorzienbaarheid van zowel de uitvoeringswijze van de informatie-inzameling op grond van artikel 327 § 1 W.I.B. 1992, als het personeel toepassingsgebied van de wettelijke grondslag. Wat betreft de uitvoeringswijze is het onvoldoende duidelijk of nog andere vormen van informatie-inwinning mogelijk zijn dan op verzoek van de fiscale administratie die dan informatie opvraagt waarover deze bestuurlijke overheidsdienst reeds beschikt. De wet lijkt onvoldoende duidelijk om ook spontane, automatische of systematische informatieverstrekking toe te laten. Hoewel het risico op vooral disproportionele gegevensverstrekking groter is bij automatische gegevensuitwisseling, kunnen er ook evengoed misbruiken zijn op privacyvlak bij het uitwisselen van informatie op verzoek. De beoordeling van de procedurele waarborgen tegen misbruik moet daarom vooral worden beoordeeld vanuit de optiek van het onvoorzienbaar toepassingsgebied, eerder dan op het vlak van de onvoorzienbaarheid van de uitvoeringswijze. Zoals hierboven werd toegelicht bevinden de risico's op privacyvlak zich vooral op het vlak van het mogelijk onverenigbaar hergebruik van informatie.

971. Naast de zeer algemene preventieve maatregelen tegen misbruik die door de wet van 3 augustus 2012 werden ingelast (toegangsmachtigingen voor de ambtenaren, oprichting Dienst voor Informatieveiligheid en Bescherming van de Persoonlijke Levenssfeer en Dienst voor het toezicht), is er een specifieke procedurele waarborg inzake het uitwisselen van informatie die gedekt is door het beroepsgeheim van de medische beroepen. Daarnaast is er een systeem van machtigingen door de externe uitwisseling van elke informatie.

2.De tussenkomst van de toezichthoudende overheden van medische beroepen

972. Een eerste hierboven reeds kort aangehaalde procedurele waarborg tegen misbruik is specifiek gericht op het beschermen van het *beroepsgeheim van beoefenaars van medische beroepen* in het algemeen en het vermijden van de kennisname van de identificatiegegevens van de zieken en verzekerden door de fiscale administratie, in het bijzonder.

Wanneer de fiscale administratie, in het kader van de controle van de inkomsten van de beoefenaar van een medisch beroep, de duplicaten van de getuigschriften voor verstrekte hulp (waarop de naam van de zieke niet staat vermeld), wil vergelijken met de originele getuigschriften die in handen zijn van de overheidsdiensten die belast zijn met de uitvoering van de ziekteverzekering, dan dient zij een bijzondere procedure te volgen (artikel 327 § 1

derde lid W.I.B. 1992). Deze bestaat erin dat deze originele getuigschriften voor verstrekte hulp, uitgereikt door de geneesheren, de tandheekkundigen en de paramedische medewerkers niet mogen worden medegeedeeld zonder dat de nationale raad van de Orde der geneesheren of de provinciale geneeskundige commissies de gelegenheid hebben gehad zich ervan te vergewissen dat de fiscale administratie hierdoor geen inlichtingen krijgt betreffende de identiteit van de zieken en van de verzekerden. Concreet worden de bedoelde originelen niet rechtstreeks gezonden aan de aanslagdiensten; ze worden in verzegelde colli aan het Hoofdbestuur der directe belastingen gezonden. De nationale raad van de Orde der geneesheren, wat de geneesheren betreft, en de provinciale geneeskundige commissies (in hun speciale samenstelling) wat de tandheekkundigen en de paramedische medewerkers betreft, worden uitgenodigd, binnen een redelijke, met de eisen van de controle verenigbare termijn, een afgevaardigde aan te stellen die bij de opening van de colli zich ervan vergewist dat de administratie, op deze wijze, geen inlichtingen ontvangt in verband met de identiteit van de zieke en van de verzekerde²³⁸⁶.

Deze mogelijkheid om te controleren of de fiscale administratie geen inlichtingen ontvangt over de identiteit van de zieke en verzekerde, houdt evenwel niet in dat de mededeling van de originelen onderworpen is aan de toestemming van deze toezichthoudende overheden²³⁸⁷. Omgekeerd lijkt uit dit standpunt te moeten worden afgeleid dat wanneer de identiteit van de zieken en verzekerden nog op de originele getuigschriften staat en de toezichthoudende overheden zich tegen de mededeling verzetten, de fiscale administratie toch kennis kan nemen van deze documenten. Eventuele procedurele acties die *nadien* door de toezichthoudende overheden of door de betrokken beroepsbeoefenaar worden ondernomen zullen de schending van het beroepsgeheim aldus niet kunnen verhinderen. In die zin is deze procedure als waarborg tegen misbruiken vrij zwak.

3.Het systeem van de machtigingen van de sectorale comités

a.Algemeen

973. Een meer algemene waarborg tegen misbruik kan worden gevonden in het systeem van de machtigingen, dat hierboven reeds werd aangehaald en dat is gebaseerd op het model van de Kruispuntbank voor de Sociale Zekerheid. Hierna wordt dieper ingegaan op dit systeem teneinde de vraag te kunnen beantwoorden of dit systeem kan dienen als procedurele waarborg in het kader van de bescherming van het recht op privéleven.

b.Wettelijke bepalingen die de machtigingen voorschrijven

974. De verplichting om een machtiging te vragen voor bepaalde gegevensstromen van overheidsinstanties *naar* (in casu) de FOD Financiën, is voorgeschreven door diverse wetten. Zoals hierboven toegelicht moet de machtiging immers steeds uitgaan van de overheidsinstantie die de informatie verstrekt.

²³⁸⁶ Comm.IB.327/36
²³⁸⁷ Comm.IB.327/36

Artikel 36 bis van de Wet Verwerking Persoonsgegevens²³⁸⁸ legt een machtigingsvereiste op voor de elektronische mededeling van persoonsgegevens door elke *federale* overheidsdienst of door een openbare instelling met rechtspersoonlijkheid die onder de federale overheid ressorteert. Deze machtiging moet worden verleend door het sectoraal comité voor de federale overheid, tenzij de mededeling reeds onderworpen is aan een principiële machtiging van een ander sectoraal comité opgericht binnen de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Artikel 15 § 1 lid 2 van de kruispuntbankwet onderwerpt elke mededeling van sociale gegevens van persoonlijke aard door de Kruispuntbank of instellingen van sociale zekerheid, aan een instantie buiten het netwerk van de Kruispuntbank voor de Sociale Zekerheid (zoals de FOD Financiën), aan een principiële machtiging van de afdeling sociale zekerheid van het sectoraal comité van de sociale zekerheid en van de gezondheid. Daarnaast onderwerpt artikel 5 van de rijksregisterwet de toegang tot of de mededeling van de informatiegegevens van het Rijksregister aan overheden, aan een machtiging van het sectoraal comité voor het Rijksregister²³⁸⁹.

975. Er is evenwel ook deelstatelijke wetgeving die de machtigingsvereiste voorschrijft voor bepaalde gegevensstromen afkomstig van de *deelstaten*. Artikel 8 van het decreet van 18 juli 2008 inzake het bestuurlijk elektronisch gegevensverkeer vereist dat voor de elektronische mededeling van persoonsgegevens door de instantie, zoals bedoeld in artikel 4 § 1, van het decreet van 26 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur, een machtiging vereist is van de Vlaamse Toezichtcommissie, tenzij de elektronische mededeling van die gegevens al onderworpen is aan een machtiging van een ander sectoraal comité, opgericht binnen de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. De instanties bedoeld in artikel 4 § 1 van het decreet van 26 maart 2004 zijn niet alleen de diensten, instellingen en rechtspersonen die afhangen van de Vlaamse Gemeenschap of het Vlaamse Gewest, maar ook (en onder meer) de (Vlaamse) gemeenten, de provincies, de intercommunales en dergelijke meer. Artikel 23 van het Waals samenwerkingsakkoord eGov²³⁹⁰ onderwerpt de toegang tot persoonsgegevens uit een authentieke gegevensbron of een gegevensbank bestaande uit authentieke bronnen aan een machtiging van de Commissie Wallonië-Brussel voor het toezicht op de gegevensuitwisselingen²³⁹¹. Het gaat hier over de toegang tot authentieke gegevensbronnen geïnstalleerd ingevolge een decreet

²³⁸⁸ Ingevoerd in de Wet Verwerking Persoonsgegevens door de wet van 26 februari 2003 (BS 26 juni 2003)

²³⁸⁹ De machtiging door het sectoraal comité voor de kruispuntbank van de ondernemingen wordt buiten beschouwing gelaten. Overeenkomstig artikel III.29 van het Wetboek Economisch Recht zijn immers heel wat gegevens van de Kruispuntbank van de Ondernemingen toegankelijk voor overheden zonder voorafgaande machtiging. Het gaat over onder meer (naast ondernemingsnummer, naam, adres en juridische vorm van de onderneming en haar vestigingseenheden) de economische activiteiten van de onderneming en van haar vestigingseenheden; de hoedanigheden volgens welke een onderneming ingeschreven is in de kruispuntbank van ondernemingen; de naam en voornaam van de oprichters en van de personen die binnen de onderneming een functie uitoefenen onderworpen aan bekendmaking; de erkenningen, toelatingen of vergunningen waarover de onderneming beschikt, de verwijzing naar de website van de onderneming, haar telefoonnummers, faxnummers alsook haar e-mailadres; alle gegevens onderworpen aan bepalingen inzake bekendmaking met toepassing van (onder meer) het Wetboek van Vennootschappen; de VZW-wet, de wetten betreffende het gerechtelijk akkoord, de continuïteit van de ondernemingen en de faillissementswet en de gegevens betreffende de bankrekening(en). Er zijn dan ook (nog) geen machtigingen afgeleverd door het sectoraal comité voor de kruispuntbank voor de ondernemingen.

²³⁹⁰ BS 23 juli 2013

²³⁹¹ De "Commission Wallonie-Bruxelles de controle des échanges de données", afgekort "CCED"; Het Waalse samenwerkingsdecreet schrijft ook de mogelijkheid voor om machtigingen weer in te trekken of op te schorten wanneer niet langer wordt voldaan aan de voorwaarden (artikel 25 § 4, 5^{de} en 6^{de} lid van het Waals samenwerkingsakkoord eGov).

of een overheidsbeslissing van één van de partijen van het samenwerkingsakkoord of de toegang tot een databank bestaande uit authentieke gegevensbronnen, opgericht door een decreet van één van deze partijen (artikel 2, 1° en 2° van het Waals samenwerkingsakkoord eGov). Het toepassingsgebied is dus gelimiteerd. Ten slotte is er artikel 12 van de ordonnantie eGov, die een machtiging vereist voor elke elektronische mededeling van persoonsgegevens door (of aan) de Brusselse dienstenintegrator. Deze machtiging moet worden verleend door de Brusselse Controlecommissie (of van het bevoegde sectoraal comité binnen de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer), en dit tenzij die elektronische mededeling bij of krachtens een wettelijke bepaling is toegestaan of is vrijgesteld van een machtiging. Ook hier is het toepassingsgebied dus enigszins gelimiteerd.

976. Artikel 6 § 2 van de wet van 3 augustus 2012 dat specifiek betrekking heeft op de inzameling van persoonsgegevens door de FOD Financiën bij andere overheidsdiensten, schrijft voor dat FOD Financiën slechts elektronisch persoonsgegevens kan *verkrijgen* in het kader van de uitvoering van zijn wettelijk omschreven opdrachten na machtiging van het bevoegde sectoraal comité of de bevoegde gemeenschapsoverheid of gewestelijke overheid. Het gaat over de verkrijging van eender welke openbare dienst of een rechtspersoon van publiekrecht. Wanneer deze gegevens worden gebruikt om toe te voegen aan het datawarehouse dat door artikel 5 van de wet van 3 augustus 2012 werd opgericht, moet de machtiging van het bevoegde sectoraal comité (of van de bevoegde deelstatelijke overheid) bepalen dat de uitwisseling voor dat doel gemachtigd wordt (artikel 6 § 2 lid 2 van de wet van 3 augustus 2012).

c. Sterktes en zwaktes van het machtigingssysteem

i. Algemeen

977. Elk sectoraal comité of deelstatelijk machtigingscomité moet nagaan of de mededeling in overeenstemming is met de wettelijke en reglementaire bepalingen, waarbij er soms uitdrukkelijk wordt verwezen naar de wetgeving inzake de bescherming van de persoonsgegevens (artikel 36 bis vierde lid Wet Verwerking Persoonsgegevens, artikel 15 derde lid van de kruispuntbankwet, artikel 5, derde lid van de rijksregisterwet, artikel 8 van het decreet van 18 juli 2008; artikel 25 § 4 van het Waals samenwerkingsakkoord eGov)²³⁹².

Zij moeten dus minstens nagaan of de elektronische mededeling in overeenstemming is met het *finaliteitsbeginsel* en het *proportionaliteitsbeginsel* van het persoonsgegevensbeschermingsrecht. Op deze wijze vermijdt dit systeem het uitwisselen van persoonsgegevens in strijd met deze beginselen. De machtigingscomités zullen ook nagaan of het transparantiebeginsel is gerespecteerd en of er voldoende voor de beveiliging van de gegevens is gezorgd. Een verschil in visie tussen de federale sectorale comités en de deelstatelijke machtigingscomités moet worden vermeden door de samenstelling van de deelstatelijke machtigingscomités. Deze moeten met name voor de helft (3 leden) bestaan uit leden van de federale Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer

²³⁹² Voor het Brusselse machtigingscomité staat dit niet uitdrukkelijk in de Ordonnantie eGov

(zie artikel 10 § 2 van het decreet van 18 juli 2008; artikel 24 § 1, tweede lid van het Waalse samenwerkingsakkoord eGov en artikel 31 § 2 eerste lid van de Ordonnantie eGov)²³⁹³.

Het is duidelijk dat een dergelijke voorafgaande controle van de gegevensuitwisseling een procedurele waarborg vormt in het kader van de bescherming van de persoonsgegevens en tevens de bescherming van het recht op privéleven. Het systeem heeft duidelijk een aantal kwaliteiten. Nochtans kent het tegelijkertijd een aantal zwaktes.

De toekomst van dit machtigingssysteem, dat niet is voorgeschreven door de Verordening 2016/679, is evenwel onzeker.

ii. Sterktes

978. Naast het feit dat de beginselen van het persoonsgegevensbeschermingsrecht worden gecontroleerd alvorens een gegevensstroom plaatsvindt, zodat een schending van deze beginselen en dus doorgaans ook een schending van het recht op privéleven wordt vermeden, bestaat een eerste belangrijke sterkte van het systeem van de machtigingen erin dat deze machtigingen *publiek* worden gemaakt op de website van de machtigingscomités (artikel 36bis 5^{de} lid van de Wet Verwerking Persoonsgegevens, artikel 11 van het decreet van 18 juli 2008) of zullen worden gemaakt (artikel 25 § 7 van het Waals samenwerkingsakkoord eGov en artikel 9 van het samenwerkingsakkoord van 15 mei 2014 ter uitvoering van het Waals samenwerkingsakkoord eGov; artikel 32 § 1 6^{de} lid van de Ordonnantie eGov²³⁹⁴). Dit draagt uiteraard bij tot de transparantie van de gegevensstromen, en dus tot het informationeel zelfbeschikkingsrecht. Zo de betrokkene in overheidscontext al niet zelf vrij kan beslissen welke persoonsgegevens hij ter beschikking stelt aan de overheid, dan verlangt het informationeel zelfbeschikkingsrecht minstens dat er enige transparantie bestaat ten aanzien van de persoonsgegevens die over een betrokkene circuleren.

Wat betreft de bestaande publiciteitssystemen (namelijk de website van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de website van de Vlaamse Toezichtscommissie) werd hierboven wel reeds opgemerkt dat de toegankelijkheid van dit systeem voor verbetering vatbaar is. De machtigingen worden weliswaar gepubliceerd per sectoraal comité dat de machtiging heeft verleend, maar zoeken op bijvoorbeeld trefwoord is niet mogelijk, zodat het toch zeer moeilijk blijft om een zicht te krijgen op de wijze waarop iemands persoonsgegevens circuleren. Ook de machtigingen die staan gepubliceerd op de website van de Vlaamse Toezichtscommissie laten geen functioneel zoeken toe.

Het initiatief van de FOD Financiën om op suggestie van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer de machtigingen die verband houden met de FOD Financiën ook op de website van de FOD Financiën te publiceren, moet in dat kader worden toegejuicht, al lijkt de wijze van publicatie daar op termijn hetzelfde probleem te zullen kennen. Ook op de website van de FOD Financiën worden de machtigingen chronologisch

²³⁹³ Zie daarover ook D. DE BOT, *E-government in het federale België*, Brussel, Politeia, 2015, 970

²³⁹⁴ Er is nog geen uitvoeringsbesluit voor deze ordonnantie, zodat voor de Brusselse machtigingen er nog geen beslissing is om de publiciteit via een website te organiseren.

gepubliceerd, zonder mogelijkheid om bij voorbeeld op trefwoord, per thema of per ontvanger of verstrekker van persoonsgegevens te zoeken.

979. Bovendien dwingt het systeem van de machtigingen tot een duidelijke concretisering van de finaliteit van de gegevensstroom, alsook van de bewaartermijn. De overheid die de machtiging aanvraagt is verplicht, teneinde de sectorale comités of de deelstatelijke toezichtcommissies toe te laten te oordelen over de overeenstemming van de gegevensstroom met het persoonsgegevensbeschermingsrecht, om de finaliteit van de gegevensstroom zeer concreet te omschrijven en om ook duidelijkheid te geven over de bewaartermijn. De omschrijving van de finaliteit in de machtigingen die een instroom van persoonsgegevens naar de FOD Financiën toelaten, gaat dan ook verder dan een loutere verwijzing naar de finaliteit van de vestiging of inning van de inkomstenbelastingen. Dit is logisch omdat het systeem van de machtigingen ten slotte een instrument is dat in het kader van de regelgeving inzake de bescherming van de persoonsgegevens is tot stand gekomen, waar de finaliteit concreter moet zijn omschreven dan de algemene finaliteiten van artikel 8 EVRM. De aanvragende overheid zal concreet moeten aangeven in welke mate de voorgenomen verwerking van deze persoonsgegevens tot deze concrete doelstelling bijdraagt. Zo bijvoorbeeld verkreeg de Algemene Administratie van de Fiscaliteit de machtiging van het sectorale comité voor de sociale zekerheid en de gezondheid (machtiging nr. SZ 16/59) om persoonsgegevens van de Directie-Generaal voor Personen met een Handicap te verkrijgen, waarbij uitdrukkelijk werd verduidelijkt dat deze gegevens enkel zouden dienen in het kader van de toekenning van vrijstellingen voor personen met een handicap van de verkeersbelasting en de belasting op de inverkeerstelling voertuigen (die de FOD Financiën int ten behoeve van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest) alsook in het kader van de toekenning van een gunstregeling in de btw voor de aankoop van een personenwagen. In dezelfde machtiging wordt verduidelijkt dat deze persoonsgegevens voor de "volledige levensduur" van het dossier worden bewaard en na afsluiting ervan nog 10 jaar voor de afhandeling van geschillen.

980. Een laatste sterkte van dit machtigingssysteem als procedurele waarborg tegen misbruik, is het feit dat de machtigingen worden verleend door een extern en *onafhankelijk* orgaan, dit in tegensstelling tot de controle over de interne uitwisseling van informatie binnen de FOD Financiën, die uitgaat van de verwerkingsverantwoordelijke zelf. De federale sectorale comités zijn immers samengesteld uit drie leden van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, alsmede drie externe leden die worden aangewezen door de Kamer van volksvertegenwoordigers volgens de regels bepaald bij K.B.. Op grond van artikel 5 § 1 van het Koninklijk besluit van 17 december 2003²³⁹⁵ dient een extern lid van het desbetreffende sectoraal comité te voldoen aan een aantal voorwaarden, waaronder onafhankelijk zijn van de betrokken beheersinstelling en niet onder het hiërarchisch gezag staan van de minister die de betrokken beheersinstelling onder zijn bevoegdheid heeft. Het extern lid mag ook geen lid zijn van het Europees of nationaal parlement, noch van een Gemeenschaps- of Gewestraad. De sectorale comités worden bijgestaan door een beheersinstelling (artikel 31bis van de Wet Verwerking

²³⁹⁵ Voluit: het K.B. van 17 december 2003 tot vaststelling van de nadere regels met betrekking tot de samenstelling en de werking van bepaalde sectorale comités opgericht binnen de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer

Persoonsgegevens), die het sectoraal comité voor elke aanvraag een technisch en juridisch advies moeten bezorgen. Deze beheersinstellingen zijn zelf federale overheidsdiensten. Voor het sectoraal comité voor de federale overheid is Fedict (huidige FOD BOSA) de beheersinstelling (artikel 36 bis Wet verwerking persoonsgegevens); voor het sectoraal comité voor het Rijksregister is de FOD Binnenlandse Zaken de beheersinstelling (artikel 2 van het KB van 17 december 2003). De leden van een sectoraal comité moeten dus onafhankelijk zijn van deze FOD's. Ook de 3 leden van het sectoraal comité die worden aangeduid onder de leden van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, moeten worden beschouwd als onafhankelijk, omwille van gelijkaardige voorwaarden waaraan hun aanstelling als commissielid is onderworpen (zie onder meer artikel 24 § 4 en § 5 Wet Verwerking Persoonsgegevens)²³⁹⁶. Ook voor de deelstatelijke machtigingscomités zijn er gelijkaardige garanties voor de onafhankelijkheid (zie artikel 22 § 2²³⁹⁷ en artikel 24 § 1 tweede lid²³⁹⁸ van het Waals Samenwerkingsakkoord eGov en artikel 31 § 2²³⁹⁹ en artikel 31 § 4²⁴⁰⁰ en artikel 31 § 6²⁴⁰¹ van de ordonnantie eGov).

981. De mededeling van gegevens van andere bestuurlijke overheidsdiensten aan de FOD Financiën via de *federale dienstenintegrator* biedt daarbij een aantal bijkomende waarborgen. Uiteraard is het daarvoor aangewezen dat de FOD Financiën haar inkomende gegevensstromen via de federale dienstenintegrator laat tot stand komen, wat tot op heden nog maar zeer beperkt het geval is (zie hierboven: randnummer 901).

De belangrijkste waarborg die de federale dienstenintegrator biedt is de controle op de vereiste machtigingen en de overeenstemming van de gegevensstroom met de wet. De gegevensstroom zal door tussenkomst van de federale dienstenintegrator dus maar effectief tot stand komen in de mate dat de vereiste machtiging voorhanden is (artikel 8 § 2 van de

²³⁹⁶ D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks "Recht en praktijk", Antwerpen, Kluwer, 2001, 328

²³⁹⁷ Artikel 22 § 2 van het Waalse samenwerkingsakkoord eGov: "De "Commission Wallonie-Bruxelles" voor het toezicht op de gegevensuitwisselingen moet waarborgen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid aanbieden t.o.v. de authentieke gegevensbronnen, de gegevensbanken van authentieke bronnen, de kruispuntbank voor gegevensuitwisseling, de entiteiten die klant zijn bij de authentieke gegevensbronnen en de gegevensbanken van authentieke bronnen, alsook de overheid in het algemeen. Binnen de perken van hun bevoegdheden krijgen de voorzitter en de leden van de "Commission Wallonie- Bruxelles" voor het toezicht op de gegevensuitwisselingen van niemand onderrichtingen. Zij kunnen niet van hun mandaat worden ontheven voor meningen die zij uiten of daden die zij stellen bij het vervullen van hun functie"

²³⁹⁸ Artikel 24 § 1 tweede lid van het Waals samenwerkingsakkoord eGov: "Na overleg met de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer wijzen de Parlementen van de partijen onder de gewone en plaatsvervangende leden van de Franse taalrol van deze commissie, drie leden aan van de "Commission Wallonie-Bruxelles" voor het toezicht op de gegevensuitwisselingen, alsook een plaatsvervanger voor elk lid."

²³⁹⁹ Artikel 31 § 2 van de ordonnantie eGov: "Na overleg met de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer kiest het Brussels Hoofdstedelijk Parlement onder de effectieve en vervangende leden van deze Commissie, drie leden voor de Brusselse Controlecommissie, waaronder de voorzitter, de ondervoorzitter, alsook een vervanger voor elk van hen. Bij gebreke hiervan, zullen de aanstellingen gebeuren conform paragraaf 2, tweede lid."

²⁴⁰⁰ artikel 31 § 4²⁴⁰⁰ van de ordonnantie eGov: "Om effectief of vervangend lid te kunnen worden en blijven, moet een kandidaat aan volgende voorwaarden voldoen: (...) 2° geen lid zijn van het Europees Parlement, de Senaat, de Kamer van Volksvertegenwoordigers, het Brussels Hoofdstedelijk Parlement of enig gemeenschaps- of gewestparlement; 3° niet onder het hiërarchische gezag vallen van het Brussels Hoofdstedelijk Parlement of van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering; 4° borg staan voor een onafhankelijke uitoefening van zijn opdracht; 5° geen lid zijn van een dienstenintegrator."

²⁴⁰¹ artikel 31 § 6 van de ordonnantie eGov: "De leden van de controlecommissie zijn gelijkwaardig en hebben dezelfde bevoegdheden. Binnen de perken van haar bevoegdheden is de Controlecommissie volledig onafhankelijk en neutraal, en mag van geen enkele overheid instructies of orders krijgen. De leden van de Handelsecommissie mogen uit hun mandaat niet ontzet worden vanwege hun meningen of vanwege handelingen die zij stellen binnen het kader van de uitoefening van hun functie binnen de Controlecommissie"

wet van 15 augustus 2012). Bovendien biedt de federale dienstenintegrator een aantal bijkomende transparantierechten, waaronder het recht van eenieder op kennisname van alle overheden, instellingen en personen die, gedurende de laatste zes maanden, zijn gegevens via het netwerk hebben geraadpleegd of bijgewerkt. Op deze wijze kan een betrokkene opvragen of de FOD Financiën zijn gegevens via het netwerk heeft geraadpleegd (artikel 16 § 2 van de wet van 15 augustus 2012).

iii. Zwaktes

982. Het overzicht van de verschillende wetgevingen die de machtigingsvereiste voorschrijven, toont meteen een eerste gebrek aan van dit machtigingssysteem als waarborg inzake de bescherming van het privéleven. Het *toepassingsgebied* van deze regelingen verschilt immers²⁴⁰². Grosso modo kan worden gesteld dat de Vlaamse en federale machtigingsregelgevingen een ruimer toepassingsgebied hebben dan de Waalse en de Brusselse machtigingsregelgevingen, waardoor het beschermingsniveau dat van deze laatste regelingen uitgaat, zwakker lijkt.

Het Waalse machtigingssysteem is immers beperkt tot de mededeling van gegevens uit authentieke gegevensbronnen en uit databanken die van authentieke gegevensbronnen zijn afgeleid (artikel 22 en 23 van het Waalse samenwerkingsakkoord eGov). Hetzelfde lijkt te kunnen worden gezegd van het Brusselse machtigingssysteem (artikel 12 juncto artikel 31 § 1 van de ordonnantie eGov). Andere machtigingssystemen vereisen de machtiging van elke gegevensstroom, los van het feit of deze gegevens afkomstig zijn van een gegevensbron die (al) is aangeduid als een authentieke gegevensbron of niet. Zoals hierboven aangegeven vereist de kwalificatie van een authentieke gegevensbron een tussenkomst van de (in casu deelstatelijke) wetgever of de overheid. Het mag dan wel de bedoeling zijn in de toekomst met vooral authentieke gegevensbronnen te werken, in een aanvangsperiode lijkt het toepassingsgebied van deze Waalse en Brusselse regeling hierdoor vrij beperkt te zijn.

Het Vlaamse machtigingssysteem vereist daarentegen een machtiging voor elke gegevensstroom afkomstig van elke instantie, zoals bedoeld in artikel 4 § 1, van het decreet van 26 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur, wat – zoals hierboven reeds aangegeven – impliceert dat zelfs gegevensstromen van bijvoorbeeld Vlaamse gemeenten aan een machtigingsvereiste onderworpen zijn, los van de vraag of het authentieke gegevensbronnen zijn die worden geraadpleegd of niet.

Het Vlaamse machtigingssysteem is wel beperkt tot systematische en georganiseerde mededelingen van gegevens (artikel 8 juncto artikel 2, 7° van het decreet van 18 juli 2008), daar waar dit in andere machtigingsregelgevingen, zoals de (federale) regeling van artikel 36 bis van de Wet Verwerking Persoonsgegevens niet voorkomt. Een occasionele vraag van de FOD Financiën tot mededeling van persoonsgegevens door een Vlaamse gemeente zal dus niet aan een machtigingsvereiste onderworpen zijn, terwijl dit wel het geval is wanneer de FOD Financiën aan deze gemeente vraagt om welbepaalde gegevens systematisch over te maken. Hoewel het risico voor de persoonlijke levenssfeer (meer in het bijzonder het voldaan zijn van de proportionaliteitsvereiste) groter lijkt te zijn bij systematische

²⁴⁰² Zie hierover uitvoerig: D. DE BOT, *E-government in het federale België*, Brussel, Politeia, 2015, 994 ev.

uitwisseling van persoonsgegevens dan bij occasionele, is een schending van dit proportionaliteitsbeginsel ook bij occasionele uitwisselingen niet ondenkbaar.

Een laatste opvallend verschil inzake het toepassingsgebied van de machtigingsregelgevingen, dat relevant is voor de beoordeling van het systeem als procedurele waarborg tegen misbruik, is het gegeven dat sommige machtigingsregelgevingen voorschrijven dat er sprake moet zijn van een *elektronische* mededeling van persoonsgegevens, terwijl dit voor andere regelgevingen niet het geval is (bijvoorbeeld artikel 15 van de kruispuntbankwet vereist de machtiging voor *elke* mededeling; artikel 36bis van de Wet Verwerking Persoonsgegevens (inzake het sectoraal comité voor de federale overheid) vereist een machtiging voor de *elektronische* mededeling van persoonsgegevens)²⁴⁰³. Aldus kan een machtiging zeer eenvoudig worden omzeild door persoonsgegevens op papier uit te wisselen. Hoewel dit in een elektronisch tijdperk wellicht niet vaak meer voorkomt, lijkt het toch aangewezen deze eenvoudige wijze van omzeilen van de wet uit te sluiten.

983. Ook de informatieverstrekking door de politie valt buiten het toepassingsgebied van het machtigingssysteem van artikel 36bis van de Wet Verwerking Persoonsgegevens. De politie is immers geen federale overheidsdienst in de formele zin van het woord en ook geen openbare instelling²⁴⁰⁴.

984. Een – feitelijke en niet juridische – zwakte van het systeem lijkt erin te bestaan dat het systeem van de machtigingen onvoldoende lijkt te worden nageleefd. Zeker van het sectoraal comité voor de federale overheid blijken er in wezen slechts een relatief beperkt aantal machtigingen te zijn in vergelijking met de gegevensstromen die er wellicht de facto wel bestaan²⁴⁰⁵.

d. Jurisdictionele controle

985. Voor de inwinning van informatie bij andere bestuurlijke overheidsdiensten is, net als dit het geval was voor de inwinning van informatie bij andere diensten van de FOD Financiën, een post factum jurisdictionele controle mogelijk, in de mate dat de resultaten van de uitwisseling worden aangewend voor het vestigen van een aanslag.

Er vindt evenwel ook heel wat automatische uitwisseling van informatie plaats (waarvan de vraag rijst of artikel 327 § 1 W.I.B. 1992 een voldoende voorzienbare wettelijke basis vormt), waarvan een groot deel mogelijks niet wordt aangewend. In tegenstelling tot wat het geval was met deze automatische inzameling van informatie bij andere diensten van de FOD Financiën, bestaat er hier wel een mogelijkheid op jurisdictionele controle van de inzameling van informatie bij andere bestuurlijke overheidsdiensten, in de mate dat deze informatie-inzameling is gemachtigd door een sectoraal comité of een deelstatelijke toezichtscommissie. Machtigingen van het sectoraal comité worden immers beschouwd als

²⁴⁰³ Het begrip mededeling moet wel steeds in een ruime zin van het woord worden begrepen en behelst alle vormen van terbeschikkingstelling, waaronder ook de loutere raadpleging van de gegevens: D. DE BOT, *E-government in het federale België*, Brussel, Politeia, 2015, 994

²⁴⁰⁴ D. DE BOT, *E-government in het federale België*, Brussel, Politeia, 2015, 318

²⁴⁰⁵ D. DE BOT, *E-government in het federale België*, Brussel, Politeia, 2015, 992

beslissingen van een administratieve overheid, waartegen beroep openstaat bij de Raad van State²⁴⁰⁶, door zowel de betrokken overheid als de belanghebbende burger²⁴⁰⁷.

Wanneer de uitgewisselde informatie wel wordt aangewend in een aanslag, dan kan de inwinning van informatie aan de beoordeling van de rechter worden voorgelegd ter gelegenheid van de beoordeling van de aanslag. Eventueel kan het voornemen om uitgewisselde informatie aan te wenden in een aanslag ter beoordeling van de rechter worden voorgelegd als pretaxatiegeschied, wanneer de betrokkene van dit voornemen op de hoogte wordt gesteld, bijvoorbeeld in een bericht van wijziging. In beide gevallen heeft de mogelijke schending van het privéleven zich evenwel reeds voorgedaan.

Het door diverse wetten voorgeschreven machtigingssysteem zal een onderdeel vormen van de beoordeling door de rechter van de vraag of de uitwisseling van informatie waarop de aanslag wordt gebaseerd (of zal worden gebaseerd) een schending vormt van het recht op privéleven. Wanneer er bijvoorbeeld geen machtiging is voor de uitwisseling van informatie, dan is deze uitwisseling onrechtmatig²⁴⁰⁸. Een overtreding van de wet bij het verkrijgen van bewijsmateriaal zal evenwel niet steeds leiden tot uitsluiting van dit bewijsmateriaal. Hiervoor kan worden verwezen naar de afdeling over de rechtsbescherming en de daar geschetste ontwikkelingen inzake de zogenaamde Antigoonleer. Rekening houdend met de rechtspraak in de zaak RAVON²⁴⁰⁹ moet de jurisdictionele beoordeling van een inmenging in het privéleven evenwel steeds voldoen aan de waarborgen van artikel 6 EVRM inzake de toegang tot de rechter, wat niet alleen betekent dat er tegenspraak moet zijn, dat de rechter met volle rechtsmacht moet kunnen oordelen, maar ook dat, zo de schending van het recht op privéleven door deze jurisdictionele controle niet kan worden vermeden, er een passend rechtsherstel mogelijk is²⁴¹⁰. Dit is het geval indien de stelling wordt aanvaard, die werd verdedigd in de afdeling over de rechtsbescherming, dat een schending van het recht op privéleven bij in casu het uitwisselen van inlichtingen binnen de FOD Financiën leidt tot uitsluiting van het bewijs dat aldus werd bekomen²⁴¹¹. Er zal dus in concreto moeten worden nagegaan of de overtreding van de wetgeving die de machtiging voorschreef ook kwalificeert als een schending van het recht op privéleven. Ook dit zal niet steeds het geval zijn. In de afdeling over de rechtsbescherming werd een theorie voorgesteld die toelaat te bepalen in welk geval een overtreding van de wet kan kwalificeren als een schending van het recht op privéleven.

²⁴⁰⁶ D. DE BOT, *E-government in het federale België*, Brussel, Politeia, 2015, 983, met verwijzing naar het advies nr. 33.962/2 van 19 november 2002 bij het voorontwerp van wet van 25 maart 2003 tot aanpassing van het Rijksregister, *Parl. St. Kamer*, 2002-2003, doc 50, nr. 2226/003, 9

²⁴⁰⁷ D. DE BOT, *E-government in het federale België*, Brussel, Politeia, 2015, 984

²⁴⁰⁸ D. DE BOT, *E-government in het federale België*, Brussel, Politeia, 2015, 992

²⁴⁰⁹ EHRM 21 februari 2008, RAVON/Frankrijk; zie ook EHRM 24 oktober 2008, ANDRE/Frankrijk, zie ook EHRM 21 december 2012 CANAL PLUS/Frankrijk (§36-40).

²⁴¹⁰ EHRM 21 februari 2008, RAVON/Frankrijk (§28); zie ook GwH 27 januari 2011, nr. 10/2011, overweging B.4.3 (inzake huisvisitatie in AWDA)

²⁴¹¹ Volledigheidshalve moet wel worden opgemerkt in de afdeling over de rechtsbescherming ook werd vastgesteld dat de rechtspraak van het EHRM – in tegenstelling tot de rechtspraak van het Hof van Justitie in het kader van met name artikel 47 van het Handvest (HvJ 17 december 2015, C-419/14 WEBMINDLICENCES KfT) – niet zo ver gaat dat het vereist dat er bij de schending van het recht op privéleven bij het verzamelen van informatie steeds bewijsuitsluiting is (zie EHRM 12 juli 1988 SCHENK/Zwitserland; EHRM 12 mei 2000 KHAN/VK; EHRM 25 september 2001, P.H. en J.H./VK; EHRM 5 november 2002, ALLAN/VK; EHRM 1 maart 2007, HEGLAS/Tsjechië; EHRM 10 maart 2009, BYKOV/Rusland; EHRM 15 januari 2015, DRAGOJEVIC/Kroatië en voor een recente Belgische zaak: EHRM 31 januari 2017, KALNENIENE/België)

Wanneer de uitwisseling van informatie waarop de aanslag is gebaseerd wel gemachtigd is, dan rijst nog de vraag of deze machtiging wel in overeenstemming is met de wet. Hiervoor werd reeds toegelicht dat een machtiging een bestuursbeslissing is. Derhalve kan de rechter de machtiging als bestuurshandeling buiten toepassing laten wanneer zij in strijd is met de wet (artikel 159 GW).

F.Besluit

986. Als besluit kan worden gesteld dat artikel 327 § 1 tot § 3 W.I.B. 1992 wat betreft zowel toepassingsgebied als uitvoeringswijze gebreken vertoont op het vlak van de voorzienbaarheid. Wat betreft de uitvoeringswijze rijst vooral onduidelijkheid bij de vraag of deze wettelijke bepaling wel een systematische en automatische uitwisseling van informatie mogelijk maakt. Ook de omschrijving van het toepassingsgebied vertoont onduidelikheden, daar waar er diensten zijn vermeld die worden uitgesloten van het toepassingsgebied terwijl deze niet meer bestaan en daar waar er vragen rijzen rond overheidsdiensten met een complex juridisch statuut zoals de politiediensten. Het toepassingsgebied is bovendien zo ruim dat onverenigbaar hergebruik mogelijk is. In de huidige Belgische context bestaat er evenwel een systeem van machtigingen die als een waarborg kan worden beschouwd tegen misbruiken op dat vlak. Hoewel het systeem op een aantal vlakken gebreken vertoont, is het in de context van de voorzienbaarheid van de uitwisseling van informatie tussen overheidsdiensten zeker verdienstelijk. Het is onduidelijk of dit systeem dat niet is voorgeschreven door de Verordening 2016/679, na het van toepassing worden van deze Verordening nog overeind blijft. Indien dit systeem wordt verlaten, dan dringt zich in ieder geval een alternatief systeem op, dan wel minstens een ingrijpen van de wetgever in het bestaand wettelijk kader.

III.Meldplicht van de CFI en toegang tot het Centraal Strafregister

987. De meldplicht van het CFI lijkt, net als dit het geval is voor de toegang tot het Centraal Strafregister, weinig problemen op te leveren op het vlak van de voorzienbaarheid.

A.Toepassingsgebied

1.De betrokken instanties

988. Wat het toepassingsgebied betreft van de meldplicht **van de CFI**, zijn de *betrokken instanties* voldoende duidelijk omschreven. De instantie die tot mededeling wordt verplicht is de CFI en de instantie waaraan moet worden gemeld is de minister van Financiën. De meldingen worden in de praktijk bij de FOD Financiën gecentraliseerd bij de dienst “Coördinatie Anti-Fraude” (afgekort “CAF”)²⁴¹².

989. Ook voor de toegang tot **het Centraal Strafregister** is er – in wezen - voldoende duidelijkheid omtrent de betrokken instanties. Het Centraal Strafregister, bijgehouden onder het gezag van de minister van Justitie, is gehouden informatie te “verstrekken” (het gaat over een toegangssysteem). De ambtenaren die gemachtigd zijn tot toegang zijn de

²⁴¹² Oppericht bij KB van 10 oktober 2013 als autonome dienst; Zie jaarverslag FOD Financiën 2015

directeur-generaal van de Centrale administratie van de Administratie der directe belastingen, die bevoegdheden kan toewijzen aan een ambtenaar die diensthoofd is; de gewestelijke directeurs of hun vervanger van de buitendiensten van de Administratie der directe belastingen; de directeur-generaal van de Centrale Administratie van de bijzondere belastinginspectie, die bevoegdheden kan toewijzen aan een ambtenaar die diensthoofd is; de gewestelijke directeurs of hun vervanger van de buitendiensten van de Administratie van de bijzondere belastinginspectie (artikel 12 van het K.B. van 19 juli 2001). Het is duidelijk dat dit K.B. nog niet is aangepast aan de nieuwe terminologie van titels en graden ten gevolge van de nieuwe organisatiestructuur die binnen de FOD Financiën werd aangenomen (zie hierover de wet van 27 april 2016²⁴¹³). Niettemin lijken de ambtenaren die op grond van artikel 12 van het K.B. van 19 juli 2001 toegang krijgen tot het centraal strafregister, bepaalbaar aan de hand van de wet van 27 april 2016 over de aanpassing van de titels en graden in de diverse fiscale wetboeken. Zo werd de titel van gewestelijke directeur vervangen door de titel van adviseur-generaal²⁴¹⁴. Vanuit het oogpunt van de voorzienbaarheid is het uiteraard aangewezen dat deze titels worden aangepast in het K.B..

2. Te verstrekken inlichtingen

990. De te *verstrekken inlichtingen door de CFI* betreffen de inlichtingen die relevant zijn op het gebied van ernstige fiscale fraude, al dan niet georganiseerd, die voortvloeien uit de doormelding van een dossier aan de procureur des Konings of de federale procureur. Deze doormelding betreft met name de inlichtingen betreffende het witwassen van geld, afkomstig van een strafbaar feit dat verband houdt met ernstige fiscale fraude, al dan niet georganiseerd (artikel 28 § 2, 5^{de} lid witwaswet). Het gaat met andere woorden over de fiscaal relevante informatie uit een doormelding aan het openbaar ministerie van witwaspraktijken waarvan het basismisdrijf een (ernstig) fiscaal misdrijf is.

Dat een fiscaal misdrijf het basismisdrijf kan zijn van het witwasmisdrijf blijkt uit artikel 5 van de witwaswet²⁴¹⁵, waarin niet alleen wordt bepaald wat moet worden verstaan onder witwassen van geld en het financieren van terrorisme (artikel 5 § 1 en § 2 van de witwaswet)²⁴¹⁶, maar waarin tevens wordt vermeld uit welke misdrijven het geld of de activa moet voortkomen, om illegaal te zijn in de zin van de witwaswet (artikel 5 § 3 van de witwaswet). Tot deze misdrijven worden de misdrijven gerekend die in verband staat met "ernstige fiscale fraude, al dan niet georganiseerd" (artikel 5 § 3, 1^o, elfde gedachtenstreepje witwaswet)²⁴¹⁷.

²⁴¹³ BS 6 mei 2016

²⁴¹⁴ Zie memorie van toelichting bij de wet van 27 april 2016, *Parl. St. Kamer*, Doc 54 nr. 1588/001.

²⁴¹⁵ Het is sinds de wet van 7 april 1995 (BS 10 mei 1995) duidelijk dat fiscale fraude een basismisdrijf kan vormen van een witwasmisdrijf, zij het dat dit aanvankelijk beperkt was tot de ernstige en georganiseerde fiscale fraude. Zie hierover: M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 315-316

²⁴¹⁶ Het gaat met name over: "de omzetting of overdracht van geld of activa met de bedoeling de illegale herkomst ervan te verbergen of te verdoezelen of een persoon die betrokken is bij een misdrijf waaruit dit geld of deze activa voortkomen, te helpen ontkomen aan de rechtsgevolgen van zijn daden; het verhelen of verhullen van de aard, oorsprong, vindplaats, vervreemding, verplaatsing of eigendom van geld of activa waarvan men de illegale herkomst kent; de verwerving, het bezit of het gebruik van geld of activa waarvan men de illegale herkomst kent; de deelneming aan, de medeplichtigheid tot, de poging tot, de hulp aan, het aanzetten tot, het vergemakkelijken van of het geven van raad betreffende een van de in de drie voorgaande punten bedoelde daden."

²⁴¹⁷ Merk op dat de Richtlijn 2015/849 van het Europees Parlement en de Raad "inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering" vastgesteld (Pb.L. 5 juni 2015, afl. 141, 73, de zogenaamde vierde witwasrichtlijn) nog moet worden omgezet naar Belgisch recht.

991. De informatie die de CFI meldt aan de minister van Financiën wordt dus ernstig gefilterd. Vooreerst gaat het enkel over informatie die voortvloeit uit een melding aan het openbaar ministerie. Niet alle informatie die bij de CFI terecht komt wordt dus aan de minister van Financiën gemeld. Een dergelijke melding zal maar gebeuren nadat de CFI de informatie die haar ter kennis is gebracht zelf heeft onderzocht en na onderzoek²⁴¹⁸ heeft vastgesteld dat er *ernstige* aanwijzingen bestaan van witwassen van geld of financiering van terrorisme (artikel 34 van de witwaswet). Het feit dat er enkel wordt gemeld aan het openbaar ministerie als er ernstige aanwijzingen zijn van witwaspraktijken, zou er onder meer op gericht zijn de discretie – en geheimhoudingsverplichtingen van de instanties en personen die worden verondersteld informatie aan de CFI te melden, enigszins te vrijwaren²⁴¹⁹. Informatie die weliswaar verdacht lijkt, maar geen ernstige aanwijzing vormt van witwassen, wordt dus niet gemeld²⁴²⁰. Ook informatie die wijst op een fiscaal misdrijf moet niet gemeld worden aan het openbaar ministerie. Enkel ernstige aanwijzingen van een witwasmisdrijf worden gemeld²⁴²¹. Het moet bovendien gaan over een dossier waarin er niet alleen ernstige aanwijzingen zijn van witwassen van geld (of financiering van terrorisme); het geld moet bovendien afkomstig zijn van een strafbaar feit dat verband houdt met een *fiscaal misdrijf*. Wanneer er fiscaal relevante informatie zou beschikbaar zijn in een aanmelding bij het openbaar ministerie van witwaspraktijken waarvan het basismisdrijf een ander misdrijf is dan een fiscaal misdrijf, geeft dit dus geen aanleiding tot een melding aan de minister van Financiën. Dit fiscaal misdrijf moet *ernstige fiscale fraude* uitmaken, al dan niet georganiseerd. Witwasmisdrijven waarvan het basismisdrijf een gewone fiscale fraude uitmaakt, worden niet gemeld aan het openbaar ministerie, waardoor er ook geen melding is aan de minister van Financiën. Ten slotte wordt enkel deze informatie gemeld die *relevant* is op gebied van deze ernstige fiscale fraude. Dit houdt in dat niet de volledige aanmelding bij het openbaar ministerie wordt gemeld aan de minister van Financiën, maar enkel de fiscaal relevante informatie.

Uit het meest recente jaarverslag van de FOD Financiën (met name dat van 2015) blijkt dat er in 2015 in totaal 56 “inlichtingen” waren van de CFI, wat een relatief beperkt aantal inlichtingen is in vergelijking met bijvoorbeeld de inlichtingen van het openbaar ministerie (die hierna worden besproken in onderafdeling 3), met name 427 “inlichtingen” van het openbaar ministerie en 526 “inlichtingen” van arbeidsauditoraten (op grond van artikel 2 van de wet van 28 april 1999). Uit het jaarverslag van de CFI voor 2015 blijkt anderzijds dat van het totaal aantal doormeldingen aan het openbaar ministerie (met dus ernstige

Dit moet gebeuren ten laatste op 27 juni 2017. In de richtlijn 2015/849 werd de toepassing van de richtlijn op het witwassen van vermogensvoordelen afkomstig uit fiscale misdrijven verduidelijkt. De vierde witwasrichtlijn neemt de definitie van de derde witwasrichtlijn over, maar verduidelijkt de toepassing ten aanzien van fiscale misdrijven als volgt : "alle strafbare feiten, met inbegrip van fiscale misdrijven in verband met directe belastingen en indirecte belastingen, zoals omschreven in de wetgeving van de lidstaten, die strafbaar zijn gesteld met een maximale vrijheidsstraf of detentiemaatregel van meer dan een jaar of, voor lidstaten die in hun rechtsstelsel een minimumstraf voor strafbare feiten kennen, alle feiten die strafbaar zijn gesteld met een minimale vrijheidsstraf of detentiemaatregel van meer dan zes maanden"

²⁴¹⁸ In het kader van dit onderzoek mag de CFI overigens informatie inwinnen bij – onder meer – de FOD Financiën. De toegang tot de gegevens van de FOD Financiën door de CFI werd gemachtigd door het sectoraal comité voor de federale overheid (SCFO nr. 30/2015)

²⁴¹⁹ M.MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 320 en de verwijzingen naar rechtsleer aldaar.

²⁴²⁰ M.MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 320 en de verwijzingen naar rechtsleer aldaar.

²⁴²¹ *Parl. St. Kamer*, 1992-1993, 689/2, 5, aangehaald door M.MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 322 en de verwijzingen naar rechtsleer aldaar

aanwijzingen van witwaspraktijken), met name 3.646 doormeldingen (hetzij 992 nieuwe doormeldingen en 2.654 aanvullende doormeldingen), er slechts 284 informatienota's werden doorgemeld aan de dienst "Coördinatie Anti-Fraude (CAF)" van de FOD Financiën, aan de arbeidsauditoraten en aan de SIOD samen. Volledigheidshalve moet worden opgemerkt dat de gerechtelijke doormeldingen die betrekking hebben op ernstige fiscale fraude wel de grootste omvang hadden (322 miljoen EUR op in totaal 1.064,13 miljoen EUR).

992. Het begrip "ernstige fiscale fraude, al dan niet georganiseerd" is vaag. Hierdoor is het voor de betrokkene moeilijk te voorzien welke informatie precies zal worden gemeld, doch de vereiste van de voorzienbaarheid heeft ook en vooral de functie om te dienen als waarborg tegen misbruik. Hierboven werden er reeds voldoende voorbeelden gegeven waaruit blijkt dat privacyrisico's juist ontstaan door een weliswaar vage, maar vooral te ruime omschrijving van de uit te wisselen inlichtingen. De vaagheid van het begrip "ernstige fiscale fraude, al dan niet georganiseerd" lijkt dan ook vanuit het oogpunt van de voorzienbaarheid weinig problematisch, vermits hierboven is gebleken dat het hanteren van onder meer dit begrip, ertoe leidt dat het toepassingsgebied van de te melden inlichtingen ernstig wordt beperkt.

Het Grondwettelijk Hof heeft overigens in twee arresten uitspraak moeten doen over de vaagheid van dit begrip, weliswaar nooit in de context van de meldplicht van de CFI aan de minister van Financiën (artikel 35 § 2, 7^{de} lid witwaswet). De vaagheid diende ook niet te worden beoordeeld in het kader van de voorzienbaarheidsvereiste van artikel 8 EVRM, maar wel in het kader van het strafrechtelijke wettigheidsbeginsel dat eveneens veronderstelt dat de wet voldoende duidelijk omschrijft welke gedragingen strafbaar worden gesteld. Telkens oordeelde het Grondwettelijk Hof dat het begrip voldoende duidelijk was²⁴²².

Wat betreft het criterium "ernst" van de fiscale fraude, werd in de voorbereidende werken van de wet van 7 april 1995 tot wijziging van de witwaswet, waarin voor het eerst werd verduidelijkt dat de (toen nog) "ernstige en georganiseerde" fiscale fraude een basismisdrijf kon vormen, overigens gesteld dat deze ernst kon blijken uit de aanmaak en het gebruik van valse documenten, het omkopen van openbare ambtenaren, maar vooral de omvang van de schade aan de Schatkist en de sociaal-economische orde²⁴²³.

993. De inlichtingen die door het Centraal Strafregister kunnen worden verstrekt staan zeer duidelijk opgesomd in het wetboek van strafvordering. Met name bepaalt artikel 590 Sv. welke informatie in het Centraal Strafregister wordt opgenomen en bepaalt artikel 594 Sv. welke informatie wordt uitgesloten van toegang door administratieve overheden (onder meer informatie over verval van strafvordering naar aanleiding van een minnelijke schikking of probatieopschorting). Het K.B. van 19 juli 2001 beperkt de informatie die door de fiscale administratie bij het Centraal Strafregister kan worden bekomen dan nog eens tot veroordelingen die een overtreding betreffen op welbepaalde bepalingen van het strafwetboek. Het gaat over de overtredingen op de bepalingen in de afdelingen 1 en 2 van hoofdstuk I en op hoofdstuk II van Titel IX van Boek II van het Strafwetboek. Het gaat –

²⁴²² GwH 5 februari 2015, nr. 13/2015 en GwH 26 maart 2015, 41/2015

²⁴²³ *Parl. St.* Kamer, 1994-1995, 1323/1, 3, aangehaald door M.MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 316

grosso modo- over de misdrijven en wanbedrijven tegen eigendommen (titel IX), waaronder diefstal en afpersing, bedrog, omkoping en misbruik van vertrouwen. Toegang tot veroordelingen voor overtredingen van wettelijke bepalingen die in geen enkel opzicht relevant zijn voor de heffing van belastingen, zoals misdrijven tegen de openbare zedelijkheid of misdrijven tegen personen, wordt dus uitgesloten. De informatie die ingevolge de toegang tot het Centraal Strafregister wordt verstrekt, is dus voldoende voorzienbaar en ook voldoende afgebakend.

B.De uitvoeringswijze

994. Wat betreft de uitvoeringswijze van de **meldplicht van de CFI** verschaft de wet geen informatie. Dit lijkt nochtans vanuit het oogpunt van de voorzienbaarheid niet meteen problematisch, vermits er geen risico's op misbruiken lijken te kunnen ontstaan doordat hierover geen concrete toelichting bestaat.

995. Wat betreft de **toegang tot het Centraal Strafregister** bepaalt de wet duidelijk dat dit voor administratieve overheden slechts kan door een machtiging bij K.B., in Ministerraad overlegd en na advies van de Commissie ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Bovendien kan de machtiging slechts worden verleend in het kader van door of krachtens de wet bepaalde doeleinden (artikel 594 Sv.). Ingeval van raadpleging, wordt de identiteit van de personen die om raadpleging van het Strafregister verzoeken, geregistreerd in een controlesysteem. Deze gegevens worden gedurende zes maanden bewaard (artikel 601 Sv.). Dit lijkt voldoende duidelijk vanuit het oogpunt van de voorzienbaarheid. Het K.B. van 19 juli 2001 tot uitvoering van de wet van 8 augustus 1997 betreffende het Centraal Strafregister²⁴²⁴ heeft de uitvoeringsmodaliteiten verder uitgewerkt en bepaalt onder meer dat de personen die door of krachtens de wet gemachtigd zijn om toegang te hebben tot het Centraal Strafregister een individuele toegangscode krijgen. Zij kiezen een wachtwoord zodra zij die code hebben gekregen. Zij mogen die code en dat wachtwoord aan niemand bekendmaken (artikel 6 van het K.B. van 19 juli 2001). Bovendien moeten de personen die het Centraal Strafregister raadplegen, bij elke raadpleging hun identiteit, de referentie naar de wettelijke grondslag van de raadpleging en de exacte reden van de raadpleging vermelden (artikel 7 van het K.B. van 19 juli 2001).

C.De finaliteit en de bewaartermijn

996. Bij beide vormen van informatieverstrekking ontbreekt wel andermaal enige indicatie over de **bewaartermijn** van de informatie die door respectievelijk de minister van Financiën en de tot toegang gemachtigde ambtenaren moet worden gerespecteerd.

997. De **finaliteit** van de meldplicht van het CFI is niet letterlijk verduidelijkt in de wet. De wet stelt dat de melding aan de minister van Financiën "ter informatie" is. De vraag rijst of dit de eigenlijk finaliteit is, dan wel het middel om de uiteindelijke finaliteit te bereiken. Hoewel de meest voor de hand liggende finaliteit de heffing van de belastingen lijkt te zijn, wordt dit door de wet niet verduidelijkt. De voorbereidende werken spreken over de

²⁴²⁴ B.S. 24 augustus 2001

“noodzaak tot samenwerking”²⁴²⁵. Een verduidelijking van de finaliteit van de meldplicht is dan ook aangewezen.

De toegang tot het Centraal Strafregister geeft wel duidelijk de finaliteit aan. In artikel 584 Sv. wordt vermeld dat de doelstelling van het Centraal strafregister erop gericht “de gegevens mee te delen aan administratieve overheden met het oog op de toepassing van bepalingen waarvoor kennis is vereist van het gerechtelijk verleden van de personen op wie administratieve maatregelen betrekking hebben”. In artikel 12 van het K.B. van 19 juli 2001 wordt dan verduidelijkt dat het gaat om toegang tot deze gegevens met het oog op de toepassing van artikel 327 W.I.B. 1992, dit wil zeggen verder onderzoek bij bestuurlijke en gerechtelijke overheden, waaronder inzage in gerechtsdossiers.

§ 4 De noodzakelijkheidsvereiste bij de inwinning van informatie bij andere bestuurlijke overheden overheden

I. De informatie-inwinning op grond van artikel 327 § 1 tot § 3 W.I.B. 1992

998. In de mate dat het verzamelen van informatie bij andere bestuurlijke overheden dan de FOD Financiën als een inmenging in het privéleven moet worden beschouwd, dient deze verzameling ook te voldoen aan de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 EVRM.

De noodzakelijkheidsvereiste speelt zowel bij de keuze van de maatregel als bij de uitvoering ervan.

In het kader van de inwinning van informatie bij andere diensten van de FOD Financiën werd reeds gesteld dat de noodzakelijkheidsvereiste (op vlak van de keuze van de maatregel en op het vlak van de uitvoering) nooit een vraagstuk lijkt te zijn wanneer de informatie nodig is voor de berekening van de belasting, zoals dit bijvoorbeeld het geval is voor de technische informatie over de voertuigen, nodig voor de berekening van de verkeersbelasting.

De noodzakelijkheidsvereiste kan daarentegen wel aanleiding geven tot problemen bij de verzameling van informatie die bij andere bestuurlijke overheden wordt opgevraagd in het kader van de controle van de aangifte.

999. Wat betreft de keuze om deze informatie op te vragen bij andere bestuurlijke overheidsdiensten, schrijft de administratieve commentaar zelf voor dat de administratie “in het algemeen *blijk moet geven van gematigdheid en omzichtigheid, wanneer een beroep wordt gedaan op de documentatie in het bezit van de openbare inrichtingen en instellingen*”²⁴²⁶. Deze oproep tot gematigdheid lijkt evenwel vooral gericht te zijn op het vermijden van het verstoren van de werking van deze overheidsinstanties²⁴²⁷. Hoewel in de fiscale commentaren is opgenomen dat het gebruik van documentatie van andere overheden niet in alle omstandigheden kan, wordt de voorwaarde van de “gematigdheid” bij de keuze om de bestuurlijke overheden in te schakelen, geenszins in de wet ingelast.

²⁴²⁵ Memorie van toelichting bij de wet van 12 januari 2004 tot wijziging van de wet van 11 januari 1993, Doc 51, nr. 383/001, 49

²⁴²⁶ Comm.IB 327/34

²⁴²⁷ Comm.IB 327/34

Bovendien lijkt de fiscale administratie bij deze oproep tot gematigdheid onder meer de openbare inrichtingen en instellingen voor ogen te hebben die, wegens de aard van hun bedrijvigheid, onderworpen zijn aan de concurrentie van privébedrijven en, door dat feit, ertoe gehouden zijn een maximum van discretie nopens de aard en de belangrijkheid van de voor hun cliënteel gedane verrichtingen in acht te nemen. Ten aanzien van dergelijke openbare inrichtingen meent de fiscale administratie zelf dat zij slechts informatie kan opvragen “ingevallen van werkelijke noodzaak”. Daarnaast maakt de fiscale administratie in haar commentaar een opvallende uitzondering voor de “Instituten van de Belgische Radio en Televisie” in verband met de inlichtingen die ze ten gevolge van reportages in hun bezit zouden kunnen hebben²⁴²⁸. Vandaag zou de fiscale administratie in toepassing van artikel 327 § 1 W.I.B. 1992 een vraag kunnen stellen aan bijvoorbeeld de naamloze vennootschap van publiek recht “VRT”. De fiscale administratie sluit een vraag om inlichtingen aan de openbare omroep niet uit, maar stelt dat dit moet worden beperkt tot gevallen van werkelijke noodzaak. Ook deze noodzakelijkheidsvereiste staat niet in de wet.

1000. Het is duidelijk dat de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 EVRM deze oproep tot gematigdheid van de fiscale administratie, een grondrechtelijke grondslag geeft. Bij de beslissing om de bestuurlijke overheden in te schakelen zal de fiscale administratie dus rekening moeten houden met deze noodzakelijkheidsvereiste.

De noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 EVRM zal evenwel vooral bij de uitvoeringswijze van de maatregel van belang zijn. Artikel 327 § 1 W.I.B. 1992 vereist wel dat de ingezamelde gegevens door de betrokken ambtenaar die ze opvraagt, “nodig” moeten worden geacht voor de vestiging of de invordering van de door de Staat geheven belasting. De noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 EVRM zal de vereiste uit artikel 327 § 1 W.I.B. 1992 duidelijk versterken. Deze noodzakelijkheidsvereiste houdt immers niet alleen in dat de opgevraagde informatie relevant en pertinent is voor de belastingheffing, maar ook dat er een zekere proportionaliteit wordt gerespecteerd.

In een context van e-government waarin de uitwisselen van informatie tussen de bestuurlijke overheidsdiensten wordt gefaciliteerd door ICT, bestaat er een toename van de mogelijkheden om informatie automatisch en systematisch uit te wisselen. De gegevens die op die manier automatisch en systematisch bij de FOD Financiën kunnen binnenkomen, kunnen disproportioneel zijn, in het geval deze gegevens niet rechtstreeks nodig zijn voor de berekening van de belastingen, maar enkel nuttig zouden kunnen zijn voor de controle van de belastingen. Het op grote schaal verwerven van informatie die nuttig is voor de controle van de belastingen is slechts mogelijk mits de opgevraagde informatie wordt beperkt tot wat strikt noodzakelijk is om het concrete doel van de controle te bereiken. Opdat een redelijke verhouding wordt bereikt tussen de inmenging in het privéleven enerzijds en de heffingsdoelstellingen anderzijds zal het vereist zijn dat een zekere selectie wordt gemaakt rekening houdend met een aantal objectieve criteria die verband houden met de belangen die in de weegschaal liggen.

1001. Net als bij de inzameling van informatie binnen de FOD Financiën is er ook bij de inzameling van informatie van andere bestuurlijke overheidsdiensten, een controle van deze

²⁴²⁸ Comm.IB 327/34

noodzakelijkheidsvereiste, met name doordat een grote hoeveelheid gegevensstromen onderworpen is aan een machtigingsverplichting. Het controlesysteem biedt evenwel meer waarborgen tegen misbruik dan het interne controlesysteem dat op grond van artikel 4 van de wet van 3 augustus 2012 tot stand werd gebracht. De machtigingen worden immers afgeleverd door een orgaan dat garanties biedt op onafhankelijkheid en zijn bovendien publiek, al is het publiciteitssysteem voor verbetering vatbaar.

1002. De noodzakelijkheidsvereiste zal daarnaast ook kunnen worden beoordeeld door de rechter, niet alleen op het ogenblik dat de ingewonnen gegevens in een aanslag zijn aangewend (of wanneer dit wordt aangekondigd), maar ook wanneer de gegevensstroom onderworpen is aan een machtiging en de betrokkene deze machtiging als belanghebbende zou willen aanvechten wegens schending van – in casu – de proportionaliteitsvereiste.

II. De meldplicht van de CFI en de inzage in het Centraal Strafregister.

1003. In de mate dat de melding van informatie door de CFI aan de minister van Financiën als een inmenging in het privéleven moet worden beschouwd, dient ook deze melding te voldoen aan de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 EVRM.

De wettelijke bepaling die de meldplicht regelt lijkt evenwel reeds voldoende rekening te houden met de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 EVRM. Hierboven werd reeds toegelicht dat de te melden informatie, zelfs al is ze in wezen gevoelig van aard, ernstig wordt gefilterd door de CFI. Door deze filtering lijkt de te melden informatie te zijn ingeperkt tot de informatie die strikt noodzakelijk is om de fiscale doeleinden van de staat te bereiken. Over de keuze van de maatregel om de CFI systematisch bepaalde informatie te laten melden aan de minister van Financiën, kan wellicht bezwaarlijk worden gesteld dat deze niet noodzakelijk zou zijn voor de heffing van de belastingen.

1004. Dezelfde bedenking gaat op voor de inzage in het Centraal Strafregister. De te raadplegen informatie wordt reeds sterk ingeperkt tot – doorgaans - effectieve veroordelingen (en dus niet tot bijvoorbeeld beslissingen tot verval van strafvordering naar aanleiding van een minnelijke schikking – zie artikel 594 Sv). Het gaat bovendien over veroordelingen van een zekere omvang en leeftijd (zie eveneens artikel 594 Sv). Ten slotte gaat het enkel over veroordelingen voor overtredingen van bepalingen van het strafwetboek die fiscaal relevant kunnen zijn (artikel 12 van het K.B. van 19 juli 2001). Deze filters zorgen ervoor dat de toegang beperkt blijft tot wat strikt noodzakelijk is voor de heffing van de inkomstenbelastingen.

§ 5 Informatie-inwinning bij andere bestuurlijke overheidsdiensten en de bescherming van de persoonsgegevens

1005. Het behoeft weinig toelichting dat de informatie die de fiscale administratie inwint bij andere bestuurlijke overheidsdiensten vaak zal kwalificeren als persoonsgegevens, omdat het informatie betreft over een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon.

Het persoonsgegevensbeschermingsrecht is dus van toepassing op de verwerking die erin bestaat dat deze persoonsgegevens worden *ingewonnen* door de fiscale administratie. Vermits enkel de inwinning van informatie door de fiscale administratie het voorwerp uitmaakt van dit onderzoek wordt alleen deze verwerking (waarbij de fiscale administratie de verwerkingsverantwoordelijke is) op haar conformiteit met het persoonsgegevensbeschermingsrecht onderzocht. De regels na te leven door de overheid die de gegevens verstrekt, worden buiten beschouwing gelaten.

1006. De inwinning van persoonsgegevens bij andere bestuurlijke overheden zal dus toelaatbaar moeten zijn in de zin van het persoonsgegevensbeschermingsrecht en de verwerking zal kwaliteitsvol moeten zijn, wat onder meer inhoudt dat ze voldoende transparant is.

1007. De informatie-inwinning van andere bestuurlijke overheden zal steeds toelaatbaar zijn. De hier besproken vormen van verwerking van persoonsgegevens zullen immers noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de wettelijke opdracht van de fiscale administratie als verwerkingsverantwoordelijke, dan wel voor het algemeen belang.

Het verwerken van gevoelige en medische gegevens is, in de mate dat zij in handen zouden zijn van andere bestuurlijke diensten van de FOD Financiën, in principe verboden.

1008. De persoonsgegevens die door de CFI aan de minister van Financiën worden gemeld betreffen in principe gerechtelijke gegevens.

Dit is zeer duidelijk het geval in de huidige Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens dat de gerechtelijke gegevens omschrijft als de *“persoonsgegevens inzake geschillen voorgelegd aan de hoven en rechtbanken alsook aan administratieve gerechten, inzake verdenkingen, vervolgingen of veroordelingen met betrekking tot misdrijven, of inzake administratieve sancties of veiligheidsmaatregelen”* (artikel 8 § 1 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens). Ook verdenkingen van misdrijven vallen onder het begrip gerechtelijk gegeven. De Verordening 2016/679 is, zoals reeds werd aangestipt in de afdeling over het recht op de bescherming van de persoonsgegevens, niet zo duidelijk. Gerechtelijke gegevens worden omschreven als *“de gegevens betreffende strafrechtelijke veroordelingen en strafbare feiten of daarmee verband houdende veiligheidsmaatregelen”*. De vraag rijst of ook de verdenkingen onder deze omschrijving vallen. Gelet op het feit dat de Verordening 2016/679 tot doel heeft een hoog beschermingsniveau voor persoonsgegevens te bekomen, werd hierboven verdedigd dat dit wellicht wel het geval is, rekening houdend met het feit dat verdenkingen zelfs gevoeliger van aard lijken dan gegevens over veroordelingen waarbij de strafrechtelijke overtreding is vastgesteld.

De gegevens die uit het Centraal Strafregister kunnen worden geput, vormen zonder enige twijfel gerechtelijke gegevens.

Het principieel verwerkingsverbod voor gerechtelijke gegevens geldt evenwel niet wanneer de verwerking van deze gegevens wordt verricht onder toezicht van de overheid of indien de nationale wetgeving voorziet in passende specifieke waarborgen (artikel 8 lid 5 van de

Richtlijn 95/46). In de afdeling over het recht op de bescherming van de persoonsgegevens werd reeds vastgesteld dat de fiscale administratie gerechtelijke gegevens kan verwerken in de mate dat de verwerking van deze gegevens noodzakelijk is voor de uitoefening van haar taken. Artikel 8 § 3 van de Wet Verwerking Persoonsgegevens schrijft wel voor dat de personen die gerechtelijke gegevens verwerken tot geheimhouding verplicht zijn, wat reeds het geval is voor de federale fiscale ambtenaren (artikel 337 W.I.B. 1992). Daarnaast bepaalt artikel 25 van het Uitvoeringsbesluit dat de verwerkingsverantwoordelijke een aantal maatregelen moet nemen, waaronder het maken van lijsten van de categorieën van personen die de gerechtelijke gegevens kunnen raadplegen. Ook de Verordening 2016/679 schrijft voor dat gerechtelijke gegevens mogen worden verwerkt onder toezicht van de overheid *of* indien de verwerking is toegestaan bij Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepalingen die passende waarborgen voor de rechten en vrijheden van de betrokkenen bieden. Verwerkingen van gerechtelijke gegevens door de (fiscale) overheid zijn dus nog steeds mogelijk na 25 mei 2018.

§ 6 De informatie-inwinning bij andere bestuurlijke overheidsdiensten en de vereiste van een kwaliteitsvolle verwerking

1009. De informatie-inwinning bij andere bestuurlijke overheden zal ook kwalitatief moeten zijn, wat in hoofdzaak inhoudt dat er informatieverwerking gebeurt voor een welbepaalde *concrete* finaliteit, en de informatie ook proportioneel is aan die concrete finaliteit.

I. Informatie-inwinning op grond van artikel 327 § 1 tot § 3 W.I.B. 1992

1010. Wat betreft de finaliteitsvereiste werd hierboven reeds aangetoond dat het systeem van de machtigingen sterk bijdraagt tot de concretisering van de finaliteit van de gegevensinzameling, alsook tot een verduidelijking van de bewaartermijn.

1011. Door het ruime toepassingsgebied van artikel 327 § 1 W.I.B. 1992 dat inzameling mogelijk maakt van eender welke bestuurlijke overheid, in eender welke omstandigheid, bestaat er een risico op onverenigbaarheid van het hergebruik. Dit probleem werd reeds aangehaald in het kader van de beoordeling van de voorzienbaarheid van artikel 327 W.I.B. 1992.

1012. De verstreckende én ontvangende overheid (in casu de FOD Financiën) zijn als verwerkingsverantwoordelijken verantwoordelijk voor het respecteren van dit finaliteitsbeginsel. Zij zijn als overheid evenwel ontslagen van deze verantwoordelijkheid wanneer de gegevensstroom door een bevoegd machtigingscomité wordt gemachtigd en wordt geacht in overeenstemming te zijn met het finaliteitsbeginsel. Wanneer het bevoegde machtigingscomité de gegevensstroom onverenigbaar acht met de oorspronkelijke finaliteit, kan principieel onverenigbaar hergebruik slechts in de mate dat - op grond van de algemene uitzonderingsbepaling van artikel 13 van de Richtlijn 95/46 (en vanaf de inwerkingtreding van de Verordening 2016/679: artikel 6.4 van de Verordening 2016/679) – er een wettelijke regeling is die dit onverenigbaar hergebruik toelaat. Een dergelijke wettelijke regeling kan

slechts tot stand komen in de mate dat het onverenigbaar hergebruik noodzakelijk is (en evenredig) voor (in casu) de fiscale belangen van de staat.

1013. Het finaliteitsbeginsel zal vaak ook verhinderen dat de fiscale administratie een andere administratie voor de kar spant en informatie opvraagt die ze met haar eigen bevoegdheden niet kon verkrijgen. Deze informatie-inwinning op vraag zal doorgaans niet toegelaten zijn omdat de aangezochte administratie slechts informatie kan inwinnen in functie van haar eigen finaliteit²⁴²⁹. De fiscale administratie bevestigt dit overigens in een omgekeerde context, met name in het kader van de inwinning van informatie door de FOD Financiën ten behoeve van de RSVZ. De presentiegelden die worden betaald of toegekend aan inwoners van België, worden vermeld in vak 9, a) van de inkomstenfiche 281.30. Deze fiche laat niet toe het onderscheid te maken tussen, enerzijds de presentiegelden die onderworpen zijn aan de sociale zekerheid voor zelfstandigen en anderzijds de presentiegelden die daaraan niet onderworpen zijn. Ten gevolge van de informatie-uitwisseling tussen de FOD Financiën en de RSVZ krijgen personen die een mandaat uitoefenen in een overheidsorgaan en daarvoor presentiegelden krijgt, niet zelden een brief van het RSVZ waarin de betrokkene wordt verzocht een formulier in te vullen teneinde te bepalen hoeveel sociale bijdragen er moeten worden betaald, terwijl deze mandaathouders vrijgesteld zijn van het betalen van sociale bijdragen voor zelfstandigen. De minister bevestigde dat het niet mogelijk is om hieraan te verhelpen door bijvoorbeeld de fiches 281.30 in die zin te wijzigen dat er wel een onderscheid wordt gemaakt in functie van de vrijstelling van sociale bijdragen. Die informatie is fiscaal van geen enkel nut en via deze fiches kan alleen informatie worden ingezameld voor een fiscaal doel²⁴³⁰. Ook in de rechtspraak kan een bevestiging worden gevonden van het feit dat het finaliteitsbeginsel verhindert dat een bestuurlijke overheid informatie inzamelt ten behoeve van een andere bestuurlijke overheid met een andere finaliteit. Wat dat betreft kan verwezen worden naar de hierboven reeds aangehaalde zaak waarbij de informaticacel van de BBI bijstand verleende aan de sociale inspectie om tijdens een sociale controle de digitale bestanden van een bedrijf te kopiëren. De rechtbank oordeelde in deze zaak dat het (administratief) doelgebondenheidsprincipe deze werkwijze verhinderde²⁴³¹.

1014. De verstreckende en ontvangende overheid zijn ook verantwoordelijk voor het respecteren van het proportionaliteitsbeginsel en voor het beperken van de bewaartermijn. Ook hier kan de controle voor deze principes worden overgelaten aan een machtigingscomité.

II. Meldplicht van de CFI en de toegang tot het Centraal Strafregister

1015. Wat betreft de finaliteitvereiste werd inzake de meldplicht van de CFI hierboven reeds aangegeven dat een verduidelijking van de finaliteit in de wet aangewezen lijkt. De concrete finaliteit lijkt de heffing te zijn van de belastingen. Per verwerking van de persoonsgegevens zal bovendien moeten worden nagegaan of de verwerking door de fiscale administratie uiteindelijk gebeurt in functie van de inkomstenbelasting, dan wel in functie

²⁴²⁹ A.IJ. RUITER, "structurele informatie-uitwisseling tussen publieke handhavingsdiensten", *P&I* 2009, 8-18

²⁴³⁰ *Kamer, Vragen en Antwoorden*, 2014-2015, QRVA 54/029 dd. 15 juni 2015, blz. 32 (Parl. Vr. nr. 293 van de heer GILKINET dd. 21 april 2015)

²⁴³¹ Rb. Gent 21 oktober 2009, *Fisc. Koer.* 2009/748; bevestigd door Gent 19 april 2011, *TFR* 2012, afl. 417, 235

van een andere belasting. De proportionaliteit van de gegevensverwerking zal immers moeten worden beoordeeld in functie van deze concrete finaliteit. Hier zal meer in het bijzonder een taak weggelegd zijn door het CAF dat de door de CFI gemelde informatie slechts kan doorgeven aan de desbetreffende administraties in de mate dat deze informatie proportioneel is voor de belastingheffing waar deze administratie voor staat.

1016. Wat betreft de toegang tot het Centraal Strafregister is de finaliteit wel duidelijk in de wet bepaald. Wat betreft de heffing van de inkomstenbelasting, gaat het bovendien over een toegang met het oog op de toepassing van artikel 327 W.I.B. 1992 dus een toegang die erop gericht is een verder onderzoek mogelijk te maken bij gerechtelijke en bestuurlijke overheden.

§ 7 Informatie-inwinning bij andere bestuurlijke overheidsdiensten en het transparantiebeginsel

1017. De transparantieverplichtingen bij de informatie-inwinning bij andere bestuurlijke overheidsdiensten lopen in grote mate gelijk met de verplichtingen bij de informatie-inwinning bij andere diensten van de FOD Financiën.

1018. De *administratie die de gegevens ontvangt* (in casu de FOD Financiën) moet in principe aan de betrokkene bepaalde informatie verstrekken (waaronder de herkomst van de persoonsgegevens), maar zal zich vandaag wellicht beroepen op een vrijstellingsmogelijkheid omdat de gegevens niet bij de betrokkene zijn gekomen (zie artikel 9 § 2 b van de Wet Verwerking Persoonsgegevens: de verstrekking wordt verricht met het oog op de toepassing van een bepaling voorgeschreven door of krachtens een wet, een decreet of een ordonnantie).

De Verordening 2016/679 laat pas toe af te zien van de informatieverstrekking wanneer het *verkrijgen of verstrekken* van de gegevens *uitdrukkelijk* is voorgeschreven bij Unie- of lidstatelijk recht én indien er passende maatregelen zijn ingeschreven in de wet om de gerechtvaardigde belangen van de betrokkene te beschermen (artikel 14.5.c van de Verordening 2016/679). Artikel 327 § 1 W.I.B. 1992 is, net als dit het geval was voor artikel 335 eerste lid W.I.B. 1992, wel erg ruim geformuleerd om als een voorzienbare wettelijke basis te gelden voor elke vorm van inwinning van informatie bij andere bestuurlijke overheidsdiensten. Er kan zelfs aan worden getwijfeld of deze bepaling zelfs een voorzienbare wettelijke basis vormt voor de automatische uitwisseling van informatie (zie hierboven). In de mate dat het machtigingssysteem van de sectorale comités en de deelstatelijke machtigingscomités blijft bestaan, kan wel worden verdedigd dat er "*passende maatregel zijn om de gerechtvaardigde belangen van de betrokkene te beschermen*".

Net als bij de inwinning van informatie binnen de FOD Financiën, is er ook voor de inwinning van informatie bij andere bestuurlijke overheidsdiensten een uitweg om geen informatie te moeten verstrekken aan de betrokkene. Op grond van artikel 9 § 2 lid 2, a van de Wet Verwerking Persoonsgegevens (artikel 11.2 van de Richtlijn 95/46) en artikel 14.5.b van de Verordening 2016/679, moet er ook geen informatie worden verstrekt wanneer de verstrekking van informatie aan de betrokkene onmogelijk blijkt of onevenredig veel moeite

kost, zoals wanneer het over een zeer groot aantal betrokkenen gaat²⁴³², wat ingeval van uitwisseling van informatie op grond van artikel 327 W.I.B.1992 wellicht vaak het geval is. De informatie moet dan wel worden verstrekt wanneer de verwerkingsverantwoordelijke voor de eerste keer in contact treedt met de betrokkene (artikel 30 lid 1 van het Uitvoeringsbesluit), bijvoorbeeld naar aanleiding van de wijziging van de aangifte.

Ten slotte is er op grond van artikel 14.5.b van de Verordening 2016/679 de mogelijkheid geen informatie te verstrekken wanneer deze kennisgeving de verwezenlijking van de doeleinden van die verwerking onmogelijk dreigt te maken of ernstig in het gedrang dreigt te brengen. De fiscale administratie zal dit dan wel moeten aantonen en er moeten passende maatregelen worden genomen ter waarborging van de belangen van de betrokkene.

1019. Tot slot dient nog in herinnering te worden gebracht dat het transparantiebeginsel ook inhoudt dat er aan de betrokkene inzage wordt verleend van de persoonsgegevens die over hem zijn verzameld, en dat dit recht werd beperkt door de wet van 3 augustus 2012 (weigering van de inzage is mogelijk gedurende de periode tijdens welke de betrokkene het voorwerp uitmaakt van een controle (voor zover de toepassing ervan nadelig zou zijn voor de controle, en alleen voor de duur daarvan)). Het recht op verbetering wordt hierdoor deels onwerkzaam gemaakt. De dienstenintegrator biedt een bijkomend inzagerecht (hierboven toegelicht).

Onderafdeling 3: Informatie-inwinning bij gerechtelijke overheden

§ 1 Afbakening van het onderzoek

I. Begrip gerechtelijke overheden

1020. Een derde bron van informatie voor de fiscale administratie binnen het overheidsapparaat vormen de “gerechtelijke overheden”. Zoals hierboven reeds vermeld, worden voor de doeleinden van dit onderzoek onder “gerechtelijke overheden” de parketten, de griffies en de politiediensten verstaan. Deze laatste diensten kwamen hierboven in onderafdeling 2 aan bod in de mate dat zij beschikken over informatie die geen verband houdt met een gerechtelijke procedure. De informatie waarover deze griffies, parketten en politiediensten beschikken, kan op diverse wijzen tot bij de fiscale administratie geraken.

II. Informatieverstrekking op grond van artikel 327 § 1 W.I.B. 1992, daaronder begrepen de inzage in gerechtsdossiers

1021. Vooreerst laat het hiervoor reeds besproken artikel 327 § 1 W.I.B. 1992 toe dat de fiscale administratie aan de parketten, griffies en politiediensten informatie vraagt, net zoals zij dit kan bij alle andere bestuursdiensten van de staat. Artikel 327 § 2 W.I.B. 1992 koppelt wel een voorwaarde aan deze mogelijkheid tot inzameling van informatie, in de mate dat de informatie verband houdt met een gerechtelijke procedure. Met name dient er dan een uitdrukkelijke *toelating* te worden gegeven door het openbaar ministerie voor de

²⁴³² Zie overweging 40 van de Richtlijn 95/46; zie ook D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens* in de reeks “Recht en praktijk”, Antwerpen, Kluwer, 2001, 198, randnummer 268

inzage of het verkrijgen van een afschrift van deze gerechtsdossiers. Doorgaans zal de fiscale administratie vooral interesse hebben in strafdossiers, alhoewel de wet duidelijk toelaat dat ook informatie wordt opgevraagd uit andere gerechtsdossiers dan strafdossiers. De wetgever had bij de invoering van deze bepaling in 1938 zelfs eerder de andere gerechtsdossiers op het oog, waaronder dossiers over bijvoorbeeld onteigening waarin het bedrag van de door de onteigening verloren gegane inkomsten moet worden opgegeven²⁴³³.

III. Meldplicht van het openbaar ministerie

1022. Een tweede manier waarop informatie van bij gerechtelijke overheden bij de fiscale administratie terecht komt, is de meldplicht van het openbaar ministerie. De ambtenaren van het openbaar ministerie bij de hoven en rechtbanken waarbij een opsporingsonderzoek is ingesteld, waarvan het onderzoek indiciën van ontduiking inzake directe of indirecte belastingen aan het licht brengt, zijn verplicht om onmiddellijk de minister van Financiën in te lichten (artikel 2 van de wet van 28 april 1999²⁴³⁴). Hier gaat het dus over een meldplicht voor indiciën van fiscale fraude die uit een *straf dossier* zijn gebleken. De wet van 28 april 1999 werd ingevoerd ter vervanging van artikel 327 § 4 W.I.B. 1992 waar deze meldplicht vroeger was opgenomen (ingevoerd door het K.B. nr. 23 van 3 mei 1967²⁴³⁵). Deze meldplicht werd destijds in 1967 ingevoerd om het inzagerecht in de gerechtsdossiers, dat hierboven werd aangehaald, te faciliteren. Zonder melding door het openbaar ministerie van het bestaan van fiscaal interessante gerechtsdossiers, blijft het inzagerecht immers grotendeels dode letter vermits de inzage dan slechts kan worden gevraagd wanneer de fiscale administratie toevallig op de hoogte is van het bestaan van zulke dossiers²⁴³⁶. De melding van de indiciën brengt niet automatisch een toelating tot inzage met zich mee. De fiscale administratie moet na de melding van de indiciën dus nog steeds om de inzage vragen²⁴³⁷. Op het ogenblik van het invoeren van deze bepaling had men daarbij vooral de strafdossiers op het oog waarin er *geen* sprake is van fiscale misdrijven. Tot 1980 was de fiscale administratie immers *zelf* bevoegd om de fiscale strafvervolging uit te oefenen²⁴³⁸. In 1999 werd de meldplicht van het openbaar ministerie door de wet van 28 april 1999 uitgebreid en vereenvoudigd²⁴³⁹. De vereenvoudiging bestond erin dat de meldplicht van het

²⁴³³ *Parl. St. Kamer, 1937-1938, 263, 3*, waar de burgerlijke en tuchtdossiers worden genoemd. Zie ook *Hand. Kamer 7 juli 1938, 2292*, aangehaald door H. DUBOIS, "Vijf regels van fiscaal onderzoek" – grondbeginselen van het fiscaal onderzoek en het gebruik van inlichtingen gevonden door andere administratie of instanties", *TFR 1988, 271*, die opmerkt dat de inzage van het straf dossier wellicht niet eens bedoeld werd door de wetgever.

²⁴³⁴ *BS 25 juni 1999*

²⁴³⁵ *BS 25 mei 1967*

²⁴³⁶ Verslag aan de Koning bij K.B. nr. 23, *BS 25 mei 1967, 5602*; zie ook *Comm. IB 327/4*. Merk op dat bij de invoering van de meewerkplicht van bestuurlijke overheden, daaronder begrepen de gerechtelijke overheden, door de wet van 28 juli 1938 er een amendement werd ingediend in de Kamer om toen reeds een meldplicht te installeren voor het openbaar ministerie van de indiciën van fiscale fraude. Dit amendement werd toen uitdrukkelijk verworpen. Zie hierover: *Hand. Kamer, 7 juli 1938, 2306* en *Hand. Senaat, 19 juli 1938, 1992*; zie hierover ook: H. DUBOIS, "Vijf regels van fiscaal onderzoek" – grondbeginselen van het fiscaal onderzoek en het gebruik van inlichtingen gevonden door andere administratie of instanties", *TFR 1988, 271*.

²⁴³⁷ De aanbeveling om automatisch een toelating tot inzage te verlenen bij een melding, gedaan door de parlementaire onderzoekscommissie van 7 mei 2009 inzake de grote fiscale fraudedossiers, werd vooralsnog niet opgevolgd (Zie verslag van de parlementaire onderzoekscommissie van 7 mei 2009 naar de grote fiscale fraudedossiers, Doc 52 0034/004, aanbeveling nr. 44)

²⁴³⁸ Toenmalig artikel 350 WIB 1964; zie hierover: H. DUBOIS, "Vijf regels van fiscaal onderzoek" – grondbeginselen van het fiscaal onderzoek en het gebruik van inlichtingen gevonden door andere administratie of instanties", *TFR 1988, 275*

²⁴³⁹ Memorie van toelichting bij de wet van 14 januari 2013, *Parl. St. De Kamer, doc 53, 2430/001, 8*

openbaar ministerie niet meer onderworpen was aan een uitdrukkelijk verlov van het parket-generaal. De uitbreiding bestond erin dat de meldplicht ook gold voor indiciën van fraude inzake indirecte belastingen²⁴⁴⁰ en niet enkel voor “ernstige” indiciën²⁴⁴¹.

IV. Overleg in het kader van het bestrijden van de fiscale fraude (“una via”-overleg)

1023. Een derde, minder formele wijze waarop informatie vanuit een strafdossier kan doorstromen naar de fiscale administratie situeert zich enkel in de context van het *fiscaal strafrecht*. Het gaat met name over het doorstromen van informatie vanuit een strafdossier waarin er (ook) fiscale misdrijven²⁴⁴² aan de orde zijn. Samenwerking tussen de gerechtelijke overheden en de fiscale administratie lijkt zich hier als welhaast vanzelfsprekend op te dringen. Nochtans is een wederzijdse samenwerking niet zo vanzelfsprekend.

1024. Zoals hierboven reeds gesteld oefende de fiscale administratie tot 1980²⁴⁴³ zelf de strafvervolgung uit (toenmalig artikel 350 WIB 1964). In 1980 werd het openbaar ministerie bevoegd gemaakt voor de fiscale strafvervolgung inzake inkomstenbelastingen, net zoals dit reeds het geval was voor indirecte belastingen (wet van 8 augustus 1980 betreffende de budgettaire voorstellen 1979-1980²⁴⁴⁴)²⁴⁴⁵. Onder meer door een gebrek aan technische kennis en capaciteit werd door het openbaar ministerie een beroep gedaan op vooral ambtenaren van de Bijzondere Belastinginspectie (opgericht bij KB van 14 november 1978²⁴⁴⁶, precies met de bedoeling de fiscale fraude te bestrijden, maar zonder strafrechtelijke onderzoeksbevoegdheden)²⁴⁴⁷. De vrije samenwerking tussen BBI en het openbaar ministerie leidde tot kritiek, onder meer veroorzaakt door de actieve aanwezigheid van de BBI bij verhoren en huiszoekingen²⁴⁴⁸ en de bestaanbaarheid van deze actieve deelname met het geheime karakter van het strafonderzoek en de garantie op onafhankelijkheid bij de zoektocht naar de waarheid, of meer algemeen met het recht op eerlijk proces²⁴⁴⁹. Deze vraag rees temeer daar de fiscale administratie zich nadien van de

²⁴⁴⁰ Memorie van toelichting bij de wet van 14 januari 2013, *Parl. St.* De Kamer, doc 53, 2430/001, 8; zie ook *Parl. St.* Kamer, 1997-1998, 1341/23, 49

²⁴⁴¹ S. LIPPENS en C. THIEL, *Het Belgisch una-via-model in fiscale strafzaken*, Mechelen, Kluwer, 2012, 15

²⁴⁴² Hiermee wordt voor de doeleinden van dit onderzoek bedoeld: de overtredingen van (in casu) het wetboek van de inkomstenbelastingen en de uitvoeringsbesluiten die met bedrieglijk opzet of met het oogmerk te schaden zijn begaan.

²⁴⁴³ Dit was het geval gedurende ongeveer 45 jaar (S. LIPPENS en C. THIEL, *Het Belgisch una-via-model in fiscale strafzaken*, Mechelen, Kluwer, 2012, 11, die verwijzen naar de wet van 31 december 1925 tot wijziging van de wetgeving inzake inkomstenbelastingen en ermee gelijkgestelde belastingen, *BS* 2-3 januari 1926)

²⁴⁴⁴ *BS* 15 augustus 1980

²⁴⁴⁵ Zie verslag van de parlementaire onderzoekscommissie van 7 mei 2009 naar de grote fiscale fraudedossiers, Doc 52 0034/004; F. DESTERBECK, “wordt het “charter” nu echt herzien?”, *Fisc. Act.* 2009/28, 9-11; F. DESTERBECK, *Krachtlijnen van het fiscaal strafrecht en fiscaal strafprocesrecht*, Brussel, Larcier, 2013, 66; S. LIPPENS en C. THIEL, *Het Belgisch una-via-model in fiscale strafzaken*, Mechelen, Kluwer, 2012, 11

²⁴⁴⁶ *BS* 21 februari 1979

²⁴⁴⁷ R. TOURNICOURT, *Fiscaal strafrecht : overzicht van rechtspraak : 1980-1990*, Gent, Mys en Breesch, 1991, 16; Zie verslag van de parlementaire onderzoekscommissie van 7 mei 2009 naar de grote fiscale fraudedossiers, Doc 52 0034/004; F. DESTERBECK, “Charter van de belastingplichtige wordt gemoderniseerd”, *Fisc. Act.* 2016/39, 10-11; F. DESTERBECK, *Krachtlijnen van het fiscaal strafrecht en fiscaal strafprocesrecht*, Brussel, Larcier, 2013, 66; S. LIPPENS en C. THIEL, *Het Belgisch una-via-model in fiscale strafzaken*, Mechelen, Kluwer, 2012, 12

²⁴⁴⁸ Zie hierover: Omzendbief nr. 4/99 van het college van procureurs generaal van 15 december 1999; F. DESTERBECK, “Charter van de belastingplichtige wordt gemoderniseerd”, *Fisc. Act.* 2016/39, 1-11

²⁴⁴⁹ Zie het overzicht van rechtspraak van R. TOURNICOURT, *Fiscaal strafrecht : overzicht van rechtspraak : 1980-1990*, Gent, Mys en Breesch, 1991, 16-19, met verwijzing naar EHRM BOSNICH/Oostenrijk, 6 mei 1985; zie ook Omzendbief nr. 4/99 van het college van procureurs generaal van 15 december 1999; zie ook J. VANDEN BRANDEN en D. JAEQUES, *Fiscale rechtspraakoverzichten. Fiscaal strafrecht. 1980-2005*, Gent, Larcier

verworven informatie bediende voor het vestigen van aanslagen²⁴⁵⁰. Deze kritiek leidde tot de totstandkoming van het charter van de belastingplichtige (de wet van 4 augustus 1986²⁴⁵¹), waarbij de medewerking door de fiscale administratie aan het fiscaal strafonderzoek aan banden werd gelegd²⁴⁵², door te bepalen dat de fiscale administratie nog slechts als getuige kan worden gehoord (invoering artikel 350 bis W.I.B. 1964, huidig artikel 463 eerste lid W.I.B. 1992). Wat betreft de doorstroom van informatie van het openbaar ministerie naar de fiscale administratie bleef enkel de meldplicht van het openbaar ministerie overeind. Na het melden van de indiciën van fraude diende de fiscale administratie het onderzoek naar de bewijselementen met de eigen bevoegdheden aan te vatten²⁴⁵³.

1025. De regeling bleek te strikt, en van aard de bestrijding van de fiscale fraude te verhinderen²⁴⁵⁴. Diverse bepalingen van dit charter werden door de wetgever afgezwakt²⁴⁵⁵. Zo werd het mogelijk fiscale ambtenaren naar het openbaar ministerie (wet van 28 december 1992) en naar de politie (wet van 30 maart 1994) te detacheren, zodat er toch weer medewerking van de fiscale administratie aan het openbaar ministerie ontstond. Deze regeling ging wel gepaard met een aantal wettelijke onverenigbaarheden die de vrije doorstroom van informatie tussen openbaar ministerie en fiscale administratie moesten verhinderen. Zo mag de ter beschikking gestelde ambtenaar bij het openbaar ministerie geen zaken behandelen die hij behandeld heeft of waarvan hij kennis had in gevolge zijn functies bij zijn administratie van oorsprong (artikel 19 van het KB van 21 januari 2007²⁴⁵⁶). Omgekeerd mag de ter beschikking gestelde ambtenaar na zijn terugkeer in zijn administratie van oorsprong geen zaken behandelen die hij heeft behandeld of waarvan hij kennis had ingevolge zijn functies bij het openbaar ministerie (artikel 20 van het KB van 21 januari 2007). Voor de fiscale ambtenaar ter beschikking gesteld bij de politie, gelden dezelfde onverenigbaarheden (artikel 19 en 20 van het K.B. van 23 januari 2007²⁴⁵⁷). In de parlementaire onderzoekscommissie naar de grote fiscale fraude die verslag uitbracht in 1999, werd ervoor gepleit om het charter nog verder aan te passen en een nauwere samenwerking tussen het openbaar ministerie en de fiscale administratie tot stand te

2006, 22-25; S. LIPPENS en C. THIEL, *Het Belgisch una-via-model in fiscale strafzaken*, Mechelen, Kluwer, 2012, 12

²⁴⁵⁰ Zie verslag van de parlementaire onderzoekscommissie van 7 mei 2009 naar de grote fiscale fraudedossiers, Doc 52 0034/004

²⁴⁵¹ BS 20 augustus 1986

²⁴⁵² F. DESTERBECK, "Charter van de belastingplichtige wordt gemoderniseerd", *Fisc. Act.* 2016/39, 10-11; F. DESTERBECK, *Krachtlijnen van het fiscaal strafrecht en fiscaal strafprocesrecht*, Brussel, Larcier, 2013, 67

²⁴⁵³ Voor een actuele toepassing van het verbod voor de fiscale administratie om mee te werken aan het strafonderzoek: Antwerpen 16 januari 2013, *Fisc. Act.* 2013, nr. 12, 10-12: het Hof van Beroep vernietigde de aanslagen omdat een betrokken ambtenaar van het openbaar ministerie gehuwd is met de belastingambtenaar die het onderzoek leidt. Dit volstaat om de schijn van partijdigheid op te wekken. De belastingplichtige krijgt in die omstandigheden geen eerlijk proces.

²⁴⁵⁴ S. LIPPENS en C. THIEL, *Het Belgisch una-via-model in fiscale strafzaken*, Mechelen, Kluwer, 2012, 14

²⁴⁵⁵ Zie verslag van de parlementaire onderzoekscommissie van 7 mei 2009 naar de grote fiscale fraudedossiers, Doc 52 0034/004; F. DESTERBECK, "wordt het "charter" nu echt herzien?", *Fisc. Act.* 2009/28, 9-11.

²⁴⁵⁶ Voluit: KB van 21 januari 2007 tot vaststelling van de regels waarbij ambtenaren van de fiscale administraties ter beschikking worden gesteld van de procureur des Konings of van de arbeidsauditeur teneinde hen bij te staan in de uitoefening van hun taken

²⁴⁵⁷ Voluit: K.B. van 23 januari 2007 tot vaststelling van de regels waarbij ambtenaren van de fiscale administraties ter beschikking worden gesteld van de federale politie teneinde deze bij te staan in de strijd tegen de georganiseerde economische en financiële criminaliteit, BS 7 februari 2007

brengen²⁴⁵⁸. Ook het Hof van Cassatie interpreteert de principes van het charter zeer eng en laat een ruime vorm van informatieverstrekking door de fiscale administratie aan het openbaar ministerie toe, ook al leidt dit tot een “betekenisvolle medewerking” van de fiscale administratie aan de strafvervolging²⁴⁵⁹.

1026. Dit onderzoek betreft evenwel de gegevensstromen naar de fiscale administratie toe. In dat kader zijn de samenwerkingsprotocollen tussen de fiscale administratie en het openbaar ministerie van belang²⁴⁶⁰, die een verdere afzwakking van het charter van de belastingplichtige inhouden. Deze samenwerkingsprotocollen maken de vrije doorstroom van informatie mogelijk, ook wat betreft individuele dossiers²⁴⁶¹. Deze samenwerkingsprotocollen zijn niet publiek. Het protocol dat voor de inkomstenbelastingen van belang is, is het protocol ter bestrijding van mechanismen van grote en georganiseerde fiscale fraude van 2007.

1027. Het “una via”-overleg kan worden beschouwd als de voorlopig laatste fase in de “modernisering” van het charter van de belastingplichtige²⁴⁶². Hiermee werd een overlegstructuur tussen het openbaar ministerie en fiscale administratie gecreëerd die, in tegenstelling tot de samenwerkingsprotocollen, een wettelijke grondslag heeft²⁴⁶³. De wet van 20 september 2012 tot instelling van het “una via”-principe in de vervolging van overtredingen van de fiscale wetgeving en tot verhoging van de fiscale penale boetes²⁴⁶⁴ heeft een derde lid toegevoegd aan artikel 29 van het wetboek van strafvordering, dat de meldingsplicht regelt van openbare ambtenaren in het algemeen en fiscale ambtenaren in het bijzonder. Op grond van het eerste lid van artikel 29 Sv. is iedere gestelde overheid verplicht het openbaar ministerie in kennis te stellen van het misdrijf of wanbedrijf waarvan hij kennis krijgt in de uitoefening van zijn ambt. De verplichting geldt evenzeer voor de

²⁴⁵⁸ Zie verslag van de parlementaire onderzoekscommissie van 7 mei 2009 naar de grote fiscale fraudedossiers, Doc 52 0034/004, aanbeveling 3

²⁴⁵⁹ Zie Cass. 29 maart 1994, FJF 94/2000; zie ook J. VANDEN BRANDEN en D. JAEQUES, *Fiscale rechtspraakoverzichten. Fiscaal strafrecht. 1980-2005*, Gent, Larcier 2006, 26 (over het spontaan verstrekken van inlichtingen aan het openbaar ministerie eens een fiscaal misdrijf met een machtiging aan het openbaar ministerie ter kennis was gebracht); zie ook Cass. 20 juni 2000, TFR 2000, 770, noot S. HUYGHE (idem, alsook over de verplichting voor de fiscale administratie te antwoorden op de vragen die door het openbaar ministerie worden gesteld) en Cass. 17 december 2008, *Rev.dr.pén.* 2009, afl. 6, 713 (de fiscale ambtenaren kunnen feiten van witwassen zonder machtiging van hun directeur melden aan het openbaar ministerie, ook al brengt het onderzoek naar de witwasfeiten fiscale fraude aan het licht; fiscale ambtenaren moeten ook inlichtingen verstrekken aan het openbaar ministerie wanneer zij daarnaar vraagt. De fiscale administratie mogen de verstrekte inlichtingen nadien aanvullen, ook al wordt er op die manier op een betekenisvolle wijze meegewerkt aan het strafonderzoek)(zie hierover: F. DESTERBECK, “Fiscale ambtenaren mogen politie inlichtingen verstrekken en die ook spontaan aanvullen”, *Fisc. Act.* 2009, nr. 08, 9-10)

²⁴⁶⁰ Zie hierover: M. MAUS, “Nieuw protocol ter bestrijding fiscale fraude is reus op lemen voeten”, *Fisc. Act.* 2007, nr. 3, 9-11; F. DESTERBECK, “wordt het “charter” nu echt herzien?”, *Fisc. Act.* 2009/28, 9-11; Zie verslag van de parlementaire onderzoekscommissie van 7 mei 2009 naar de grote fiscale fraudedossiers, Doc 52 0034/004; S. LIPPENS en C. THIEL, *Het Belgisch una-via-model in fiscale strafzaken*, Mechelen, Kluwer, 2012, 15

²⁴⁶¹ F. DESTERBECK, “wordt het “charter” nu echt herzien?”, *Fisc. Act.* 2009/28, 9-11; M. MAUS, “Nieuw protocol ter bestrijding fiscale fraude is reus op lemen voeten”, *Fisc. Act.* 2007, nr. 3, 9-11

²⁴⁶² F. DESTERBECK, “Charter van de belastingplichtige wordt gemoderniseerd”, *Fisc. Act.* 2016/39, 1-11; F. DESTERBECK, *Krachtlijnen van het fiscaal strafrecht en fiscaal strafprocesrecht*, Brussel, Larcier, 2013, 69; zie ook het verslag van 10 september 2009 van de werkgroep Clerfayt, waarover sprake in: S. LIPPENS en C. THIEL, *Het Belgisch una-via-model in fiscale strafzaken*, Mechelen, Kluwer, 2012, 50

²⁴⁶³ Die was ook een aanbeveling van de parlementaire onderzoekscommissie die had vastgesteld dat bij een aantal grote fiscale fraudedossier het gebrek aan overleg een duidelijk pijnpunt vormde: Zie verslag van de parlementaire onderzoekscommissie van 7 mei 2009 naar de grote fiscale fraudedossiers, Doc 52 0034/004; S. LIPPENS en C. THIEL, *Het Belgisch una-via-model in fiscale strafzaken*, Mechelen, Kluwer, 2012, 37 ev.

²⁴⁶⁴ BS 22 oktober 2012; Deze regeling vormt één van de aanbevelingen van de parlementaire onderzoekscommissie inzake de grote fiscale fraudedossiers. Zie verslag van de parlementaire onderzoekscommissie van 7 mei 2009 naar de grote fiscale fraudedossiers, Doc 52 0034/004

fiscale ambtenaren voor feiten die, naar luid van de belastingwetten en van de ter uitvoering ervan genomen besluiten, strafrechtelijk strafbaar zijn, zij het dat deze ambtenaren over een machtiging moeten beschikken van de adviseur-generaal onder wie zij ressorteren (artikel 29 lid 2 Sv.) om de melding aan het openbaar ministerie te kunnen doen. Het derde lid van artikel 29 Sv. laat nu toe²⁴⁶⁵ dat deze adviseur-generaal of de ambtenaar die hij aanwijst, in het kader van de strijd tegen de fiscale fraude, over *concrete dossiers* overleg pleegt met de procureur des Konings. Hiervoor is dan geen machtiging van een overste vereist²⁴⁶⁶. Ook de bevoegde politionele overheden kunnen deelnemen aan het overleg. Dit overleg is erop gericht een keuze te maken tussen een strafrechtelijke vervolging dan wel een administratieve afhandeling (“una via”), onder meer rekening houdend met de onderzoeksbevoegdheden die noodzakelijk blijken om de bedoelde fraude aan te pakken²⁴⁶⁷. Hoewel het overleg er op zich op gericht is het openbaar ministerie in staat te stellen zich een oordeel te vormen over de noodzaak een opsporingsonderzoek te vorderen²⁴⁶⁸, kan dit overleg aanleiding geven tot het doorgeven van informatie door het openbaar ministerie aan de fiscale administratie die relevant is met het oog op de juiste heffing van de belasting²⁴⁶⁹. De omzendbrief 11/2012 van 22 oktober 2012 van het college van procureurs-generaal bevestigt dit. In deze omzendbrief worden aan aantal instructies gegeven in verband met dit overleg. Wat betreft de doorstroom van informatie van de gerechtelijke overheden naar de fiscale administratie, stelt deze omzendbrief dat wanneer “eenvoudige” fiscale fraude door de lokale of federale politie wordt ontdekt, zij hiervan een proces-verbaal moeten opstellen dat zij aan het openbaar ministerie moeten bezorgen. Het openbaar ministerie dient dan deze fraude te melden aan de minister van Financiën in uitvoering van de meldplicht van de wet van 28 april 1999. Het “una via”-overleg doet immers geen afbreuk aan de bestaande wettelijke systemen voor het openbaar ministerie en de fiscale administratie om elkaar in te lichten (meldplicht openbaar ministerie (wet 28 april 1999), meldplicht fiscale administratie (artikel 29 lid 2 Sv.))²⁴⁷⁰. Wanneer ernstige en/of georganiseerde fiscale fraude wordt ontdekt en/of fiscale fraude waarvoor specifieke maatregelen noodzakelijk zouden kunnen zijn die tot de bevoegdheid van de rechterlijke macht behoren, dan maakt de lokale of federale politie eveneens een proces-verbaal op dat aan het openbaar ministerie wordt bezorgd. Het openbaar ministerie heeft volgens deze omzendbrief dan de keuze. Ofwel vervolgt hij de fraude meteen strafrechtelijk, in welk geval het openbaar ministerie de fraude meldt aan de minister van Financiën in uitvoering van de wet van 28 april 1999. Ofwel meent het openbaar ministerie dat het “una-via”-overleg moet worden georganiseerd in de zin van artikel 29 lid 3 Sv. teneinde te bepalen of de fraude strafrechtelijk moet worden vervolgd, dan wel administratiefrechtelijk door de fiscale administratie moet worden afgehandeld. In de omzendbrief is dan geen sprake meer van een specifieke melding op grond van de wet van 28 april 1999. Hieruit blijkt dat althans het openbaar ministerie van

²⁴⁶⁵ Het gaat over een mogelijkheid, geen verplichting (S. LIPPENS en C. THIEL, *Het Belgisch una-via-model in fiscale strafzaken*, Mechelen, Kluwer, 2012, 80)

²⁴⁶⁶ F. DESTERBECK, *Krachtlijnen van het fiscaal strafrecht en fiscaal strafprocesrecht*, Brussel, Larcier, 2013, 69

²⁴⁶⁷ *Parl. St. Kamer*, 2011-2012, doc 53-1973/001, 4-7

²⁴⁶⁸ *Parl. St. Kamer*, 2011-2012, doc 53 1973/001, p.

²⁴⁶⁹ *Parl. St. Senaat*, 2011-2012, nr. 5-1592/3, 41-46; F. DESTERBECK, *Krachtlijnen van het fiscaal strafrecht en fiscaal strafprocesrecht*, Brussel, Larcier, 2013, 74; S. LIPPENS en C. THIEL, *Het Belgisch una-via-model in fiscale strafzaken*, Mechelen, Kluwer, 2012, 78

²⁴⁷⁰ *Parl. St. Kamer*, 2011-2012, doc 53 1973/001, 10; Circulaire AFZ 9/2012 (AFZ/2012-0629) betreffende de wet van 20 september 2012 tot instelling van het “una via”-principe in de vervolging van overtredingen van de fiscale wetgeving en tot verhoging van de fiscale penale boetes van 23 oktober 2012
S. LIPPENS en C. THIEL, *Het Belgisch una-via-model in fiscale strafzaken*, Mechelen, Kluwer, 2012, 102

oordeel is dat het doorgeven van informatie aan de fiscale administratie op dit “una via”-overleg, een wettelijke grondslag kan vinden in artikel 29 lid 3 Sv.

V.De inzagerechten van de fiscale administratie als burgerlijke partij

1028. Specifiek voor wat betreft de gegevens van een strafdossier, kan de fiscale administratie ook inzage verkrijgen in het strafdossier wanneer zij zich burgerlijke partij heeft gesteld. Deze inzage als burgerlijke partij zou volgens M. MAUS een bijkomende bron van informatie vormen waarop de administratie zich kan baseren voor het vestigen van een aanslag²⁴⁷¹.

Het Hof van Cassatie heeft in een arrest van 9 december 1997 bevestigd dat de fiscale administratie zich ook inzake inkomstenbelastingen burgerlijke partij kan stellen in een strafzaak, en dit tot herstel van de schade waarin de belastingwetten niet voorzien²⁴⁷². Met name kan de fiscale administratie als burgerlijke partij inzage krijgen van het strafdossier bij de regeling der rechtspleging (artikel 127 § 2 Sv.). Daarnaast kan de fiscale administratie als burgerlijke partij ook tijdens het gerechtelijk onderzoek inzage krijgen van het gerechtsdossier op grond van artikel 61 ter Sv. (ingevoegd door de wet van 12 maart 1998²⁴⁷³, de zogenaamde “Wet Franchimont”). Op grond van dit artikel is het voor de rechtstreeks belanghebbenden, waaronder de burgerlijke partij, mogelijk om reeds tijdens het gerechtelijk onderzoek aan de onderzoeksrechter te vragen om inzage te krijgen in het dossier of er een afschrift van te krijgen (artikel 61 ter § 1 Sv.). In de praktijk wordt weinig gebruik gemaakt van deze mogelijkheid door de fiscale administratie²⁴⁷⁴. De inzage is ook beperkt in tijd (artikel 61 ter § 4 Sv.). De verzoeker kan de inlichtingen verkregen door de inzage of het nemen van een afschrift alleen gebruiken in het belang van zijn verdediging, op voorwaarde dat hij het vermoeden van onschuld in acht neemt, alsook de rechten van verdediging van derden en het privéleven en de waardigheid van de persoon (artikel 61 ter § 4 tweede lid Sv.). Dit verhindert volgens M. MAUS niet dat de fiscale administratie de aldus bekomen informatie aanwendt voor belastingheffing.

1029. Het wettelijk voorschrift dat de verzoeker de door de inzage of het nemen van een afschrift verkregen inlichtingen alleen mag gebruiken in het belang van zijn verdediging (op voorwaarde dat hij het vermoeden van onschuld in acht neemt, alsook de rechten van verdediging van derden en het privéleven en de waardigheid van de persoon), lijkt evenwel wel degelijk te verhinderen dat deze informatie voor belastingheffing inzake inkomstenbelasting wordt aangewend. Het heffen van de inkomstenbelastingen kan niet worden beschouwd als een aspect van het recht van de fiscale administratie om zich te verdedigen. Het recht van de burgerlijke partij om zich in een strafzaak te verdedigen is erop gericht de veroordeling van de inverdenkinggestelde te bekomen om aldus een vergoeding

²⁴⁷¹ M. MAUS, “Over het charter van de belastingplichtige en de fiscale rechtsbescherming na de Wet-Franchimont en het cassatiearrest van 9 december 1997”, *Not.Fisc.M.* 1999, 77-90; M.MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 296-297; hierin gevolgd door F. VAN VOLSEM; “De fiscale administratie als burgerlijke partij voor de strafrechten: een poging tot synthese” in X. *De wet voorbij. Liber Amicorum Luc Huybrechts*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 573-596

²⁴⁷² Cass. 9 december 1997, *FJF* 1998, 5; zie later ook nog: Cass. 14 februari 2001, *TFR* 2001, 616

²⁴⁷³ BS 12 maart 1998

²⁴⁷⁴ F. VAN VOLSEM; “De fiscale administratie als burgerlijke partij voor de strafrechten: een poging tot synthese” in X. *De wet voorbij. Liber Amicorum Luc Huybrechts*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 573-596

te verkrijgen voor de opgelopen schade die in causaal verband staat met het misdrijf. De burgerlijkepartijstelling van de fiscale administratie is inzake inkomstenbelastingen beperkt tot het herstel van de schade waarin de belastingwetten *niet* voorzien²⁴⁷⁵. Dit houdt in dat de (ontdoken) inkomstenbelastingen niet als een schadepost wordt beschouwd die middels de burgerlijkepartijstelling kan worden vergoed²⁴⁷⁶. De stelling dat de inzage van het strafdossier door de fiscale administratie als burgerlijke partij niet toelaat de aldus vernomen informatie aan te wenden voor belastingheffing, lijkt te worden ondersteund door een arrest van het Grondwettelijk Hof van 25 oktober 2012 waarin het Hof zich diende uit te spreken over de bestaanbaarheid van artikel 327 § 1 WIB 1992 met het gelijkheidsbeginsel, in de interpretatie dat de toelating tot inzage van het strafdossier die door het openbaar ministerie²⁴⁷⁷ wordt verleend aan de fiscale ambtenaar, niet aan enige beperking in de tijd is onderworpen, terwijl de toelating tot inzage van het strafdossier die op grond van artikel 61ter § 3 Sv. door de onderzoeksrechter aan de inverdenkinggestelde wordt verleend, steeds in de tijd is beperkt²⁴⁷⁸. Het Grondwettelijk Hof overwoog dat artikel 327 § 1 van het WIB 1992 past in het kader van een onderzoek van de fiscale administratie met het oog op de vestiging of de invordering van de belastingen, waarvan de opbrengst wordt aangewend voor overheidsuitgaven, dus ter behartiging van het algemeen belang. Artikel 61 ter Sv. daarentegen past volgens het Grondwettelijk Hof in het kader van een strafrechtelijk onderzoek waarbij een niet aangehouden inverdenkinggestelde *of een burgerlijke partij*²⁴⁷⁹ die de onderzoeksrechter om inzage van een strafdossier verzoekt (op grond van artikel 61 ter § 1 Sv.), zich door een *persoonlijk belang* laat leiden. Deze overweging lijkt eraan in de weg te staan dat de burgerlijke partij de informatie bekomen in het kader van de inzage van het strafdossier op grond van artikel 61 ter Sv. aanwendt voor het algemeen belang, zijnde de heffing van de inkomstenbelastingen.

1030. Om deze reden wordt deze vorm van informatie-inzameling in het kader van dit onderzoek *buiten beschouwing gelaten*.

1031. Eens de fiscale administratie door een inzage van het strafdossier op basis van artikel 61 ter Sv. kennis heeft van de inhoud ervan, kan zij overigens steeds toelating tot inzage vragen aan het openbaar ministerie op grond van artikel 327 § 1 W.I.B. 1992. Er kan immers in alle omstandigheden inzage van het gerechtsdossier worden gevraagd. Dit kan niet alleen omdat het bestaan van een fiscaal relevant gerechtsdossier door het openbaar ministerie aan de fiscale administratie is gemeld (wet van 28 april 1999), maar ook wanneer het bestaan van een fiscaal relevant gerechtsdossier om enig welke andere reden bij de fiscale administratie bekend is.

1032. Voor de volledigheid moet overigens worden opgemerkt dat dit inzagerecht van de burgerlijke partij op grond van artikel 61 ter Sv. vanuit het oogpunt van de bescherming van het recht op privéleven weinig problematisch is, aangezien de wet uitdrukkelijk voorschrijft

²⁴⁷⁵ Cass. 9 december 1997, *FJF* 1998, 5

²⁴⁷⁶ Het is voor het overige nog steeds onduidelijk welke schade dan wel kan worden gevorderd: F. DESTERBECK, *Krachtlijnen van het fiscaal strafrecht en fiscaal strafprocesrecht*, Brussel, Larcier, 2013, 60

²⁴⁷⁷ Op het moment van de vraagstelling moest de toelating nog worden gegeven door de federale procureur, de procureur-generaal of de auditeur-generaal

²⁴⁷⁸ GwH 25 oktober 2012, nr. 128/2012, overweging B.2

²⁴⁷⁹ De burgerlijke partij beschikt over hetzelfde inzagerecht als de inverdenkinggestelde op grond van artikel 61ter Sv.

dat de onderzoeksrechter de inzage of het nemen van een afschrift van het dossier of van bepaalde stukken kan verbieden, onder meer indien inzage een ernstige schending van het privéleven van personen zou inhouden (artikel 61ter § 3 Sv). Deze jurisdictionele controle, waarbij de rechter specifiek de opdracht krijgt te oordelen in functie van onder meer het recht op privéleven, vormt een belangrijke waarborg tegen misbruiken, die bovendien preventief is vermits de controle de inzage en dus de eventuele schending van het recht op privéleven voorafgaat.

§ 2 De informatie-inwinning bij gerechtelijke overheden als inmenging in het privéleven

1033. De gerechtelijke overheden (griffie, parket en politiediensten) zijn in principe tot medewerking verplicht wanneer hen om inzage wordt gevraagd op grond van artikel 327 § 1 W.I.B. 1992, zij het dat de inzage van informatie in verband met gerechtelijke procedures wel is onderworpen aan een uitdrukkelijke toelating van het openbaar ministerie. Het openbaar ministerie beslist discretionair²⁴⁸⁰. Een weigering tot inzage kan door de fiscale administratie ook niet worden betwist²⁴⁸¹. Eens deze toelating is verstrekt, is er een meewerkplicht van de griffies en de politiediensten. Een mededeling van informatie vormt evenwel een inmenging in het privéleven in de mate dat de mededeling in hoofde van de betrokkene een ongewenst karakter heeft. Net als bij de informatieverstrekking van andere bestuurlijke overheidsdiensten, wordt ook bij de informatieverstrekking van de gerechtelijke overheden de belastingplichtige niet betrokken en is de informatieverstrekking in zijnen hoofde ongewild.

1034. Net als bij de informatie-inzameling bij bestuurlijke overheidsdiensten kan ook de informatieverstrekking van gerechtelijke overheden slechts betrekking hebben op inlichtingen die *“de ambtenaar voor de vestiging of de invordering van de door de Staat geheven belastingen nodig acht”* (artikel 327 § 1 eerste lid W.I.B. 1992). Hierboven werd reeds diverse malen toegelicht dat fiscaal relevante informatie, wat betreft een natuurlijke persoon en aangenomen dat deze informatie niet publiek is, *steeds* beschermd wordt onder artikel 8 EVRM omdat dergelijke informatie inzicht verleent in het private dan wel professionele leven van een natuurlijke persoon.

Bij het verstrekken van inzage in een gerechtsdossier blijft de inzage vaak niet beperkt tot fiscaal relevante informatie. De vraag rijst immers of een gerechtsdossier kan worden uitgezuiverd zodat de fiscale administratie enkel kennis krijgt van de elementen die nodig zijn voor de vestiging van de belasting. Het openbaar ministerie kan zijn toelating tot inzage weliswaar beperken tot deze delen van het gerechtsdossier die fiscaal relevant zijn. Zelfs dan lijkt het evenwel onvermijdelijk dat de fiscale administratie door de inzage ook kennis neemt van méér informatie dan nodig voor de vestiging van de belastingen, doordat zij bijvoorbeeld kennis kan nemen van de context waarin deze fiscaal relevante informatie werd verzameld, en minstens kennis kan nemen van de misdrijven waarvan de betrokken belastingplichtige wordt verdacht. Deze informatie maakt deel uit van het private leven van de natuurlijke persoon. De inzage in het gerechtsdossier lijkt dan ook ten aanzien van alle natuurlijke personen die erin worden vernoemd, een inmenging in het privéleven te vormen. Deze

²⁴⁸⁰ GwH 25 oktober 2012, nr. 128/2012, overweging B.3.2

²⁴⁸¹ Zie uitvoerig: M.MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 281

kwestie vormt ten andere ook een vraagstuk inzake de noodzakelijkheidsvereiste, die hierna wordt besproken. Voor *rechtspersonen* zal de inzage in het gerechtsdossier slechts een inmenging vormen in het privéleven in de mate dat de rechtspersoon met een natuurlijke persoon kan worden gelijkgesteld of in de mate dat door de inzage van het gerechtsdossier er kennis kan worden genomen van de communicatie die namens de rechtspersoon is gebeurd, dan wel van zakengeheimen van de rechtspersoon. Deze informatie wordt immers beschermd door artikel 8 EVRM.

1035. Bij de andere vormen van informatie-inzameling (meldplicht openbaar ministerie en “una via”-overleg) zal er in wezen in dezelfde mate sprake zijn van een inmenging in het privéleven. Deze vormen van informatieverstrekking zijn eveneens ongewild in hoofde van de betrokkene die bij de informatieverstrekking niet wordt betrokken. Bovendien is de informatie die wordt verstrekt, zelfs al is ze beperkt tot de mededeling dat er indiciën van fraude zijn in hoofde van een welbepaalde natuurlijke persoon (zonder dat concreet wordt aangeduid waaruit deze indiciën bestaan), steeds van private aard, zodat de mededeling van het bestaan van deze (niet nader verduidelijkte) indiciën van fraude ook altijd een inmenging vormt in het privéleven van de betrokken natuurlijke persoon. De melding van het bestaan van indiciën van fraude in hoofde van een rechtspersoon, zonder verdere toelichting, zal slechts een inmenging vormen in het privéleven indien de rechtspersoon met een natuurlijke persoon kan worden gelijkgesteld.

§ 3 De legaliteitsvereiste en de inwinning van informatie bij gerechtelijke overheden

A. Algemeen

1036. In de mate dat de inwinning van informatie bij gerechtelijke overheden als een inmenging in het privéleven kan worden beschouwd, dient zij gebaseerd te zijn op een formele wet omwille van artikel 8 EVRM en artikel 22 GW. Eens is vastgesteld dat er een formele wet is die de grondslag kan vormen voor de inmenging, moet ook worden nagegaan of deze formele wet wel voldoende voorzienbaar is in de zin van de rechtspraak van het EHRM terzake artikel 8 EVRM.

Bij de informatieverstrekking op grond van artikel 327 § 1 W.I.B. 1992, daaronder begrepen de inzage van gerechtsdossiers, enerzijds en de meldplicht van het openbaar ministerie anderzijds is er duidelijk een wettelijke basis die de grondslag vormt van de inmenging (artikel 327 § 1 W.I.B. 1992 en artikel 2 van de wet van van 28 april 1999). Hier moet dus enkel worden onderzocht of die wettelijke basis voldoende voorzienbaar is, wat impliceert dat er voldoende duidelijkheid bestaat over *toepassingsgebied* en *uitvoeringswijze* opdat de betrokkene niet alleen weet waar hij aan toe is, maar ook opdat de wet een waarborg vormt tegen misbruik.

Wat betreft de informatie-inwinning van de fiscale administratie op het “una via”-overleg, is de aanwezigheid van een wettelijke basis minder duidelijk. Uit de omzendbrief 11/2012 van het college van procureurs-generaal lijkt alvast te moeten worden afgeleid dat het openbaar ministerie meent dat artikel 29 lid 3 Sv. de wettelijke grondslag kan zijn van het doorgeven van informatie aan de fiscale administratie, vermits hij meent dat er voor het doorgeven van

informatie op het “una via”-overleg, geen formele melding meer moet zijn conform de wet van 28 april 1999. De vraag rijst of dit standpunt correct is. Dit wordt hierna nagegaan.

1037. In ieder geval kan het doorgeven van informatie door het openbaar ministerie aan de fiscale administratie, in de mate dat dit als een inmenging in het privéleven kan worden beschouwd, geen grondslag vinden in een samenwerkingsprotocol, dat bovendien niet publiek is. Dit is in strijd met artikel 22 van de Grondwet.

II. Informatieverstrekking op grond van artikel 327 § 1 W.I.B. 1992, met inbegrip van de inzage van gerechtsdossiers

A. Toepassingsgebied

1. De betrokken instanties

1038. Omtrent de instanties aan *aan wie* gegevens kunnen worden verstrekt, werd in het kader van de inzameling van informatie van bestuurlijke overheden hierboven reeds vastgesteld dat deze in de wet voldoende duidelijk zijn omschreven (de ambtenaren “*belast met de vestiging of de invordering van de belastingen*”).

1039. Wat de instanties betreft die tot medewerking verplicht zijn, werd hierboven reeds aangegeven dat verduidelijking wenselijk zou zijn onder meer wat betreft instanties met een complex of hybride juridisch statuut, waaronder de politiediensten.

Voor het overige lijken de instanties die informatie over gerechtelijke procedures kunnen verstrekken voldoende duidelijk omschreven. Tot de “griffies” moeten immers wellicht niet alleen de leden van de griffie zelf worden gerekend (bedoeld in artikel 163 tot 171 Ger.W.), maar ook het personeel verbonden aan een griffie (bedoeld in artikel 177 tot 178/1 Ger.W.). Hierboven werd bovendien reeds aangehaald dat ook de griffies van administratieve rechtscolleges tot medewerking verplicht zijn²⁴⁸². Het is ook duidelijk wat moet worden verstaan onder het openbaar ministerie. De meewerkplicht rust wellicht niet alleen op de leden van het openbaar ministerie zelf (zoals bedoeld in artikel 137 tot 156 Ger.W.), maar ook op de parketjuristen bij de hoven van beroep, de arbeidshoven en de rechtbanken (bedoeld in artikel 162 Ger.W.), de leden van het parketsecretariaat (artikel 172 tot 176 Ger.W.) en het personeel verbonden aan een parketsecretariaat (artikel 177 tot 178/1 Ger.W.).

2. De te verstrekken inlichtingen

1040. De inlichtingen die kunnen worden verstrekt door deze gerechtelijke overheden op grond van artikel 327 § 1 W.I.B. 1992 zijn, net als de inlichtingen die door andere bestuursdiensten kunnen worden verstrekt, de “*inlichtingen, akten, stukken, registers en om het even welke bescheiden welke de fiscale ambtenaar nodig acht voor de vestiging en invordering van de belastingen*”. Hierboven werd reeds gesteld dat dit een voldoende duidelijke omschrijving is, vanuit het oogpunt van de voorzienbaarheid.

²⁴⁸² Comm.IB 327/13

In de praktijk zullen van deze gerechtelijke overheden doorgaans inlichtingen van gerechtsdossiers worden gevraagd. Wat dat betreft werd hierboven reeds het praktische probleem aangehaald dat het wellicht zeer moeilijk is gerechtsdossiers uit te zuiveren tot enkel de fiscaal relevante informatie en dat de kennisname van fiscaal niet-relevante informatie ter gelegenheid van de inzage wellicht onvermijdelijk is. In dat kader rijst de vraag of er voldoende procedurele waarborgen zijn tegen misbruik op dat vlak.

Er moet wel worden opgemerkt dat de fiscale relevantie niet moet worden beoordeeld in functie van een welbepaalde belastingplichtige, zoals bijvoorbeeld de rechtstreeks bij het strafdossier betrokken belastingplichtige. De wet vermeldt immers niet in hoofde van wie de informatie fiscaal relevant moet zijn. Ook de informatie die fiscaal relevant is in hoofde van een derde die in het strafdossier wordt genoemd, kan dus worden meegedeeld. De rechtspraak bevestigt ook dat de informatie, die de fiscale administratie heeft bekomen door inzage te nemen van een gerechtsdossier van een welbepaalde belastingplichtige, kan *gebruikt* worden voor de heffing van de belastingen lastens een andere belastingplichtige²⁴⁸³.

1041. Behalve door de vereiste van de fiscale relevantie, lijkt de informatie die kan worden doorgegeven door de gerechtelijke overheden onbegrensd.

1042. Zo kunnen gerechtelijke overheden informatie doorgeven die de fiscale administratie met haar eigen onderzoeksbevoegdheden niet zou kunnen hebben bekomen²⁴⁸⁴. Het belangrijkste voorbeeld uit de rechtspraak betreft de inzage van bancaire informatie die de administratie (van in casu de inkomstenbelastingen) op grond van artikel 318 lid 1 W.I.B. 1992 niet kan bekomen²⁴⁸⁵. Gelet op de verruimde mogelijkheden voor de fiscale administratie om een bankonderzoek uit te voeren (artikel 318 lid 2 W.I.B. 1992, maar vooral artikel 322 § 2 ev. W.I.B. 1992), zal de fiscale administratie weliswaar in steeds meer gevallen de mogelijkheid hebben om een bancaire onderzoek uit te voeren (met name voorafgaand vermoeden van fiscale fraude, dan wel een voorafgaand voornemen tot het opstellen van een indiciaire afrekening), zij het dat deze mogelijkheid aan strikte voorwaarden is onderworpen (waaronder het opvragen van de bancaire informatie bij de belastingplichtige zelf alvorens de bank wordt aangezocht). Deze voorwaarden moeten niet worden nageleefd wanneer de fiscale administratie bancaire informatie kan bekomen door inzage te nemen in een strafdossier. Tussen de mogelijkheden voor de gerechtelijke overheden om informatie in te winnen en de onderzoeksbevoegdheden van de fiscale administratie bestaan er evenwel tal van verschillen. In essentie bestaat het belangrijkste

²⁴⁸³ Cass. 8 oktober 1993, *FJF* 94/40; Cass. 29 april 1994, *FJF* 94/116

²⁴⁸⁴ Omgekeerd meent het sectoraal comité voor de federale overheid dat het doorgeven van informatie die voor belastingdoeleinden (internationaal) werd uitgewisseld, voor doeleinden van wederzijdse rechtshulp in strafzaken, onverenigbaar hergebruik uitmaakt (zie advies van het sectoraal comité voor de federale overheid nr. 24/2016)

²⁴⁸⁵ Gent 11 oktober 1985, *FJF* 86/181; Gent 22 november 1985, *FJF* 87/17; Antwerpen 17 december 1996, *FJF* 97/76; Gent 19 november 1997, *FJF* 98/82; Gent 2 januari 1998, *FJF* 98/172; Antwerpen 5 januari 1999, *FJF* 1999, 264 ; Antwerpen 4 december 2001 *FJF* 2002, 211; Bergen, 7 juni 2002, *FJF* 2002/225; Antwerpen 12 november 2002, *RGCF* 2004, afl. 3, 39; Antwerpen 21 januari 2003, *FJF* 2003/109; ; zie ook overzicht van rechtspraak R. TOURNICOURT, *Fiscaal strafrecht : overzicht van rechtspraak : 1980-1990*, Gent, Mys en Breesch, 1991, 66 en J. VANDEN BRANDEN en D. JAEQUES, *Fiscale rechtspraakoverzichten. Fiscaal strafrecht. 1980-2005*, Gent, Larcier 2006, 88-89

verschil erin dat de gerechtelijke overheden over meer dwangmiddelen beschikken om informatie af te dwingen van onder meer de verdachte die overigens in het kader van een strafvervolging een zwijgrecht heeft. De onderzoeksmaatregelen zijn in die zin ook privacyinvasiever. Zo onder meer beschikken de gerechtelijke overheden over de bijzondere opsporingsmethoden infiltratie, observatie en informantenwerking (artikel 47 ter Sv.), kunnen zij telecommunicatiegegevens opvragen (artikel 88 bis Sv.) of kennis nemen van de inhoud van communicatie (artikel 90 ter Sv.).

In het kader van de uitwisseling van informatie tussen de diensten die ressorteren onder de FOD Financiën werd het probleem van het doorgeven van informatie die de ontvangende fiscale administratie met haar eigen onderzoeksbevoegdheden niet kon bekomen, reeds besproken. Er werd vastgesteld dat, rekening houdend met de criteria ontwikkeld door de Working Party 29 in Opinion 3/2013 en gehanteerd in de Verordening 2016/679, het hergebruik van deze informatie als een vorm van onverenigbaar hergebruik in de zin van het persoonsgegevensbeschermingsrecht *kan* worden beschouwd. Het probleem van het onverenigbaar karakter van het hergebruik van informatie voor fiscale doeleinden lijkt zich nog sneller te stellen bij hergebruik van gerechtelijke informatie dan dit het geval is voor hergebruik van informatie van andere diensten van de FOD Financiën. De afstand tussen de finaliteit van de informatieverwerking door de gerechtelijke overheden en de finaliteit van de belastingheffing zal immers groter zijn dan bij een hergebruik van informatie die reeds binnen de FOD Financiën aanwezig is, zeker wanneer de gerechtelijke informatie afkomstig is uit een strafonderzoek dat geen betrekking heeft op fiscale misdrijven. Het zal ook niet tot de redelijke verwachting te behoren van een belastingplichtige dat hij kan worden belast op informatie die bijvoorbeeld via een telefoontap werd bekomen, zeker niet wanneer deze telefoontap is gebeurd in het kader van een onderzoek naar andere dan fiscale misdrijven. De redelijke verwachting zal des te meer geschokt zijn wanneer informatie bekomen uit een strafonderzoek middels het aanwenden van onderzoeksbevoegdheden die de fiscale administratie niet heeft, wordt gebruikt voor het belasten van een persoon die slechts zijdelings bij dit strafonderzoek is betrokken en niet eens als een verdachte in dit onderzoek wordt genoemd. Er zal tot slot des te meer tot onverenigbaar hergebruik moeten worden besloten wanneer de aldus doorgegeven informatie van gevoelige aard is (zoals bancaire informatie of communicatiegegevens). Net als bij het hergebruik van informatie van andere diensten van de FOD Financiën die de ontvangende fiscale administratie met haar eigen onderzoeksbevoegdheden niet kon bekomen, moet ook hier worden gesteld dat het wettelijk kader onvoldoende transparant lijkt opdat de betrokkene zich redelijkerwijs aan dit hergebruik kan verwachten.

Het moet in dat kader worden herhaald dat onverenigbaar hergebruik door de wetgever kan worden toegestaan op grond van de algemene uitzonderingsbepaling van de Richtlijn 95/46 en de Verordening 2016/679, wanneer is aangetoond dat dit hergebruik strikt noodzakelijk is voor in casu de fiscale belangen van de staat. Er dient dan een democratisch debat aan de grondslag te liggen van de duidelijke wettelijke maatregel die het hergebruik van informatie bekomen door gerechtelijke overheden regelt, waaruit duidelijk blijkt of en in welke omstandigheden het hergebruik van informatie van gerechtelijke overheden, bekomen met onderzoeksbevoegdheden waarover de fiscale administratie niet beschikt, toegelaten is.

Bij gebrek aan een dergelijke wettelijke regeling, is onverenigbaar hergebruik van gerechtelijke informatie niet toegestaan vanuit de basisbeginselen van het persoonsgegevensbeschermingsrecht. Dit onverenigbaar hergebruik wordt mogelijk gemaakt door een duidelijke doch zeer ruime omschrijving van het toepassingsgebied, dat in die zin onvoldoende voorzienbaar is. De vraag rijst dus ook hier of er procedurele waarborgen tegen misbruik zijn.

1043. De wet laat ook toe dat informatie van gerechtsdossiers wordt doorgegeven, wanneer – wat betreft strafdossiers – het strafonderzoek nog niet is afgelopen. Het Hof van Cassatie heeft dit bevestigd²⁴⁸⁶. Daarmee wordt door artikel 327 § 1 W.I.B. 1992 een belangrijke uitzondering gemaakt op het principiële geheim karakter van het vooronderzoek. Vanuit privacyoogpunt lijkt deze werkwijze problematisch wanneer de oorspronkelijk in het strafonderzoek bekomen informatie (die werd doorgegeven aan de fiscale administratie door het toelaten van de inzage of het nemen van een afschrift) door later onderzoek, onjuist blijkt te zijn, of minstens lijkt te moeten worden genuanceerd of aangevuld. Het doorgeven van onjuiste of onvolledige persoonsgegevens wordt als bijzonder privacyinvasief beschouwd, vermits de accurate verwerking van persoonsgegevens één van de kwaliteitsvereisten van een rechtmatige verwerking van persoonsgegevens is en het EHRM zich laat beïnvloeden door dit persoonsgegevensbeschermingsrecht bij de beoordeling van een inmenging in het privéleven²⁴⁸⁷. Ook hier weer rijst de vraag of er voldoende waarborgen zijn tegen misbruik om met name het doorgeven van onjuiste of onvolledige informatie te vermijden.

1044. De wet laat ten slotte ook toe dat de gerechtelijke overheden informatie doorgeven aan de fiscale administratie die zij zelf hebben bekomen door het begaan van een onregelmatigheid. Ook het doorgeven van informatie in die omstandigheden lijkt bijzonder privacyinvasief²⁴⁸⁸. Ook hier rijst dus de vraag of er procedurele waarborgen zijn tegen misbruik.

B. Uitvoeringswijze

1045. De voorzienbaarheid van artikel 327 § 1 W.I.B. 1992 op vlak van de uitvoeringswijze werd hiervoor reeds besproken op het vlak van de inzameling van informatie bij bestuurlijke overheden. Er werd vastgesteld dat artikel 327 § 1 W.I.B. 1992 voldoende voorzienbaar is om informatieverstrekking *op verzoek* van de administratie toe te laten.

Artikel 327 § 1 W.I.B. 1992 is evenwel onvoldoende voorzienbaar om spontane informatieverstrekking toe te laten van een bestuurlijke overheidsdienst. Spontane verstrekking van informatie door gerechtelijke overheden vindt op dezelfde wijze geen voorzienbare wettelijke basis in artikel 327 § 1 W.I.B. 1992. Wanneer de informatie die wordt verstrekt door de gerechtelijke overheden informatie betreft in verband met

²⁴⁸⁶ Cass. 20 juni 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, 1448; zie ook Cass. 20 januari 1984, *Arr. Cass.* 1984-1985, 593-598, ook aangehaald door J. VANDEN BRANDEN en D. JAEQUES, *Fiscale rechtspraakoverzichten. Fiscaal strafrecht. 1980-2005*, Gent, Larcier 2006, 22-25

²⁴⁸⁷ EHRM 18 oktober 2011, KHELILI/Zwitserland

²⁴⁸⁸ Zie EHRM 4 december 2008, S. AND MARPER/VK (§ 67), waarin wordt bevestigd dat de context waarin de informatie werd vergaard bijdraagt tot de beoordeling van de (vraag of er sprake is van) inmenging in het privéleven.

gerechtelijke dossiers, is er steeds een uitdrukkelijke toelating van het openbaar ministerie nodig, zodat althans de griffie en de politiediensten voor deze informatie nooit uit eigen beweging kunnen handelen. De wet is wat dat betreft dus voldoende duidelijk dat deze vorm van spontane informatieverstrekking niét kan. Wat het openbaar ministerie betreft is er daarnaast een *meldplicht* (wet van 28 april 1999), zij het dat deze enkel geldt voor indiciën van fiscale fraude die zijn gebleken uit een strafonderzoek. Het openbaar ministerie is dus verplicht om initiatief te nemen in het meedelen van informatie aan de minister van Financiën. De wet van 28 april 1999 lijkt niet te verhinderen dat bij het melden van de indiciën van fraude er reeds concrete informatie uit een strafdossier wordt overgemaakt aan de minister van Financiën. De spontane mededeling van informatie door het openbaar ministerie lijkt dus wel voorzienbaar, weliswaar niet op grond van artikel 327 § 1 W.I.B. 1992, maar wel op grond van artikel 2 van de wet van 28 april 1999.

In het kader van de inwinning van informatie bij bestuurlijke overheden werd ook vastgesteld dat artikel 327 § 1 W.I.B. 1992 onvoldoende voorzienbaar is om een *automatische* en *systematische* informatieverstrekking toe te laten. Deze conclusie dringt zich in principe ook op voor de informatie van gerechtelijke overheden. Nochtans lijkt deze conclusie ook hier sterk te moeten worden genuanceerd. De meeste informatie die op grond van artikel 327 § 1 W.I.B. 1992 door gerechtelijke overheden wordt doorgegeven aan de fiscale administratie betreft informatie uit gerechtsdossiers, waarvoor een *uitdrukkelijke* toelating van het openbaar ministerie vereist is. Hierdoor lijkt informatie uit dergelijke gerechtsdossiers niet automatisch of systematisch aan de fiscale administratie te kunnen toestromen. De bepaling lijkt *op dat vlak* dan ook voldoende voorzienbaar. De wet geeft met andere woorden voldoende duidelijk aan dat automatische of systematische uitwisseling niet kan.

1046. Ook voor het overige lijkt de wijze van uitvoering voldoende voorzienbaar. Wanneer het om informatie gaat in verband met een gerechtelijke procedure, gebeurt de mededeling van de informatie door een inzage van deze informatie of het verlenen van een afschrift van deze informatie.

C.Finaliteit en bewaartermijn

1047. Vermits bij het verzamelen van informatie bij de gerechtelijke overheden ook *persoonsgegevens* worden verwerkt, moet worden nagegaan of de wet ook voldoende voorzienbaar is op het vlak van essentiële aspecten van het persoonsgegevensbeschermingsrecht, waaronder de finaliteit en de bewaartermijn. Andermaal geldt hier de vaststelling dat er geen duidelijkheid is over de bewaartermijn van de gegevens die de fiscale administratie van gerechtelijke overheden heeft ontvangen. De *finaliteit* van de informatieverstrekking door gerechtelijke overheden lijkt daarentegen voldoende duidelijk te kunnen worden afgeleid uit de wettelijke bepaling zelf, dan wel uit de plaats die de wettelijke bepaling inneemt in het wetboek. De finaliteit is met name het “vestigen of invorderen van de door de Staat geheven belastingen”, wat in casu de inkomstenbelastingen betreft.

D.Procedurele waarborg tegen misbruik

1048. De hier onderzochte wettelijke bepaling (artikel 327 § 1 W.I.B. 1992) kent op het vlak van de inzameling van informatie door gerechtelijke overheden vooral problemen inzake voorzienbaarheid van het toepassingsgebied en met name de op grond van deze bepalingen uitwisselbare inlichtingen. Het is op dat vlak dat moet worden nagegaan of er procedurele waarborgen zijn tegen misbruiken.

1.Aanwendingsverbod van sommige door de gerechtelijke overheden vergaarde informatie

1049. Artikel 327 § 1 W.I.B. 1992 verbiedt in wezen niet dat de gerechtelijke overheden informatie doorgeven aan de fiscale administratie die het openbaar ministerie heeft bekomen in het kader van een onderhandeling om te komen tot een minnelijke schikking (artikel 216 bis Sv.). Wanneer er geen akkoord is tot stand gekomen, vormt het doorgeven van dergelijke informatie, die in vertrouwen aan het openbaar ministerie is meegedeeld met het oog op het bekomen van een dergelijke minnelijke schikking, een duidelijke vorm van onverenigbaar hergebruik in termen van het persoonsgegevensbeschermingsrecht. Vooral de redelijke privacyverwachting lijkt bij een dergelijk hergebruik te worden gefrustreerd. Inzake het doorgeven van dergelijke informatie bestaat er evenwel een duidelijke waarborg tegen misbruik, die er met name in bestaat dat de wet het gebruik van dergelijke informatie voor zowel strafrechtelijke als administratieve doeleinden, verbiedt (zie artikel 216 bis § 2 laatste lid Sv)²⁴⁸⁹.

2.De toelating van het openbaar ministerie

1050. De mededeling van informatie in verband met *gerechtelijke* procedures is onderworpen aan een toelating van het openbaar ministerie²⁴⁹⁰. Deze toelating moet vooraf worden gegeven²⁴⁹¹, zodat het openbaar ministerie een inzage – en een eventuele schending van het recht op privéleven - effectief kan verhinderen. De vraag rijst of deze toelating als een procedurele waarborg tegen misbruik kan worden beschouwd.

²⁴⁸⁹ Artikel 216 bis § 2 laatste lid Sv: *“Indien de procureur des Konings geen akkoord kan acteren kunnen de documenten die werden opgemaakt en de mededelingen die werden gedaan tijdens het overleg niet ten laste van de dader worden aangewend in een strafrechtelijke, burgerrechtelijke, administratieve, arbitrale of enige andere procedure voor het oplossen van conflicten en zijn ze niet toelaatbaar als bewijs, zelfs niet als buitengerechtelijke bekentenis”*

²⁴⁹⁰ Voor de inwerkingtreding van de wet van 14 januari 2013 was er een toelating nodig van de procureur-generaal of de auditeur-generaal. Vandaag moet de toelating worden gegeven door het openbaar ministerie, wat betekent dat elke behandelende parketmagistraat of magistraat van het arbeidsauditoraat de toelating kan verlenen, maar ook de federale procureur, de procureur-generaal of de auditeur-generaal (Circulaire AAFisc 21/2013 (Ci.RH.81/627.190 en E.T.124.229) met commentaar op de bepalingen van de wet van 14 januari 2013 houdende fiscale en andere bepalingen betreffende justitie (BS 31.1.2013) met o.a. de wijziging van artikel 327 § 1 WIB 92 en artikel 93 quaterdecies, § 1, W.BTW dd. 30 mei 2013; zie ook F. DESTERBECK, “Proceduremisbruik aangepakt”, *Fisc. Act.* 2012, nr. 36, 8-9)

²⁴⁹¹ Bergen 7 oktober 2010, *JDF* 2010, afl. 11-12, 359; Antwerpen 20 oktober 1998, *FJF* 99/78; en oudere door M. MAUS aangehaalde rechtspraak: M.MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 279; contra: Brussel 14 mei 1987, *JLMB* 1987, 1216

De toelating van het openbaar ministerie moet niet worden verleend voor *elke* informatieverstrekking door de gerechtelijke overheden. De toelating moet enkel worden verleend voor de inzage van strafprocedures, en ook voor andere gerechtelijke procedures voor de gewone hoven en rechtbanken, maar moet volgens de fiscale administratie niet worden verleend voor de inzage van informatie van administratieve rechtscolleges, ook niet wanneer het over informatie gaat in verband met de aldaar gevoerde procedures²⁴⁹². Bovendien wordt het begrip “akten, stukken, registers, bescheiden of inlichtingen in verband een gerechtelijke procedure” eng geïnterpreteerd door het Hof van Cassatie dat meent dat er geen toelating moet zijn van het openbaar ministerie om aan de fiscale administratie mee te delen dat er een gerechtsdossier is, dat de zwarte boekhouding in beslag is genomen, alsook het notitienummer van het gerechtsdossier en de naam van de onderzoeksrechter²⁴⁹³. In casu was de mededeling gebeurd door de toenmalige rijkswacht op vraag van de fiscale administratie. Voor deze vormen van informatieverstrekking is er dus geen waarborg tegen misbruik, al lijken de hierboven geschetste privacyrisico's die ontstaan door de ruime omschrijving van het toepassingsgebied (risico op onjuiste informatie, risico op onregelmatig verkregen informatie, risico op onverenigbaar hergebruik door verschil in onderzoeksbevoegdheden), bij deze vormen van informatieverstrekking eerder beperkt.

1051. Een belangrijker reden om de toelating van het openbaar ministerie als een eerder gebrekkige waarborg tegen misbruik te beschouwen, is het feit dat de wet geen enkele indicatie geeft over de criteria die het openbaar ministerie moet hanteren om over de toelating te beslissen. Er wordt algemeen aangenomen dat het openbaar ministerie een belangenafweging moet maken tussen de gerechtelijk opdracht van de overheid en de fiscale opdracht van de overheid²⁴⁹⁴. Wanneer het openbaar ministerie moet oordelen over een toelating tot inzage in een strafdossier moet hij meer specifiek oordelen over de vraag of het geheim van het strafonderzoek kan worden opgeheven ten voordele van de fiscale belangen van de staat²⁴⁹⁵. Door het feit dat de wet niet aangeeft met welke elementen het openbaar ministerie moet rekening houden bij het maken van zijn beoordeling, vormt de toelating op zich een onvolkomen waarborg tegen misbruik op het vlak van schendingen van het recht op privéleven.

Ook het feit dat de wet, zoals deze is geïnterpreteerd door het Hof van Cassatie, toelaat dat eens de toelating is gegeven er ook inzage kan worden genomen van later aan het dossier toegevoegde stukken²⁴⁹⁶, maakt deze toelating een onvolkomen waarborg tegen misbruik. Het is immers niet ondenkbaar dat er in de loop van het strafonderzoek, en nadat de toelating tot inzage reeds is gegeven, nog informatie aan het dossier wordt toegevoegd die van aard is een schending van het recht op privéleven uit te maken wanneer deze ter kennis wordt gebracht van de fiscale administratie. De wet verplicht het openbaar ministerie ook niet de toelating tot inzage te beperken in de tijd²⁴⁹⁷.

²⁴⁹² Comm.IB 327/14

²⁴⁹³ Cass. 17 november 2006, *FJF* 2009, afl. 3, 313

²⁴⁹⁴ M.MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, Die Keure, 2005, 277 met verwijzingen naar rechtsleer

²⁴⁹⁵ RvS 24 oktober 1980, *JDF* 1982, 35

²⁴⁹⁶ Cass 27 juni 2002, *FJF* 2003/212

²⁴⁹⁷ Wat overigens geen schending vormt van het grondwettelijke gewaarborgd gelijkheidsbeginsel nu de toelating tot inzage in een strafdossier die wordt verleend aan de burgerlijke partij of de verdachte wel beperkt is in de tijd (artikel 61 ter Sv.), te meer daar de betrokken belastingplichtige op grond van de wet openbaarheid bestuur steeds inzage kan nemen in het fiscaal dossier waar hij kennis kan nemen van de gegevens die

1052. Het feit dat de wet niet uitdrukkelijk voorschrijft met welke elementen het openbaar ministerie bij zijn belangenafweging rekening moet houden, betekent evenwel niet dat het openbaar ministerie niet *de facto* met een aantal elementen kan rekening houden, die bijdragen tot het vermijden van privacyrisico's. In de rechtsleer wordt bijvoorbeeld geopperd dat het openbaar ministerie het eventueel belang van het bankgeheim moet mee afwegen bij de beoordeling van de toelating²⁴⁹⁸. De mogelijkheden van het openbaar ministerie zijn evenwel enigszins beperkt doordat het, in tegenstelling tot de hoven en rechtbanken, een wettelijke bepaling niet terzijde kan schuiven. Het openbaar ministerie lijkt dus de inzage van een gerechtsdossier niet te kunnen weigeren omdat zij van oordeel is dat artikel 327 § 1 W.I.B. 1992 te ruim is geformuleerd waardoor bijvoorbeeld het inkijken van informatie die de gerechtelijke overheden hebben bekomen op grond van onderzoekbevoegdheden waarover de fiscale administratie niet beschikt, onvoldoende voorzienbaar zou zijn in het licht van artikel 8 EVRM.

Vermits het openbaar ministerie evenwel wel in algemene zin een belangenafweging kan doen tussen de heffingsopdracht van de overheid en de vervolgingsopdracht van de overheid, kan hij wel rekening houden met de bewijswaarde van de informatie die zich in het nog niet afgesloten strafdossier bevindt. Wanneer een strafonderzoek dat zowel à charge als à décharge moet worden gevoerd, zich nog maar in een beginfase bevindt, is het risico groot dat door inzage te verlenen, er informatie wordt meegedeeld waaraan door later onderzoek nuancerings of verduidelijkingen moeten worden gebracht. Desgevallend kan later onderzoek aantonen dat de informatie uit de beginfase van het onderzoek, onjuist was. Door de inzage pas te verlenen wanneer een strafonderzoek zich in de eindfase bevindt, zal het meedelen van inaccuraat informatie worden vermeden, waarmee ook het recht op privéleven is gediend²⁴⁹⁹. Het is uiteraard wel zo dat een toelating doorgaans niet wordt beperkt in de tijd, waardoor de fiscale administratie ook nog inzage kan nemen van het strafdossier wanneer dit in een verdere fase van het onderzoek zit. De fiscale administratie is hier evenwel niet toe verplicht, zodat het openbaar ministerie wel best met deze overweging rekening houdt bij het nemen van de beslissing tot inzage. Het lijkt onjuist te stellen dat het openbaar ministerie hierbij ook rekening moet houden met de fiscale aanslagtermijnen²⁵⁰⁰. Artikel 358 § 1, 3° W.I.B. 1992 laat immers toe dat de belasting of de aanvullende belasting nog wordt gevestigd, zelfs nadat de gewone aanslagtermijnen van artikel 354 W.I.B. 1992 zijn verstreken ingeval een rechtsvordering uitwijst dat belastbare inkomsten niet werden aangegeven in één der vijf jaren vóór het jaar waarin de vordering is ingesteld. Met name heeft de fiscale administratie in dat geval de tijd om de belasting of de aanvullende belasting te vestigen binnen de twaalf maanden te rekenen vanaf de datum waarop tegen de beslissing over deze rechtsvordering geen verzet of voorziening meer kan worden ingediend.

afkomstig zijn uit het strafdossier, zodat de belastingplichtig zijn verweer kan voeren (GwH 25 oktober 2012, 128/2012)

²⁴⁹⁸ R. TOURNICOURT, *Fiscaal strafrecht : overzicht van rechtspraak : 1980-1990*, Gent, Mys en Breesch, 1991, 66

²⁴⁹⁹ Zie enigszins in die zin: waarin wordt gesteld dat het de voorkeur geniet om te wachten met de inzage tot de eindfase: Omzendbief nr. 4/99 van het college van procureurs generaal van 15 december 1999

²⁵⁰⁰ F. DESTERBECK, "Proceduremisbruik aangepakt", *Fisc. Act.* 2012, nr. 36, 8-9, die meent dat dit de ratio is van de mogelijkheid om inzage te verlenen in een nog niet afgesloten strafdossier

1053. Besluitend moet dan ook worden gesteld dat de toelating van het openbaar ministerie een adequate procedurele waarborg tegen misbruik *kan* zijn, ware het niet dat de wet op geen enkele wijze aan het openbaar ministerie oplegt met welke criteria hij dient rekening te houden bij het nemen van zijn beslissing om toelating te verlenen. Dit betekent evenwel niet dat de toelating niet de facto als waarborg tegen misbruik kan fungeren in de mate dat het openbaar ministerie afwegingen maakt bij zijn beoordeling, die het recht op privéleven dienen.

3. Jurisdictionele controle, post factum

1054. Voor de inwinning van informatie bij gerechtelijke overheden is een *post factum* jurisdictionele controle wel mogelijk, in de mate dat deze informatie wordt aangewend voor het vestigen van een aanslag. Vermits de informatieverstrekking van de gerechtelijke overheden enigszins gefilterd gebeurt (er wordt doorgaans maar inzage gevraagd van een gerechtsdossier wanneer er een vermoeden is dat dit fiscaal relevante informatie zal opleveren, wat onder meer het geval is wanneer het parket de indiciën van fraude heeft gemeld), zal de informatieverstrekking van de gerechtelijke overheid vaak wel degelijk aanleiding geven tot belastingheffing.

Deze belastingheffing kan worden voorgelegd aan de rechter en op dat moment kan ook de informatie-inwinning bij de gerechtelijke overheden worden beoordeeld. Eventueel kan het voornemen om bij de gerechtelijke overheden ingewonnen informatie aan te wenden in een aanslag ter beoordeling van de rechter worden voorgelegd als pretaxatiegeschil, wanneer de betrokkene van dit voornemen op de hoogte wordt gesteld, bijvoorbeeld in een bericht van wijziging. Het gaat in beide gevallen om een post-factumbeoordeling, waarbij de mogelijke schending van het privéleven zich reeds heeft voorgedaan.

1055. De rechter kan dan nagaan of de informatieverstrekking door de gerechtelijke overheden een schending vormt van het recht op privéleven.

Hierbij moet worden opgemerkt dat de rechter bij de controle van de informatieverstrekking door de gerechtelijke overheden, uiteraard kan nagaan of deze is gebeurd conform artikel 327 § 1 W.I.B. 1992, wat onder meer impliceert dat de rechter kan nagaan of de door de wet voorgeschreven toelating van het openbaar ministerie wel voorhanden was op het ogenblik dat inzage werd genomen van het gerechtsdossier. Wanneer er geen toelating is van het openbaar ministerie, dan is de informatie-inwinning onrechtmatig, want in strijd met artikel 327 § 1 W.I.B. 1992. Deze overtreding van de wet houdt evenwel niet ipso facto in dat er ook sprake is van een schending van het privéleven. In de afdeling over de rechtsbescherming werd een theorie voorgesteld die toelaat te bepalen in welk geval een overtreding van de wet kan kwalificeren als een schending van het recht op privéleven. Met name werd gesteld dat de overtreding van wettelijke voorschriften die hetzij bijdragen tot de voorzienbaarheid van inmenging in het privéleven, hetzij een procedurele waarborg vormen tegen misbruik, moeten worden gerespecteerd, zo niet is er sprake van de schending van de legaliteitsvereiste van artikel 8 EVRM. De toelating van het openbaar ministerie kan evenwel – in haar huidige vorm - niet als een (volkomen) procedurele waarborg tegen misbruik

worden beschouwd, zodat de schending van dit voorschrift niet ipso facto leidt tot de conclusie dat er sprake is van een inmenging in het privéleven.

De rechter zal dus – los van het al dan niet voorhanden zijn van een toelating – moeten nagaan of de informatieverstrekking door de gerechtelijke overheden een schending vormt van artikel 8 EVRM. De rechter zal overigens ook moeten nagaan of de (administratieve) beslissing om de aldus bekomen informatie te *gebruiken*, in overeenstemming is met artikel 8 EVRM. Dit houdt in dat de rechter, rekening houdend met de concrete gegevens van het dossier, kan nagaan of er een voorzienbare wettelijke basis voorhanden is voor de inwinning en / of het gebruik van bepaalde gerechtelijke informatie. In dat kader zal de rechter moeten oordelen of artikel 327 § 1 W.I.B. 1992 wel een voorzienbare wettelijke basis vormt om bepaalde vormen van onverenigbaar hergebruik toe te laten (zie hierboven: hergebruik van informatie die het openbaar ministerie heeft bekomen door de uitoefening van onderzoeksbevoegdheden waarover de fiscale administratie niet beschikt) of voor bepaalde vormen van privacyinvasief hergebruik (informatie die met een onregelmatigheid werd bekomen). De rechter kan in die context oordelen dat dit niet het geval is en bepaalde vormen van hergebruik van gerechtelijke informatie in strijd met artikel 8 EVRM beschouwen.

Rekening houdend met de rechtspraak in de zaak RAVON²⁵⁰¹, zal de jurisdictionele beoordeling van een inmenging in het privéleven steeds moeten voldoen aan de waarborgen van artikel 6 EVRM wat onder meer betekent dat, zo de schending van het recht op privéleven door deze jurisdictionele controle niet meer kan worden vermeden, er een passend rechtsherstel mogelijk is²⁵⁰². Dit is het geval indien de stelling wordt aanvaard, die werd verdedigd in de afdeling over de rechtsbescherming, dat een schending van het recht op privéleven bij in casu het inwinnen (en /of gebruiken) van informatie bij de gerechtelijke overheden steeds leidt tot uitsluiting van het bewijs²⁵⁰³.

III. Meldplicht van het openbaar ministerie

A. Het toepassingsgebied

1056. Omtrent het toepassingsgebied van de meldplicht van het openbaar ministerie kunnen dezelfde vaststellingen worden gedaan als wat betreft de voorzienbaarheid van het toepassingsgebied van informatieverstrekking van gerechtelijke overheden op basis van artikel 327 § 1 W.I.B.1992. De instantie die wordt verplicht om te melden is voldoende duidelijk bepaald, net als de instantie aan wie moet worden gemeld. Met name zijn het de

²⁵⁰¹ EHRM 21 februari 2008, RAVON/Frankrijk; zie ook EHRM 24 oktober 2008, ANDRE/Frankrijk, zie ook EHRM 21 december 2012 CANAL PLUS/Frankrijk (§36-40).

²⁵⁰² EHRM 21 februari 2008, RAVON/Frankrijk (§28); zie ook GwH 27 januari 2011, nr. 10/2011, overweging B.4.3 (inzake huisvisitatie in AWDA)

²⁵⁰³ Volledigheidshalve moet wel worden opgemerkt in de afdeling over de rechtsbescherming ook werd vastgesteld dat de rechtspraak van het EHRM – in tegenstelling tot de rechtspraak van het Hof van Justitie in het kader van met name artikel 47 van het Handvest (HvJ 17 december 2015, C-419/14 WEBMINDLICENCES KfT) – niet zo ver gaat dat het vereist dat er bij de schending van het recht op privéleven bij het verzamelen van informatie steeds bewijsuitsluiting is (zie EHRM 12 juli 1988 SCHENK/Zwitserland; EHRM 12 mei 2000 KHAN/VK; EHRM 25 september 2001, P.H. en J.H./VK; EHRM 5 november 2002, ALLAN/VK; EHRM 1 maart 2007, HEGLAS/Tsjechië; EHRM 10 maart 2009, BYKOV/Rusland; EHRM 15 januari 2015, DRAGOJEVIC/Kroatië en voor een recente Belgische zaak: EHRM 31 januari 2017, KALNENIENE/België)

ambtenaren van het openbaar ministerie bij de hoven en rechtbanken waarbij een opsporingsonderzoek²⁵⁰⁴ ingesteld is, die moeten melden. Er moet worden gemeld aan de minister van Financiën. De meldingen worden in de praktijk bij de FOD Financiën gecentraliseerd bij de dienst “Coördinatie Anti-Fraude” (afgekort “CAF”)²⁵⁰⁵, net als de meldingen van de CFI.

1057. De informatie die moet worden gemeld zijn de indiciën van ontduiking inzake (o.m.) directe belastingen, vastgesteld in een strafonderzoek. Het begrip “indiciën van ontduiking inzake belastingen” is weliswaar vaag, doch lijkt in wezen weinig te verschillen van het begrip “fiscaal relevante informatie”. Hierover werd hierboven reeds gesteld dat dit voldoende duidelijk is vanuit het oogpunt van artikel 8 EVRM. Ook hier is de meldplicht overigens zo ruim dat zij niet alleen geldt voor de indiciën van fiscale fraude in hoofde van de persoon die rechtstreeks in de strafzaak betrokken is, maar ook van elke andere persoon²⁵⁰⁶.

1058. De melding heeft als doel de elementen door te geven, die de fiscale administratie toelaten te oordelen of zij de inzage van het gerechtsdossier dienen te vragen op grond van artikel 327 W.I.B. 1992²⁵⁰⁷. Deze finaliteit sluit aan bij de omschrijving die het college van procureurs-generaal geven van het begrip “indiciën”, met name: *“de objectieve elementen die kunnen doen aannemen dat een ontduiking werd begaan en die derhalve de kennisgeving aan de administratie rechtvaardigen, teneinde deze in staat te stellen, indien zij het gepast acht, een onderzoek in te stellen”*²⁵⁰⁸. De wet legt evenwel geenszins op dat de meldplicht tot deze informatie beperkt blijft. In wezen kan het openbaar ministerie ook zoveel informatie uit het strafdossier bezorgen dat een inzage overbodig wordt²⁵⁰⁹.

Een dergelijke benadering heeft tot gevolg dat de informatie die het openbaar ministerie aan de minister van Financiën op grond van deze bepaling kan geven, even ruim is als de informatie die de fiscale administratie bij de gerechtelijke overheden kan opvragen op grond van artikel 327 § 1 W.I.B. 1992. Hierdoor rijzen ook hier dezelfde voorzienbaarheidsvragen als inzake artikel 327 § 1 W.I.B. 1992 (melden van indiciën die de fiscale administratie met haar eigen onderzoeksbevoegdheden niet kon bekomen, melden van indiciën die achteraf onjuist bleken, melden van indiciën die met een onregelmatigheid werden bekomen).

Maar ook indien een dergelijke ruime benadering niet wordt gevolgd en de meldplicht alleen betrekking heeft op loutere “indiciën”, zijnde informatie die de fiscale administratie moet toelaten te oordelen of zij inzage vraagt in het gerechtsdossier, kunnen dezelfde voorzienbaarheidsvragen rijzen. Wat betreft het risico op inaccuraatheid van de gemelde indiciën, moet overigens worden opgemerkt dat de wet vereist dat het openbaar ministerie de indiciën “onmiddellijk” meldt. Dit houdt in dat de melding dus reeds in een vroeg stadium

²⁵⁰⁴ De uitdrukkelijke voorwaarde dat het volstaat dat een opsporingsonderzoek is ingesteld werd ingevoerd door de wet van 14 januari 2013.

²⁵⁰⁵ Oppericht bij KB van 10 oktober 2013 als autonome dienst; Zie jaarverslag FOD Financiën 2015

²⁵⁰⁶ Verslag aan de Koning bij K.B. nr. 23, BS 25 mei 1967, 5602

²⁵⁰⁷ Verslag aan de Koning bij K.B. nr. 23, BS 25 mei 1967, 5602

²⁵⁰⁸ Circ. Coll. 5/2000 van 15 mei 2000

²⁵⁰⁹ H. DUBOIS, “Vijf regels van fiscaal onderzoek” – grondbeginselen van het fiscaal onderzoek en het gebruik van inlichtingen gevonden door andere administratie of instanties”, TFR 1988, 275

van het onderzoek gebeurt, en later onderzoek mogelijks nog een andere blik kan doen werpen op de gemelde indiciën.

Het toepassingsgebied van de meldplicht lijkt dus onvoldoende voorzienbaar te zijn, waardoor de vraag rijst of er voldoende procedurele waarborgen tegen misbruik zijn.

B.Uitvoeringswijze

1059. Omtrent de uitvoeringswijze geeft de wet weinig toelichting, al lijkt de beperkte toelichting te volstaan vanuit het oogpunt van de voorzienbaarheid. De melding moet met name “onmiddellijk” gebeuren. Daarnaast ontstaat de meldplicht van zodra er een opsporingsonderzoek is²⁵¹⁰. Er moet dus nog geen opening zijn van een gerechtelijk onderzoek op vordering van de procureur des konings of na klacht met burgerlijke partijstelling, noch moet er een rechtstreekse dagvaarding zijn geweest van de procureur des konings of de burgerlijke partij.

C.Finaliteit en bewaartermijn

1060. Bij het melden van de indiciën van fraude zullen veel *persoonsgegevens* worden doorgegeven, waardoor de vraag rijst of de wet voldoende voorzienbaar is op het vlak van essentiële aspecten van het persoonsgegevensbeschermingsrecht, waaronder de finaliteit en de bewaartermijn. Duidelijkheid over de bewaartermijn van de gemelde indiciën bestaat ook hier niet. De *finaliteit* van de informatieverstrekking door gerechtelijke overheden kan ook niet uit de wettelijke bepaling worden afgeleid. Door het feit dat de meldplicht uit het W.I.B.1992 is gehaald en onderdeel vormt van een meer algemene bepaling over de meldplicht van het openbaar ministerie, is de finaliteit van de meldplicht vervaagd tot “de belastingheffing” in het algemeen, waarvan reeds is betoogd dat deze algemene finaliteit niet volstaat om toe te laten andere essentiële elementen van het persoonsgegevensbeschermingsrecht, zoals de proportionaliteitsvereiste, te toetsen. Een melding kan bijvoorbeeld proportioneel zijn in functie van de heffing van de accijnzen, maar niet proportioneel in functie van de heffing van de inkomstenbelastingen.

D.Procedurele waarborgen tegen misbruik

1061. De meldplicht van het openbaar ministerie is aan geen enkele filter onderworpen. Er is geen enkele vorm van controle. Het verlof dat dient te worden gevraagd van het parket-generaal om een melding te kunnen doen, is met de wijziging van de meldplicht in 1999, weggevallen

1062. De wet verbiedt niet dat het openbaar ministerie informatie meldt aan de minister van Financiën die het heeft bekomen in het kader van een onderhandeling om te komen tot een minnelijke schikking (artikel 216 bis Sv.). Hierboven werd reeds gesteld dat wanneer er geen akkoord is tot stand gekomen, het doorgeven van dergelijke informatie, als onverenigbaar hergebruik moet worden beschouwd in termen van het

²⁵¹⁰ Dit werd uitdrukkelijk in de wet vermeld door artikel 8 van de wet van 14 januari 2013 houdende fiscale en andere bepalingen betreffende justitie (BS 31 januari 2013)

persoonsgegevensbeschermingsrecht. Ook hier bestaat een duidelijke waarborg tegen misbruik die er met name in bestaat dat de wet het gebruik van dergelijke informatie voor zowel strafrechtelijke als administratieve doeleinden, verbiedt (zie artikel 216 bis § 2 laatste lid Sv)²⁵¹¹.

1063. Ook post factum is er geen jurisdictionele controle mogelijk op de meldplicht, aangezien de melding van de indiciën van fraude, in tegenstelling tot de toelating van het openbaar ministerie om inzage te nemen van het gerechtsdossier, geen deel moet uitmaken van het administratief dossier lastens een welbepaalde belastingplichtige. De belastingplichtige heeft dus geen enkele mogelijkheid om de melding van zijn informatie aan de controle van de rechter te onderwerpen.

IV. “Una via”-overleg

1064. Ook van het “una via” – overleg rijst de vraag of er een voorzienbare wettelijke basis bestaat om het doorgeven van informatie die moet worden beschouwd als een inmenging in het privéleven, op dit overlegplatform toe te laten.

1065. Artikel 29 lid 3 Sv. vormt geen voorzienbare wettelijke basis voor het uitwisselen van informatie die als een inmenging in het privéleven moet worden beschouwd. Hoewel de bij het overleg betrokken instanties voldoende duidelijk zijn bepaald, met name (van de zijde van de fiscale administratie) de adviseur-generaal of de ambtenaar die hij aanwijst en (van de zijde van het openbaar ministerie) de procureur des Konings, alsook (eventueel) de bevoegde politionele overheden, bepaalt artikel 29 lid 3 Sv. voor het overige niet duidelijk dat er op dit overleg informatie-uitwisseling kan plaats vinden over concrete dossiers van het openbaar ministerie naar de fiscale administratie toe, dit om de fiscale administratie toe te laten de belasting te heffen.

De wet beperkt zich immers tot het creëren van een wettelijke basis voor een “overleg”, dat weliswaar kan handelen over concrete dossiers maar waarvan geenszins wordt verduidelijkt dat er naar aanleiding van dit overleg ook informatie wordt doorgegeven, die de fiscale administratie kan aanwenden bij het heffen van de belasting. Over de informatieoverdracht van de fiscale administratie naar het openbaar ministerie toe is de wet wel enigszins duidelijker. De wet bepaalt immers dat de procureur des Konings *“de strafrechtelijk strafbare feiten waarvan hij kennis heeft genomen tijdens het overleg, kan vervolgen”*. Uit de voorbereidende werken blijkt overigens voldoende dat het overleg erop gericht is het openbaar ministerie toe te laten te oordelen of het opportuun is om over te gaan tot strafvervolgning. Ook dit wijst eerder op informatie-uitwisseling van de fiscale administratie naar het openbaar ministerie en niet omgekeerd.

1066. Bovendien is het doorgeven van informatie van het openbaar ministerie aan de fiscale administratie duidelijk geregeld in andere wettelijke bepalingen, met name in de

²⁵¹¹ Artikel 216 bis § 2 laatste lid Sv: *“Indien de procureur des Konings geen akkoord kan acteren kunnen de documenten die werden opgemaakt en de mededelingen die werden gedaan tijdens het overleg niet ten laste van de dader worden aangewend in een strafrechtelijke, burgerrechtelijke, administratieve, arbitrale of enige andere procedure voor het oplossen van conflicten en zijn ze niet toelaatbaar als bewijs, zelfs niet als buitengerechtelijke bekentenis”*

hierboven besproken meldplicht aan de minister van Financiën alsook in het inzagerecht in het gerechtsdossier.

Het is enkel de omzendbrief 11/2012 van het college van procureurs-generaal, die aangeeft dat in een welbepaald geval er geen meldplicht meer is van het openbaar ministerie aan de fiscale administratie en de informatieverstrekking van het openbaar ministerie naar de fiscale administratie op het “una via”-overleg volstaat. Het gaat met name over het geval waarin er ernstige en/of georganiseerde fiscale fraude wordt ontdekt en/of fiscale fraude waarvoor specifieke maatregelen noodzakelijk zouden kunnen zijn die tot de bevoegdheid van de rechterlijke macht behoren, waarvan het openbaar ministerie meent dat dit op een “una via”-overleg moet worden besproken. In dat geval moet er volgens de omzendbrief geen melding meer gebeuren op grond van de wet van 28 april 1999 aan de minister van Financiën.

De omzendbrief 11/2012 is evenwel geen formele wet en kan dus geen wettelijke grondslag vormen voor de uitwisseling van informatie die als een inmenging in het privéleven moet worden beschouwd.

1067. Vermits de wet niet duidelijk bepaalt dat er informatie kan worden verstrekt door het openbaar ministerie aan de fiscale administratie tijdens het “una via”-overleg, is het logisch dat er terzake de uitvoeringswijze ook geen enkele duidelijkheid wordt verschaft.

1068. Vermits artikel 29 lid 3 Sv. niet de wettelijke grondslag kan vormen voor de uitwisseling van informatie van het openbaar ministerie naar de fiscale administratie, lijkt elke uitwisseling van informatie, die als een inmenging in het privéleven kan worden beschouwd, en waarvoor geen melding is gebeurd op grond van de wet van 28 april 1999, een schending van het recht op privéleven. De vraag naar de noodzakelijkheidsvereiste rijst dus niet eens. Een melding van indiciën van fraude op dit “una via”-overleg lijkt ook niet te kunnen worden gebaseerd op de wet van 28 mei 1999 vermits deze melding een melding veronderstelt aan de minister van Financiën en niet aan de adviseur-generaal die op het una-via overleg aanwezig is.

§ 4 De noodzakelijkheidsvereiste bij de inwinning van informatie bij gerechtelijke overheden

I. Informatie-inwinning op basis van artikel 327 § 1 W.I.B. 1992

1069. De informatie-inwinning bij gerechtelijke overheden dient, in de mate dat ze een inmenging vormt in het privéleven, ook beperkt te blijven tot wat noodzakelijk is in het licht van de fiscale belangen van de staat. De inwinning moet relevant en pertinent zijn, maar ook proportioneel met de fiscale belangen van de staat.

De informatie die bij de gerechtelijke overheden wordt opgevraagd lijkt nooit rechtstreeks nodig te zijn voor de berekening van de belasting, zoals dit wel het geval is voor sommige informatie opgevraagd bij andere bestuursdiensten van de overheid en waarvan hierboven is vastgesteld dat de noodzakelijkheidsvereiste daar niet speelt. De informatie die bij

gerechtelijke overheden wordt opgevraagd dient eerder in het kader van de controle van de aangifte. De noodzakelijkheidsvereiste speelt daar wel steeds een rol.

1070. De noodzakelijkheidsvereiste zal ook hier moeten worden gecontroleerd zowel wat betreft de keuze om informatie in te winnen bij de gerechtelijke overheden, als wat betreft de wijze van uitvoering van de maatregel. Wat dat laatste betreft werd inzake de gegevensinwinning bij andere bestuursdiensten reeds vastgesteld dat artikel 327 § 1 W.I.B. 1992 vereist dat de ingezamelde gegevens door de betrokken ambtenaar die ze opvraagt, “nodig” moeten worden geacht voor de vestiging of de invordering van de door de Staat geheven belasting. De noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 EVRM, met al haar nuance aangebracht door de rechtspraak van het EHRM inzake artikel 8 EVRM, zal de vereiste uit artikel 327 § 1 W.I.B. 1992 zeer duidelijk *versterken*.

Hierboven werd reeds vastgesteld dat specifiek in het kader van de inzage van gerechtsdossiers de vraag rijst hoe een gerechtsdossier kan worden uitgezuiverd tot enkel de fiscaal relevante informatie. Kennisname van fiscaal niet-relevante informatie ter gelegenheid van de inzage lijkt welhaast onvermijdelijk.

Maar ook bij het doorgeven van de fiscaal relevante informatie rijst in principe de vraag in welke mate deze ook noodzakelijk is in de zin van artikel 8 EVRM. In tegenstelling tot wat het geval is bij de inwinning van informatie bij andere diensten van de FOD Financiën en bij andere bestuurlijke overheden, is er bij deze vorm van inwinning van informatie bij de gerechtelijke overheden, geen sprake van enige systematische of automatische inwinning. Hierboven werd vastgesteld dat precies daar risico's inzake disproportionaliteit bestaan. In de mate dat de informatie van het gerechtsdossier fiscaal relevant is, lijkt een inzage door de fiscale administratie steeds noodzakelijk voor het fiscale belang van de staat. De fiscale administratie dient immers de gelegenheid te krijgen na te kijken of deze fiscaal relevante informatie ook voldoende blijkt om een (in casu) aanvullende aanslag in de inkomstenbelastingen op te steunen.

1071. Het openbaar ministerie dient bij de afweging die hij maakt om een toelating te verlenen aan de fiscale administratie om inzage te nemen van het gerechtsdossier, niet expliciet rekening te houden met privacyoverwegingen. Dit maakt de toelating van het openbaar ministerie onvolkomen als waarborg tegen disproportionele inmengingen in het privéleven. Het openbaar ministerie kan bij zijn belangenafweging wel de facto rekening houden met elementen die het recht op privéleven dienen. Om te beginnen kan het openbaar ministerie de inzage weigeren als hij van oordeel is dat er geen fiscaal relevante informatie aanwezig is in het dossier, waardoor – wat betreft een strafdossier – de fiscale belangen van de overheden nooit kunnen opwegen tegen de belangen van de overheid om een – geheim – onderzoek te voeren naar het bestaan van misdrijven. Het openbaar ministerie kan op die wijze rekening houden met de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 EVRM. Het openbaar ministerie kan – in de mate dat ook hij overtuigd is van de fiscale relevantie van het gerechtsdossier – de inzage ook weigeren wanneer de kans op inaccuraatheid van de informatie in het strafdossier nog groot is doordat het strafonderzoek nog maar in een beginfase zit.

1072. Hierboven werd ook vastgesteld dat de rechter finaal de informatieverstrekking van de gerechtelijke overheden kan beoordelen, zij het *post factum*, nadat deze informatieverstrekking en dus de eventuele schending van het recht op privéleven zich heeft voorgedaan. De rechter zal kunnen nagaan of de informatieverstrekking een schending vormt van het recht op privéleven, door onder meer na te gaan of de noodzakelijkheidsvereiste is voldaan. Zo zal het verlenen van inzage in delen van het gerechtsdossier zonder enige fiscale relevantie als een schending van het recht op privéleven kunnen worden beschouwd wegens schending van de noodzakelijkheidsvereiste.

II. Meldplicht van het openbaar ministerie

1073. Het melden van indiciën van fraude vormt een verplichting voor het openbaar ministerie. Hij heeft geen discretionaire beoordelingsbevoegdheid. Dit betekent evenwel niet dat de wettelijke bepaling die de meldplicht oplegt, niet strijdig kan zijn met artikel 8 EVRM in de mate dat een verplichting wordt opgelegd die disproportioneel is in het licht van het beoogde doel.

Terzake lijkt deze wettelijke meldplicht toch weinig problematisch te zijn. De informatie die door het openbaar ministerie wordt gemeld is immers enigszins gefilterd, doordat enkel informatie wordt verstrekt die een indicie van fiscale fraude betreft. In wezen gaat het dus over de melding, zoals ook het geval is bij de informatieverstrekking op grond van artikel 327 § 1 W.I.B. 1992, van fiscaal relevante informatie, die vervolgens nog moet worden onderzocht door de fiscale administratie alvorens zij kan worden aangewend, door (in hoofdzaak) inzage te vragen in het gerechtsdossier.

§ 5 Informatie-inwinning bij gerechtelijke overheden en de bescherming van de persoonsgegevens

1074. De informatie-inwinning bij gerechtelijke overheden zal vaak persoonsgegevens betreffen. De inwinning van deze persoonsgegevens in hoofde van de fiscale administratie als verwerkingsverantwoordelijke zal dus conform het persoonsgegevensbeschermingsrecht moeten gebeuren.

De inwinning van persoonsgegevens bij gerechtelijke overheden zal toelaatbaar zijn op grond van een wettelijke bepaling, wat betreft de inzage in het gerechtsdossier en de meldplicht van het openbaar ministerie (respectievelijk artikel 327 § 1 W.I.B. 1992 en de wet van 28 april 1999). De verwerking van persoonsgegevens op het “*una via*”-overleg kent zoals gesteld geen voorzienbare wettelijke grondslag in de zin van artikel 8 EVRM. De betekenis evenwel niet dat de verwerking van de persoonsgegevens op dit overleg niet toelaatbaar kan zijn, met name op grond van het algemeen belang. Deze vaststelling is evenwel van weinig belang, aangezien de melding door het openbaar ministerie van fiscaal relevante persoonsgegevens die zijn gebleken uit een gerechtsdossier, steeds een inmenging vormt in het privéleven, waardoor er steeds een formeel-wettelijke grondslag moet zijn. Deze is niet voorhanden.

Het verwerken van gevoelige en medische gegevens is, in de mate dat zij in handen zouden zijn van de gerechtelijke overheden, in hoofde van de fiscale administratie in principe verboden. De informatie van de gerechtelijke overheden zal steeds gerechtelijke persoonsgegevens bevatten wanneer de informatie uit een gerechtsdossier komt. Zoals hierboven reeds toegelicht in het kader van de verwerking van gerechtelijke gegevens afkomstig van de CFI of het Centraal Strafrechtregister, kan de fiscale administratie gerechtelijke gegevens principieel wel zelf verwerken, mits zij een aantal waarborgen inlast (waaronder het maken van lijsten van de categorieën van personen die de gerechtelijke gegevens kunnen raadplegen).

§ 6 De informatie-inwinning bij gerechtelijke overheden en de vereiste van een kwaliteitsvolle verwerking

1075. De informatie-inwinning bij gerechtelijke overheden zal ook moeten gebeuren voor een welbepaalde *concrete* finaliteit, en de informatie moet ook proportioneel zijn aan die concrete finaliteit.

1076. Wat betreft het inzagerecht in het gerechtsdossier kan de finaliteit, zoals gesteld, worden afgeleid uit de wet (artikel 327 § 1 W.I.B. 1992) en de plaats van het artikel in het W.I.B. 1992, met name de heffing van de inkomstenbelastingen. De informatie-inwinning maakt evenwel hergebruik uit, zodat het finaliteitsbeginsel oplegt dat de finaliteit van dit hergebruik verenigbaar is met de finaliteit van de verwerking door de gerechtelijke overheden. Terzake rijzen problemen die hierboven reeds werden toegelicht. De verwerking van de persoonsgegevens door de FOD Financiën moet ook proportioneel zijn. Het proportionaliteitsvraagstuk werd reeds besproken bij de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 EVRM.

1077. De finaliteit van de meldplicht van het openbaar ministerie kan niet uit de wettelijke bepaling worden afgeleid. Er zal dus moeten worden nagegaan wat de *werkelijke* finaliteit van de verwerking is. Ook hier lijkt er een rol weggelegd voor het CAF dat de ontvangen informatie, net zoals dit het geval is voor de informatie afkomstig van de CFI, slechts zal kunnen doorgeven aan de bevoegde fiscale diensten in de mate dat deze informatie proportioneel is voor de belastingheffing door deze diensten.

§ 7 Informatie-inwinning bij gerechtelijke overheden en het transparantiebeginsel

1078. De transparantieplichtingen bij de informatie-inwinning bij gerechtelijke overheden lopen gelijk met de verplichtingen terzake bij de informatie-inwinning bij andere diensten van de FOD Financiën en bij andere bestuursdiensten, althans wat de fiscale administratie betreft als verwerkingsverantwoordelijke. Er kan dan ook naar die onderafdelingen worden verwezen.

Hoofdstuk 4 Conclusies

1079. Het onderzoek naar de draagwijdte van het recht op privéleven bij de informatie-inzameling door de fiscale administratie voor doeleinden van belastingheffing, levert een aantal belangrijke vaststellingen op.

1080. Een eerste belangrijke vaststelling is het feit dat bij de informatie-inzameling door de fiscale administratie er doorgaans sprake is van een inmenging in het privéleven in de zin van artikel 8 EVRM. De voor de belastingheffing relevante informatie is immers in essentie informatie over het inkomen en het vermogen van de belastingplichtige. Het EHRM verleent aan dit soort informatie rechtsbescherming zonder enig voorbehoud. Zelfs wanneer er aan kan worden getwijfeld of de ingezamelde informatie wel een dergelijke voorbehoudsloze rechtsbescherming moet verkrijgen (zoals bepaalde eerder publieke informatie zoals het beroep of type voertuig waarmee men rijdt), zijn er doorgaans voldoende contextuele elementen aanwezig die ervoor zorgen dat zelfs de inzameling van deze publieke informatie een inmenging vormt in het privéleven. Het feit bijvoorbeeld dat alle informatie die wordt ingezameld door de fiscale administratie vrij circuleert binnen de FOD Financiën en dus vrij beschikbaar is voor andere diensten is een element dat ertoe bijdraagt dat zelfs eerder publieke informatie moet worden beschermd. Ook het feit dat de informatie kan worden toegevoegd aan het datawarehouse met het oog op het profileren van de mogelijke belastingfraudeur, vormt een element dat bijdraagt tot het beschermen van zelfs deze eerder publieke informatie.

1081. Deze eerste vaststelling is van groot belang vanuit het oogpunt van de rechtsbescherming. Wanneer informatie wordt ingewonnen die van de rechtsbescherming van artikel 8 EVRM geniet, zal dit immers moeten gebeuren mits het naleven van de voorwaarden van artikel 8 lid 2 EVRM. Het niet respecteren van deze voorwaarden leidt er toe dat de informatie-inzameling moet worden beschouwd als een schending van het recht op privéleven. Er blijken voldoende argumenten te zijn om te stellen dat er een **verdergaande** rechtsbescherming kan worden genoten wanneer informatie is vergaard met schending van het recht op privéleven, dan wanneer informatie is vergaard door het begaan van een andere onregelmatigheid die niet als een schending van het recht op privéleven (of enig ander grondrecht) kwalificeert. Dit lijkt het logisch gevolg te zijn van het feit dat het Hof van Cassatie met het arrest van 22 mei 2015 ervoor heeft geopteerd om het lot van de informatie die is bekomen door middel van een onregelmatigheid, te koppelen, niet alleen aan het recht op eerlijk proces, maar ook aan de beginselen van behoorlijk bestuur en aan het zogenaamd “zozeer indruist”-criterium. Rekening houdend met de invulling die aan dit criterium lijkt te worden gegeven door de Nederlandse Hoge Raad, die het zozeer indruist-criterium al 25 jaar hanteert, kan worden verdedigd dat de aanwending van informatie die is verkregen doordat de overheid (de fiscale of een andere overheid) een grondrecht heeft geschonden, *steeds* als onbehoorlijk bestuur moet worden beschouwd, waardoor de informatie ook buiten beschouwing moet worden gelaten.

1082. Deze vaststelling inzake de (verdergaande) rechtsbescherming van het recht op privéleven, toont meteen het belang aan van een juist beeld over de draagwijdte van het recht op privéleven bij de informatie-inzameling door de fiscale administratie. Wanneer is er

immers sprake van een schending van het recht op privéleven? In essentie zijn er twee voorwaarden die moeten zijn voldaan opdat de informatie-inzameling privacyconform is: er moet een wettelijke basis zijn voor de informatie-inzameling en de verzameling moet noodzakelijk zijn voor de fiscale belangen van de staat.

1083. Wat betreft de eerste voorwaarde voor een privacyconforme informatie-inzameling kan worden vastgesteld dat er doorgaans een wettelijke basis aanwezig is. Nochtans is dit niet steeds het geval. Het probleem van het gebrek aan wettelijke omkadering rijst vooral bij de informatie-inzameling op publieke plaatsen (observaties), waaronder het internet. Hoewel het eenmalige of kortstondig observeren van de belastingplichtige (ook bijvoorbeeld zijn woning, zijn beroepslokaal of zijn voertuig) geen inmenging lijkt te vormen in het recht op privéleven, is dit wel het geval wanneer er meer systematisch wordt geobserveerd. In dat kader dient rekening te worden gehouden met de redelijke privacyverwachting, alsook met de context van de observatie (waaronder aard van de informatie die wordt verzameld of de technische hulpmiddelen die worden gebruikt). Het systematisch afspeuren van het internet door middel van daartoe aangepaste software door het BISC lijkt in die context te kwalificeren als een inmenging in het privéleven van de personen over wie informatie wordt verzameld. Deze onderzoeksmethodiek wordt dan ook best wettelijk omkaderd.

1084. De afwezigheid van een wettelijke omkadering voor de informatie-inzameling door de fiscale administratie lijkt evenwel beperkt tot de hierboven vermelde gevallen. Een belangrijker probleem is de voorzienbaarheid van de wettelijke omkadering. De rechtspraak van het EHRM stelt immers bepaalde kwaliteitsvereisten aan de wettelijke basis. Er wordt verwacht dat de wet voldoende duidelijk is opdat de betrokkene weet waaraan zich te verwachten. Bovendien houdt deze voorzienbaarheidsvereiste in dat de wet voldoende is afgebakend opdat zij een waarborg kan vormen tegen misbruik. In een voorzienbare wettelijke basis wordt de discretionaire bevoegdheid die wordt verleend aan de fiscale administratie om informatie in te zamelen, voldoende afgebakend.

Wat dat punt betreft lijken diverse wettelijke bepalingen problematisch.

De informatie-inzameling tijdens een fiscale visitatie is bijvoorbeeld gebaseerd op de wet van 20 november 1962, waarin nog geen rekening werd gehouden met de vereiste van de voorzienbare wet zoals deze in de loop der jaren is ontwikkeld door de rechtspraak van het EHRM. De visitatie is evenwel duidelijk veel privacyinvasiever dan een boekenonderzoek of een vraag om inlichtingen en lijkt niet in alle omstandigheden nodig voor een doeltreffende fiscale controle. De mogelijkheid voor de fiscale administratie om op deze maatregel een beroep te doen, wordt evenwel door de wet op geen enkele wijze afgebakend. De fiscale administratie wordt op geen enkele wijze gehinderd in haar *keuze* voor deze meer privacyinvasieve maatregel. Zij wordt ook door nagenoeg geen enkele vereiste gehinderd in de *uitvoering* van deze maatregel, zodat zij de vrije keuze heeft in bijvoorbeeld de duurtijd van de maatregel. Hoewel dit gebrek in de voorzienbaarheid kan worden opgevangen door voldoende procedurele waarborgen tegen misbruik, lijkt de Belgische wetgeving op dat vlak tekort te schieten. De visitatie kan weliswaar post factum aan de beoordeling van de rechtbank worden voorgelegd, doch de omkadering van deze beroepsmogelijkheid teneinde deze doeltreffend te maken, ontbreekt. Zo is er geen wettelijke verplichting om een proces-

verbaal op te stellen van het verloop van deze visitatie, wat een belangrijk element vormt om de omstandigheden waarin deze visitatie heeft plaatsgevonden door de rechtbank te laten beoordelen. Voor wat betreft de huisvisitaties schrijft de wet weliswaar voor dat er een voorafgaandelijke machtiging moet worden gevraagd aan de politierechter, doch de wet bepaalt op geen enkele wijze hoe de politierechter deze aanvraag moet beoordelen. Het lijkt minstens vereist dat de politierechter naast de wettelijkheid van de gevorderde maatregel, ook de noodzakelijkheid ervan zou beoordelen in het licht van de hem geschetste omstandigheden.

Ook het derdenonderzoek op grond van artikel 322 en 323 W.I.B. 1992 werd ingevoerd door de wet van 20 november 1962 en houdt geen rekening met de intussen door het EHRM aangenomen krijtlijnen over de voorzienbare wet. Wat betreft deze artikelen valt vooral het gebrek aan afbakening van het personeel toepassingsgebied op. Daar waar anno 1962 nog hoofdzakelijk de klanten en leveranciers van de belastingplichtige werden beoogd aan wie informatie kon worden gevraagd over de professionele relatie met de belastingplichtige die weinig gevoelig is, is het vandaag niet ondenkbaar dat een derdenonderzoek wordt gevoerd bij derden die over zeer gevoelige informatie beschikken zoals lokalisatiegegevens bij telecommunicatiebedrijven of verbruiksgegevens bij energieleveranciers. Deze gegevens laten toe een duidelijk beeld te krijgen over het private leven. Om misbruiken te vermijden is het aangewezen de bevoegdheid van de administratie om dit soort derden te betrekken bij een derdenonderzoek af te bakenen, door dit onderzoek slechts toe te laten in welbepaalde omstandigheden en/of mits inlassing van waarborgen tegen misbruik. Het gaat bij dat soort informatie bovendien vanuit het oogpunt van het persoonsgegevensbeschermingsrecht over het zogenaamd onverenigbaar hergebruik, waardoor een uitdrukkelijke wettelijke bepaling nodig is om dit hergebruik toe te laten, mits dit ook noodzakelijk is voor de belastingheffing.

De mogelijkheden om informatie op te vragen bij financiële instellingen werden met de wet van 14 april 2011 aanzienlijk uitgebreid. In de toevoeging van een § 2 aan artikel 322 W.I.B. 1992 werd duidelijk wel rekening gehouden met de voorzienbaarheidsvereisten, dit niet het minst onder invloed van de adviezen van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Het gevolg is dat er – ondanks de gehanteerde vage terminologie – al bij al een wettelijke bepaling is tot stand gekomen die voldoende voorzienbaar is voor de betrokkene en waarin de bevoegdheid van de fiscale administratie ook voldoende wordt afgebakend opdat misbruiken worden vermeden. Door de expliciete kennisgeving van de maatregel nog voordat hij plaatsvindt, kan hij aan de beoordeling van de rechter worden voorgelegd, nog voordat hij – die desgevallend een schending van het privéleven kan uitmaken – zich heeft voorgedaan.

Evenwel zijn de meer recente wetten die de informatie-inzameling regelen niet steeds in dezelfde mate privacyconform. Artikel 335 eerste lid W.I.B. 1992 werd ingevoerd door de programmawet van 23 december 2009. Deze bepaling maakt de vrije uitwisseling van informatie binnen de FOD Financiën mogelijk, zowel op verzoek, als spontaan of automatisch. Er wordt hierbij geen enkel onderscheid gemaakt tussen de diverse diensten die deel uitmaken van de FOD Financiën. Nochtans is het niet ondenkbaar dat sommige diensten op grond van deze ruime bepaling informatie doorgeven aan de fiscale administratie, terwijl het doorgeven van deze informatie vanuit privacyoogpunt moet

worden beschouwd als onverenigbaar hergebruik. Dit is denkbaar voor bepaalde diensten binnen de FOD Financiën die niet met belastingheffing belast zijn, waaronder het Nationaal Kantoor der Roerende Waarden en de Dienst Voorafgaande Beslissingen. Voor deze laatste dienst werd de uitwisseling van informatie geregeld in een samenwerkingsakkoord, terwijl het privacyrecht in het algemeen en het persoonsgegevensbeschermingsrecht in het bijzonder toch vereisen dat er een duidelijke wettelijke grondslag is voor dit soort hergebruik. De wettelijke regeling moet de bevoegdheid voor de fiscale administratie ook voldoende afbakenen zodat dit soort hergebruik ook wordt beperkt tot wat strikt noodzakelijk is.

Ook het hergebruik van informatie die de ontvangende fiscale administratie niet had kunnen bekomen wanneer zij gebruik maakt van haar eigen onderzoeksbevoegdheden, lijkt als een vorm van onverenigbaar hergebruik te moeten worden gezien. Dit soort hergebruik kan dus maar mits dit *uitdrukkelijk* door de wetgever is toegestaan en mits dit hergebruik noodzakelijk is voor de belastingheffing. De bevoegdheid van de administratie om deze informatie te hergebruiken moet dus voldoende worden afgebakend zodat het hergebruik beperkt blijft tot het strikt noodzakelijke. Artikel 335 lid 1 W.I.B. 1992 laat dit soort hergebruik evenwel in algemene zin toe. Hierdoor kan informatie die bijvoorbeeld de administratie van de douane en accijnzen met haar vaak ruime onderzoeksbevoegdheden heeft bekomen, worden hergebruikt voor doeleinden van inkomstenbelastingen. Het probleem van het hergebruik van informatie die de ontvangende fiscale administratie met de eigen onderzoeksbevoegdheden niet kon bekomen, rijst ook bij de inzameling van informatie bij andere bestuursdiensten (artikel 327 § 1 W.I.B. 1992), en rijst ten slotte op een frappante manier bij de inwinning van informatie bij gerechtelijke overheden (artikel 327 § 1 W.I.B. 1992) die doorgaans over meer privacyinvasieve onderzoeksmethodes beschikken dan de fiscale administratie (telefoontap, infiltratie en dergelijke meer). Ook hier dringt een democratisch debat zich op zodat een formele wet kan tot stand komen die regelt of en in welke mate dit hergebruik toegelaten is.

Sommige wettelijke bepalingen waarop de informatie-inwinning van de fiscale administratie is gesteund dateren nog van de wet van 28 juli 1938, waardoor er niet alleen geen rekening is gehouden met de voorzienbaarheidsvereisten van de rechtspraak van het EHRM inzake artikel 8 EVRM, maar er tevens geen rekening wordt gehouden met de gewijzigde maatschappelijke context. Zo heeft de wetgever met de invoering van de wet van 28 juli 1938 (het huidige artikel 327 W.I.B. 1992) in hoofdzaak de informatie-inwinning bij andere bestuurlijke overheden op het oog gehad, wanneer de fiscale administratie dit concreet *verzoekt*. Met de mogelijkheid om informatie systematisch en automatisch door te geven werd geen rekening gehouden. Hierdoor is artikel 327 W.I.B. 1992 op dit ogenblik onvoldoende voorzienbaar als wettelijke basis om automatische en systematische informatie-uitwisseling tussen bestuurlijke overheidsdiensten en de fiscale administratie toe te laten. Nochtans blijkt uit de diverse machtigingen die door zowel het sectoraal comité voor de federale overheid, als het sectoraal comité voor de sociale zekerheid werden gegeven, dat dergelijke automatische en systematische informatie-inwinning wel plaatsvindt. Een verduidelijking van de wet dringt zich daar zeker op.

1085. Naast de vereiste van een voorzienbare wettelijke basis, is een tweede voorwaarde waaraan moet voldaan zijn opdat een informatie-inwinning privacyconform is, de vereiste van de noodzakelijkheid. De informatie-inwinning moet noodzakelijk zijn in het licht van de legitieme doelstelling die wordt nagestreefd, met name de belastingheffing. Ook op dat vlak kunnen diverse problemen worden vastgesteld.

Wanneer de ingewonnen informatie nodig is voor de *berekening* van de belasting, is er doorgaans geen probleem. Het noodzakelijkheidsvraagstuk rijst daarentegen wel wanneer informatie wordt opgevraagd in het kader van de *controle*, zeker wanneer de informatie automatisch en systematisch wordt opgevraagd (bijvoorbeeld in de aangifte, of in het kader van een systematische uitwisseling van informatie binnen de FOD Financiën conform artikel 335 lid 1 W.I.B. 1992). Wanneer het automatisch en systematisch inwinnen van informatie niet nodig is voor de berekening van de belasting, maar enkel omdat er een eventueel nut is in het kader van de controle van de inkomstenbelasting, dan lijkt artikel 8 EVRM op te leggen dat de aldus ingewonnen informatie wordt *gefilterd* tot wat strikt noodzakelijk is voor de concrete doelstelling die voor ogen wordt gehouden²⁵¹².

1086. Gebreken op het vlak van de eerste voorwaarde (legaliteitsvereiste) én op het vlak van de tweede voorwaarde (noodzakelijkheidsvereiste) kunnen worden gecompenseerd door de aanwezigheid van voldoende procedurele waarborgen tegen misbruik. Wanneer de wet dus onvoldoende voorzienbaar is, doch er zijn voldoende procedurele waarborgen tegen misbruik, dan neemt het EHRM hier soms genoegen mee. Ook het voldaan zijn van de noodzakelijkheidsvereiste wordt soms niet inhoudelijk gecontroleerd door het EHRM dat zich er dan toe beperkt na te gaan of er voldoende procedurele waarborgen zijn tegen – in casu – disproportionele inmengingen in het privéleven.

Hoewel het persoonsgegevensbeschermingsrecht steeds meer inzet op preventie door het opleggen van allerhande verplichtingen aan de verwerkingsverantwoordelijke, is een jurisdictionele controle, ook post factum, voor het EHRM nog steeds een belangrijke waarborg tegen misbruik. Bij de meeste vormen van informatie-inzameling door de fiscale overheid is er finaal ook een jurisdictionele controle mogelijk, dit ten laatste bij het vestigen van de aanslag. Een jurisdictionele controle op een inmenging in het privéleven dient te voldoen aan de waarborgen van een eerlijk proces overeenkomstig artikel 6 EVRM. Dit houdt niet alleen in dat er tegenspraak moet zijn en de rechter met volle rechtsmacht moet kunnen oordelen, maar tevens dat er passend rechtsherstel moet kunnen zijn. Hoewel onduidelijk is hoe het EHRM dit passend rechtsherstel concreet invult, wordt in dit proefschrift de stelling verdedigd dat er slechts sprake is van passend rechtsherstel indien de informatie die door middel van de inmenging in het privéleven werd bekomen, ook volledig wordt geweerd uit de bewijsvoering.

1087. Naast de hierboven vermelde vaststellingen inzake de reikwijdte van het recht op privéleven als grondrecht, kunnen ook een aantal vaststellingen worden gedaan inzake de reikwijdte van het recht op de bescherming van de persoonsgegevens. Bij de informatie-inzameling door de fiscale administratie is er immers doorgaans sprake van de verwerking van persoonsgegevens. Hierdoor dienen de beginselen van het persoonsgegevensbeschermingsrecht te worden gerespecteerd. Deze beginselen zijn nauw

²⁵¹² HvJ 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, DIGITAL RIGHTS IRELAND, overweging 56-57 en volgende

verweven met de beginselen die aan de grondslag liggen van het recht op privéleven als grondrecht. Zo zal een verwerking van persoonsgegevens door de (fiscale) overheid slechts *toelaatbaar* zijn indien deze verwerking noodzakelijk is voor hetzij de naleving van een wettelijke opdracht waaraan de fiscale overheid is onderworpen, hetzij het algemeen belang. Indien de verwerking tevens een inmenging in het privéleven vormt en de inmenging niet noodzakelijk is voor het naleven van de fiscale belangen van de staat (overeenkomstig artikel 8 lid 2 EVRM), dan is de verwerking per definitie ook niet toelaatbaar. Behoudens ingeval de noodzakelijkheidsvereiste niet is voldaan, bestaan er doorgaans weinig problemen rond het voorhanden zijn van een toelaatbaarheidsgrond in de zin van het persoonsgegevensbeschermingsrecht.

1088. Een toegelaten verwerking van persoonsgegevens moet evenwel ook voldoende *kwalityteitsvol* verlopen alvorens er sprake kan zijn van een rechtmatige verwerking. Dit houdt in dat er een welbepaalde finaliteit moet zijn. Deze finaliteit moet concreter worden bepaald dan een verwijzing naar de algemene fiscale belangen van de staat, die als legitieme doelstelling volstaan voor de toepassing van artikel 8 EVRM. In dat kader zal het van belang zijn dat wordt verwezen naar de heffing van de *inkomstenbelasting*, en niet naar de belastingheffing in het algemeen. Aan de finaliteit moeten immers een reeks andere beginselen van het persoonsgegevensbeschermingsrecht worden getoetst, waaronder het proportionaliteitsbeginsel. Welnu, een verwerking van persoonsgegevens kan proportioneel zijn voor de heffing van een andere belasting dan de inkomstenbelasting, maar niet voor de heffing van de inkomstenbelasting.

1089. Naast het respecteren van het finaliteitsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel, houdt een kwaliteitsvolle verwerking van persoonsgegevens ook in dat de verwerking *transparant* verloopt. Ook hier zijn voor diverse vormen van inzameling van informatie tekortkomingen vast te stellen.

De privacyverklaring die is opgenomen in de toelichting van de aangifte voor natuurlijke personen is bijvoorbeeld op meerdere vlakken gebrekkig, en zal in ieder geval met het van toepassing worden van de Verordening 2016/679 moeten worden aangepast. Bij het verzamelen van informatie bij een boekenonderzoek of een vraag om inlichtingen, is er eveneens geen uitdrukkelijke kennisgeving van de informatie die door het persoonsgegevensbeschermingsrecht wordt vereist (waaronder de concrete finaliteit en de ontvangers van de informatie). De wetgeving vult deze lacune niet op.

Wanneer de fiscale administratie de informatie niet zelf bij de betrokkene haalt, maar een andere overheidsdienst of een derde de bron vormt van de informatie, laat het persoonsgegevensbeschermingsrecht verschillende mogelijkheden voor de fiscale administratie om aan een kennisgeving te ontkomen. De transparantie wordt hierdoor op grond van het persoonsgegevensbeschermingsrecht zelf ondergraven. Indien de derde of de overheid die persoonsgegevens doorgeeft aan de fiscale administratie, deze wel zelf bij de betrokkene heeft bekomen, dan zal de betrokkene *bij de inzameling* op de hoogte moeten worden gesteld van bepaalde informatie, wanneer het gaat over het systematisch en automatisch doorgeven van persoonsgegevens.

De betrokkene moet op grond van het persoonsgegevensbeschermingsrecht ook steeds *inzage* kunnen krijgen van zijn persoonsgegevens alsook van bepaalde fundamentele informatie die de betrokkene moet toelaten de rechtmatigheid van de verwerking na te gaan alsook eventueel zijn andere transparantierechten, waaronder het recht op verbetering uit te oefenen. De Belgische wetgever heeft ervoor geopteerd dit inzagerecht, hoe fundamenteel dit ook wordt beschouwd (zie o.m. de grondrechtelijke status die eraan wordt verleend door artikel 8 van het Handvest en de erkenning van dit recht in de rechtspraak van het EHRM als onderdeel van artikel 8 EVRM), te beperken. Het is de fiscale administratie immers toegelaten het inzagerecht te weigeren telkens wanneer de betrokkene het voorwerp uitmaakt van een controle en indien de inzage nadelig zou kunnen zijn voor deze controle. Het weigeren van het inzagerecht telkens wanneer er een risico *zou kunnen zijn* voor de controle lijkt evenwel in strijd met de noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 EVRM alsook van de algemene uitzonderingsbepaling van de Richtlijn 95/46 en de Verordening 2016/679. De inzage van het administratief dossier is immers nog mogelijk op grond van de Wet Openbaarheid Bestuur. De Raad van State heeft aanvaard dat de inzage niet kan worden geweigerd wanneer er geen concrete aanwijzing is dat ze de financiële belangen van de Staat kan schaden. Bijgevolg is een weigering van een inzage telkens wanneer de inzage nadelig *zou kunnen zijn* en dit zonder concrete aanwijzing, niet pertinent, vermits de inzage van het administratief dossier in dat geval toch mogelijk is op grond van de Wet Openbaarheid Bestuur

1090. Besluitend dient dan ook te worden gesteld dat zowel op het vlak van het recht op privéleven als grondrecht als op het vlak van het persoonsgegevensbeschermingsrecht, er in de loop van dit onderzoek een aantal in het oog springende vaststellingen konden worden gedaan. Zoals reeds aangekondigd in hoofdstuk 1 zijn deze vaststellingen vooreerst van belang voor de rechtsbescherming van de betrokkene. Het onderzoek draagt ertoe bij dat de betrokkene inzicht verwerft in de gevallen waarin hij de schending van het recht op privéleven kan invoeren. Het proefschrift verdedigt bovendien de stelling dat de rechtsbescherming verdergaand is wanneer informatie wordt bekomen door middel van een schending van het recht op privéleven, dan wanneer er een andere onregelmatigheid is begaan. De vaststellingen lieten ook toe dat in het proefschrift een hele reeks aanbevelingen konden worden gedaan om het bestaande wetgevend kader meer privacyconform te maken. Zoals opgemerkt in hoofdstuk 1 lijken er redenen te zijn om te stellen dat een (meer) privacyconform rechtskader kan bijdragen tot een verhoogde medewerking van de belastingplichtige. Tegerlijkertijd kunnen uit de vaststellingen in dit proefschrift heel wat suggesties worden afgeleid voor een meer privacyconform gedrag van de fiscale administratie, wat eveneens – zoals toegelicht in hoofdstuk 1 - lijkt te kunnen bijdragen tot een verhoogde medewerking van de belastingplichtige.

LIJST VAN GECITEERDE RECHTSPRAAK, RECHTSLEER EN DOCUMENTEN VAN INTERNATIONALE ORGANISATIES EN VAN DE COMMISSIE VOOR DE BESCHERMING VAN DE PERSOONLIJKE LEVENSSFEER EN DE SECTORALE COMITES

RECHTSPRAAK

EHRM

ECRM 3 oktober 1968, NV TELEVISIER/Nederland
ECRM 17 mei 1969, WEMHOFF/Duitsland
ECRM 21 maart 1975, TIMES NEWSPAPER Ltd., THE SUNDAY TIMES, HAROLD EVANS/VK
ECRM 18 mei 1976, X./IJsland
EHRM 8 juni 1976, ENGEL/Nederland
EVRM 7 december 1976, HANDYSIDE/VK
ECRM 12 juli 1977, BRUGGEMAN en SCHEUTEN /Duitse Bondsrepubliek
EHRM 25 april 1978, TYRER/VK
EHRM 6 september 1978, KLASS/Duitsland
EHRM 26 april 1979, SUNDAY TIMES/VK
EHRM 13 juni 1979, MARCKX/België
EHRM 27 februari 1980, DEWEER/België
EHRM 22 oktober 1981, DUDGEON/Ierland
ECRM 6 oktober 1982, X/VK
ECRM 7 december 1982, HARDY-SPIRLET/België
EHRM 10 december 1982, FOTI/Italië
EHRM 25 maart 1983, SILVER/VK
EHRM 21 februari 1984, ÖZTÜRK/Turkije
EHRM 6 mei 1985, BOSNICH/Oostenrijk
EHRM 2 augustus 1984, MALONE/VK
EHRM 26 maart 1985, X. en Y./Nederland
ECRM 11 december 1985, LUNDEVALL/Zweden
EHRM 24 november 1986, GILLOW/VK
EHRM 26 maart 1987, LEANDER/Zweden
EHRM 25 augustus 1987, LUTZ/Duitsland
EHRM 12 juli 1988, SCHENK/Zwitserland
EHRM 20 oktober 1988, SCHONENBERGER & DURMAZ/Zwitserland
EHRM 30 maart 1989, CHAPPELL/VK
EHRM 7 juli 1989, GASKIN/ VK
EHRM 28 maart 1990, GROPPERA RADIO/Zwitserland
EHRM 24 april 1990, KRUSLIN/Frankrijk
EHRM 24 april 1990, HUVIG/Frankrijk
EHRM 22 mei 1990, AUTRONIC AG/Zwitserland
EHRM 21 september 1990, FAYED/VK
EHRM 27 september 1990, COSSEY/VK
EHRM 15 juni 1992, LUDI/Zwitserland
ECRM 29 juni 1992, ANDERBERG/Zweden
ECRM 9 september 1992, REYNTJENS/België

EHRM 16 december 1992, NIEMIETZ/Duitsland
 EHRM 25 februari 1993, FUNKE/Frankrijk
 EHRM 25 februari 1993, CREMIEUX/Frankrijk
 EHRM 25 februari 1993, MILAILHE/Frankrijk
 ECRM 1 september 1993, B. COMPANY & others/Nederland
 EHRM 23 november 1993, A./Frankrijk
 EHRM 22 februari 1994, BURGHARTZ/Zwitserland
 EHRM 24 februari 1994, BENDENOUN/Frankrijk
 EHRM 23 september 1994, JERSILD/Denemarken
 EHRM 28 oktober 1994, MURRAY/VK
 EHRM 9 december 1994, LOPEZ OSTRAS/Spanje
 EHRM 19 december 1994, VEREINIGUNG DEMOKRATISCHER SOLDATEN ÖSTERREICHS en GUBI/Oostenrijk
 ECRM 20 februari 1995, IJSPEERD/Nederland
 EHRM 8 februari 1996, MURRAY/VK (§45);
 EHRM 25 september 1996, BUCKLEY/VK
 EHRM 15 november 1996, CANTONI/Frankrijk
 EHRM 17 december 1996, SAUNDERS/VK
 EHRM 25 februari 1997, F./Finland
 EHRM 25 februari 1997, Z./Finland
 EHRM 27 februari 1997, DE HARS & GIJSELS/België
 EHRM 25 juni 1997, HALFORD/VK
 EHRM 27 augustus 1997, A.P., M.P.&T.P./Zwitserland
 EHRM 27 augustus 1997, M.S./Zweden
 EHRM 24 september 1997, GARYFALLOU AEBE/Griekenland
 EHRM 20 oktober 1997, SERVES/Frankrijk
 EHRM 23 oktober 1997, NATIONAL & PROVINCIAL BUILDING SOCIETY/VK
 EHRM 16 december 1997, CAMENZIND/Zwitserland
 EHRM 19 december 1997, BRUALLA GOMEZ DE LA TORRE/Spanje
 ECRM 14 februari 1998, HERBECQ/België
 EHRM 19 februari 1998, GUERRA/Italië
 EHRM 25 maart 1998, KOPP/Zwitserland
 EHRM 9 juni 1998, McGINLEY/VK
 EHRM 9 juni 1998, TEXEIRA DE CASTRO/Portugal
 EHRM 30 juli 1998, VALENZUELA CONTRERAS/Spanje
 EHRM 24 augustus 1998, LAMBERT/Frankrijk
 EHRM 23 september 1998, McLEOD/VK
 EHRM 20 mei 1999, BLADET TROMSØ & STENSAAS/Noorwegen
 EHRM 8 december 1999, FREEDOM AND DEMOCRACY PARTY (ÖZDEP)/Turkijke
 EHRM 16 februari 2000, AMANN/Zwitserland
 EHRM 6 april 2000, COMINGERSOLL/Portugal
 EHRM 4 mei 2000, ROTARU/Roemenië
 EHRM 12 mei 2000, KHAN/VK
 EHRM 6 juni 2000, AVERILL/VK
 EHRM 22 juni 2000, COEME/België
 EHRM 21 december 2000, QUINN/Ierland

EHRM 18 januari 2001, CHAPMAN/VK
EHRM 3 mei 2001, J.B./Zwitserland
EHRM 28 juni 2001, VgT VEREIN GEGEN TIERFABRIKEN/Zwitserland
EHRM 12 juli 2001, FERRAZZINI/Italië
EHRM 25 september 2001, P.G. and J.H./VK
EHRM 16 april 2002, STES COLAS EST/Frankrijk
EHRM 29 april 2002, PRETTY/VK
EHRM 11 juli 2002, GOODWIN/VK
EHRM 23 juli 2002, JANOSEVIC/Zweden
EHRM 10 september 2002, ALLEN/VK
EHRM 19 september 2002, TAMOSIUS/VK
EHRM 24 september 2002, M.G./VK
EHRM 5 november 2002, ALLAN/VK
EHRM 28 januari 2003 PECK/VK
EHRM 13 februari 2003, ODIEVRE/Frankrijk
EHRM 25 februari 2003, ROEMEN en SCHMIT/Luxemburg
EHRM 8 april 2003, KING/VK
EHRM 3 juni 2003, MOREL/Frankrijk
EHRM 10 juni 2003, M.A./Finland
EHRM 12 juni 2003, VAN KÜCK/Duitsland
EHRM 12 juni 2003, CHALKLEY/VK
EHRM 15 juli 2003, ERNST/België
EHRM 31 juli 2003, DEMADES/ Turkije
EHRM 25 november 2003, LEWIS/VK
EHRM 4 maart 2004, SILVESTERS HORECA SERVICE/België
EHRM 30 maart 2004, RADIO FRANCE/Frankrijk
EHRM 8 april 2004, WEH/Oostenrijk
EHRM 27 mei 2004, CONNERS/UK
EHRM 29 juni 2004, CHAUVY/Frankrijk
EHRM 21 september 2004, ABEBERRY/Frankrijk
EHRM 9 december 2004, VAN ROSSEM/België
EHRM 4 februari 2005 MAMATKULOV & ASKAROV/Turkije
EHRM 15 februari 2005, STEEL en MORRIS/VK
EHRM 22 maart 2005, RODRIGUEZ-PORTO PEREZ/Spanje
EHRM 29 maart 2005, MATHERON/Frankrijk
EHRM 28 april 2005, BUCK/Duitsland
EHRM 6 september 2005, LEVEAU & FILLON/Frankrijk
EHRM 27 september 2005, SALLINEN/Finland
EHRM 11 oktober 2005, KENT PHARMACEUTICALS/VK
EHRM 19 oktober 2005, ROCHE/VK
EHRM 22 oktober 2005, WYPYCH/Polen
EHRM 23 februari 2006, STERE/Roemenië
EHRM 6 juni 2006, SEGERSTEDT-WIBERG/Zweden
EHRM 29 juni 2006, WEBER en SARAVIA/Duitsland
EHRM 29 juni 2006 PANTELEYENKO/Oekraïne
EHRM 11 juli 2006, JALLOH/Duitsland

EHRM 10 oktober 2006, L.L./Frankrijk
EHRM 9 november 2006, LEEMPOEL & EDITION CINE REVUE SA./België
EHRM 23 november 2006, JUSSILA/Finland
EHRM 4 januari 2007, SMITH/VK
EHRM 1 maart 2007, HEGLAS/Tsjechië
EHRM 3 april 2007, COPLAND/VK
EHRM 24 april 2007, LOMBARDO /Malta
EHRM 7 juni 2007, SMIRNOV/Rusland
EHRM 21 juni 2007, ANTUNES & PIRES/Portugal
EHRM 28 juni 2007, ASSOCIATION FOR EUROPEAN INTEGRATION AND HUMAN RIGHTS & EKIMDZHIEV/Bulgarije
EHRM 29 juni 2007, O'HALLORAN & FRANCIS/VK
EHRM 16 oktober 2007, WIESER AND BICOS BETEILIGUNGEN/Oostenrijk
EHRM 15 november 2007, KHAMIDOV/Rusland
EHRM 21 februari 2008, RAVON/Frankrijk
EHRM 13 mei 2008, McCANN/VK
EHRM 1 juli 2008, DAROCZY/Hongarije
EHRM 17 juli 2008, I./Finland
EHRM 24 juli 2008, ANDRE/Frankrijk
EHRM 25 november 2008, BIRIUK/Litouwen
EHRM 4 december 2008, S. en MARPER/VK
EHRM 10 maart 2009, BYKOV/Rusland
EHRM 23 juli 2009, JOUBERT/Frankrijk
EHRM 28 juli 2009, LEE DAVIES /België
EHRM 8 oktober 2009, ROMANENKO/Rusland
EHRM 6 oktober 2009, C.C./Spanje
EHRM 6 oktober 2009, KULIS en ROZYCKI/Polen
EHRM 27 oktober 2009, HARALAMBIE/Roemenië
EHRM 10 december 2009, MIKHAYLYUK AND PETROV/Oekraïne
EHRM 12 januari 2010, GILLAN & QUINTON/VK
EHRM 21 januari 2010, XAVIER DA SILVEIRA/Frankrijk
EHRM 16 maart 2010, DI BELMONTE/Italië
EHRM 18 mei 2010, KENNEDY/VK
EHRM 1 juni 2010, GÄFGEN/Duitsland
EHRM 2 september 2010, UZUN/Duitsland
EHRM 21 december 2010, SOCIETE CANAL PLUS/Frankrijk
EHRM 11 februari 2011, WASMUTH/Duitsland
EHRM 15 februari 2011, HEINO/Finland
EHRM 10 mei 2011, MOSLEY/ VK
EHRM 21 juni 2011, SHIMOVOLOS/Rusland
EHRM 29 juni 2011, JARNEA/Roemenië
EHRM 19 juli 2011, UJ/Hongarije
EHRM 18 oktober 2011, KHELILI/Zwitserland
EHRM 17 januari 2012, VARAPNICKAITĒ-MAŽYLIENĒ/Litouwen
EHRM 7 februari 2012, AXEL SPRINGER/ Duitsland (§83)
EHRM 5 april 2012, STROMBLAD/Zweden

EHRM 5 april 2012, CHAMBAZ/Zwitserland
EHRM 14 mei 2012, ROMET/Nederland
EHRM 3 juli 2012, ROBATHIN/Oostenrijk
EHRM 5 juli 2012, GOLOVAN/Oekraïne
EHRM 31 juli 2012, DRAKSAS/Litouwen
EHRM 2 oktober 2012, MITKUS/Litouwen (§124)
EHRM 13 november 2012, M.M. t. VK
EHRM 13 november 2012, JOANNA SZULC/Polen
EHRM 6 december 2012, MICHAUD/Frankrijk
EHRM 21 december 2012, CANAL PLUS/Frankrijk
EHRM 14 maart 2013, BERNH LARSEN HOLDING ea/Noorwegen
EHRM 4 juni 2013, PERUZZO en MAERTENS/Duitsland
EHRM 25 juni 2013, VALENTINO/Roemenië
EHRM 19 november 2013, ULARIU/Roemenië
EHRM 2 oktober 2014, DELTA PEKARNY/Tsjechië
EHRM 15 januari 2015, DRAGOJEVIC/Kroatië
EHRM 2 april 2015, VINCI CONSTRUCTION/Frankrijk
EHRM 3 april 2015, PRUTEANU/Roemenië
EHRM 16 juni 2015, OTHYMIA/Nederland
EHRM 16 juni 2015, VAN WEERELT/Nederland
EHRM 7 juli 2015, M.N./San Marino
EHRM 8 oktober 2015, KHARLAMOV/Rusland
EHRM 1 december 2015, BRITO FERRINHO BEXIGA VILLA-NOVA/Portugal
EHRM 3 september 2015, SERVULO & ASSOCIADOS – SOCIEDADE DE ADVOGADOS/Portugal
EHRM 4 december 2015, ZAKHAROV/Rusland
EHRM 22 december 2015, G.S.B./Zwitserland
EHRM 12 januari 2016, SZABO é VISSY/Hongarije
EHRM 2 februari 2016, MAGYAR TARTALOMSZOLGÁLTATÓK EGYESÜLETE & INDEX.HU ZRT /Hongarije
EHRM 6 oktober 2016, K.S. en M.S./Duitsland
EHRM 20 december 2016, LINDSTRAND PARTNERS ADVOKATBYRA/Zweden
EHRM 31 januari 2017, KALNENIENE/België

HOF VAN JUSTITIE

HvJ 12 november 1969, C-29/69, STAUDER
HvJ 17 december 1970, C-11/70, INTERNATIONALE HANDELSGESELLSCHAFT
HvJ 14 mei 1974, C-4/73, NOLD
HvJ 28 oktober 1975, C-36/75, RUTILI
HvJ 9 maart 1978, C-106/77, SIMMENTHAL
HvJ 13 december 1979, C-44/79, HAUER
HvJ 26 juni 1980, C-136/79, NATIONAL PANASONIC
HvJ 24 juni 1986, C-53/85, AKZO CHEMIE
HvJ 21 september 1989, C-46/87 en C-227/88, HOECHST,
HvJ 17 oktober 1989, C-85/87, DOW BENELUX NV

HvJ 17 oktober 1989, C-97/87, 98/87, 99/87 DOW CHEMICAL IBERICA SA AND ALCUDIA
EMPRESA NACIONAL DEL PETROLEO SA
HvJ 13 november 1990, C-331-88, FEDESA
HvJ 8 april 1992, C-62/90, Commissie/Duitsland
HvJ 19 mei 1994, C-36/92, SEP
HvJ 5 oktober 1994, C-133/93, C-300/93 en C-362/93, CRISPOLTONI
HvJ 5 oktober 1994, C-404/92, X./Commissie
HvJ 18 december 1997, C-286/94, C-340/95, C-401/95 en C-47/96, MOLENHEIDE e.a
HvJ 20 april 1999, T-305/94, T-307/94, T-313/94 tot T316-94, T-308/94, T-325/94, T-328/94,
T-329/94 en T-335/94, LIMBURGSE VINYLMAATSCHAPPIJ NV
HvJ 12 juli 2001, C-189/01, JIPPES
HvJ 22 oktober 2002, C-94/00, ROQUETTE FRERES
HvJ 20 mei 2003, C-465/00, C-138/01 en C-139/01, OSTERREICHISCHER RUNDfunk,
HvJ 6 november 2003, C-101/01, LINDQVIST
HvJ 11 mei 2006, C-384/04, FEDERATION OF TECHNOLOGICAL INDUSTRIES e.a
HvJ 26 juni 2007, C-305/5, ORDE VAN FRANSTALIGE EN DUITSTALIGE BALIES EA
HvJ 14 februari 2008, C-450/06, VAREC
HvJ 21 februari 2008, C-271/06, NETTO SUPERMARKET
HvJ 16 december 2008, C73/07, SATAMEDIA
HvJ 16 december 2008, C-524/06, HUBER
HvJ 7 mei 2009, C-553/07, RIJCKEBOER
HvJ 8 september 2010, C-409/06, WINNER WETTEN GmbH
HvJ 9 november 2010, C-92/09 en C-93/09, SCHECKE en EIFERT
HvJ 29 juni 2010, C-28/08, BAVARIAN LAGER
HvJ 8 juli 2010, C-343/09, AFTON CHEMICAL
HvJ 29 juli 2010, C-188/09, PROFACTOR
HvJ 5 oktober 2010, C-400/10, J. McB
HvJ 7 december 2010, C-285/09, R.
HvJ 1 maart 2011, C-457/09, CHARTRY
HvJ 22 september 2011, C-538/10, LEBRUN
HvJ 15 november 2011, C-256/11, DERECL e.a.
HvJ 26 februari 2013, C-617/10, AKERBERG FRANSSON
HvJ 30 mei 2013, C-342/12, WORTEN
HvJ 17 oktober 2013, C-291/12, SCHWARZ
HvJ 31 januari 2014, C-486/12, X.
HvJ 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, DIGITAL RIGHTS IRELAND
HvJ 13 mei 2014, C-131/12, GOOGLE SPAIN
HvJ 19 juni 2014, C-683/13, PHARMACONTINENTE – SAUDE E HIGIENE
HvJ 17 juli 2014, C-141/12 en C-372/12, Y.S.,
HvJ 11 december 2014, C-212/13, RYNES
HvJ 1 oktober 2015, C-201/14, BARA
HvJ 6 oktober 2015, C-632/12, SCHREMS
HvJ 17 december 2015, C-419/14 WEBMINDLICENCES Kft
HvJ 19 oktober 2016, C-582/14, BREYER
HvJ 7 maart 2017, C-398/15, MANNI

GRONDWETTELIJKE HOF

Arbitragehof 24 februari 1999, 99/22
Arbitragehof 25 november 1999, 124/99
Arbitragehof 29 november 2000, 124/2000
Arbitragehof 14 februari 2001, 16/2001
Arbitragehof 28 maart 2002, 60/2002
Arbitragehof 30 april 2003, 50/2003
Arbitragehof 22 juli 2004, 136/2004
Arbitragehof 20 oktober 2004, 158/2004
Arbitragehof 20 oktober 2004, 162/2004
Arbitragehof 21 december 2004, 202/2004
Arbitragehof 19 januari 2005, 16/2005
Arbitragehof 20 april 2005, 76/2005
Arbitragehof 19 mei 2005, 131/2005
Arbitragehof 13 juli 2005, 125/2005
GwH 19 september 2007, 118/2007
GwH 23 januari 2008, 10/2008
GwH 10 april 2008, 61/2008
GwH 18 juni 2008, 91/2008
GwH 26 juni 2008, 95/2008
GwH 10 juli 2008, 102/2008
GwH 3 december 2008, 171/2008
GwH 18 maart 2010, 29/2010
GwH 2 juni 2010, 66/2010
GwH 22 december 2010, 158/2010
GwH 13 januari 2011, 1/2001
GwH 27 januari 2011, 10/2011
GwH 25 oktober 2012, 128/2012
GwH 14 februari 2013, 06/2013
GwH 14 maart 2013, 39/2013
GwH 18 april 2013, 54/2013
GwH 16 mei 2013, 66/2013
GwH 26 september 2013, 127/2013
GwH 7 november 2013, 144/2013
GwH 5 december 2013, 163/2013
GwH 27 maart 2014, 51/2014
GwH 6 juni 2014, 88/2014
GwH 10 december 2014, 179/2014
GwH 5 februari 2015, nr. 13/2015
GwH 26 maart 2015, 41/2015
GwH 11 juni 2015, 84/2015
GwH 16 juli 2015, 107/2015

HOF VAN CASSATIE

Cass. 20 februari 1905, *Pas.* 1905, I, 141
Cass. 12 maart 1923, *Pas.* 1923, I, 233-234
Cass. 10 december 1923, *Pas.* 1924, I, 66
Cass. 9 januari 1936, *Pas.* 1936, I, 114; *Rec. gen. enr. not.* 1937, 17.711
Cass. 24 mei 1948, *Pas.* 1948, I, 334
Cass. 20 april 1950, WALEFFE, *Pas.* 1950, I, 560
Cass. 13 oktober 1952, *Pas.* 1953, I, 52
Cass. 29 oktober 1962, *Pas.* 1963, I, 272-274
Cass. 13 juni 1963, *Pas.* 1963, I, 1079
Cass. 26 september 1966, *Pas.* 1967, I, 89
Cass. 28 november 1967, *Pas.* 1968, I, 423
Cass. 7 april 1970, *Pas.* 1970, I, 672-674
Cass. 27 mei 1971, FRANCO-SUISSE LE SKI, *Arr. Cass.* 1971, 959
Cass. 8 april 1976, *Arr.Cass.*, 1976, 913-914
Cass. 26 januari 1977, *Pas.* 1977, I, 570-571
Cass. 10 maart 1977, *Pas.* 1970, I, 608-610
Cass. 25 oktober 1978, *Arr. Cass.* 1978-79, 223
Cass. 6 november 1978, *Pas.* 1979, I, 281 ev
Cass. 5 september 1979, *Arr.Cass.* 1979-1980, 8-9
Cass. 20 januari 1984, *Arr. Cass.* 1984-1985, 593-598
Cass. 10 mei 1985, *Arr. Cass.* 1984-1985, 1230, met concl. Adv. Gen. TILLEKAERTS
Cass. 6 maart 1986, *R.W.* 1986-87, 236, noot P. SENAËVE
Cass. 13 mei 1986, *Arr. Cass.* 1985-1986, nr. 558
Cass. 20 juni 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 1448
Cass. 29 januari 1988, *FJF* 1988, 183
Cass. 19 januari 1989, *Pas.* 1989, I, 541
Cass. 17 januari 1990, www.cass.be
Cass. 17 april 1991, www.cass.be
Cass. 23 januari 1992, www.cass.be
Cass. 23 april 1993, *FJF* 1993, 463, nr. 221
Cass. 28 mei 1993, *Arr.Cass.* 1993, nr. 259
Cass. 8 oktober 1993, *Arr.Cass.* 1993, 818
Cass. 18 maart 1994, *FJF* 1994, 194
Cass. 29 maart 1994, *FJF* 94/2000
Cass. 29 april 1994, *Arr.Cass.* 1994, 208
Cass. 15 december 1994, *Arr. Cass.* 1994, 1118
Cass. 30 mei 1995, www.cass.be
Cass. 24 april 1996, *Pas.* 1996, I, 361
Cass. 28 juni 1996, *FJF* 1996, 424.
Cass. 9 december 1997, *FJF* 1998, 5
Cass. 13 januari 1999, www.cass.be
Cass. 25 mei 1999, *FJF* 1999, 323
Cass. 8 juni 1999, *RW* 1999-2000, 1372, noot VERLINDEN
Cass. 31 januari 2000, www.cass.be

Cass. 20 juni 2000, *TFR* 2000, 770, noot S. HUYGHE
Cass. 8 september 2000, www.cass.be
Cass. 14 februari 2001, *RW* 2002-2003, 1624; *TFR* 2001, 616
Cass. 27 februari 2001, www.cass.be
Cass. 28 september 2001, www.cass.be
Cass. 22 november 2001, *FJF* 2002/48
Cass. 24 januari 2002, *FJF* 2002/92
Cass. 19 februari 2002, www.cass.be
Cass. 23 april 2002, www.cass.be
Cass. 27 juni 2002, *FJF* 2003/212
Cass. 14 oktober 2003, www.cass.be, *RW* 2003-2004, 814-817
Cass. 16 december 2003, *TFR* 2004, afl. 260, 447
Cass. 23 maart 2004, *RABG* 2004, 1066
Cass. 1 oktober 2004, *TFR* 2005, 447, met noot J. VANDEN BRANDEN
Cass. 16 november 2004, *RABG* 2005, 285
Cass. 17 februari 2005, *TFR* 2005, nr. 283, 550, noot A. KIEKENS
Cass. 2 maart 2005, *RABG* 2005, 1161
Cass. 12 oktober 2005, *T. Strafr.* 2006, 25 met noot F. VERBRUGGEN
Cass. 17 november 2005, www.cass.be
Cass. 11 januari 2006 *JLMB* 2006, 590 ev. met noot A. JACOBS
Cass. 8 november 2005, www.cass.be
Cass. 27 april 2006, *Arr.Cass.* 2006, afl. 4, 986
Cass. 27 oktober 2006, *T.Gem.* 2007, afl. 1, 63, noot. E. VAN DE VELDE
Cass. 31 oktober 2006, *T. Strafr.*, 2007, 55
Cass. 17 november 2006, *FJF* 2009, afl. 3, 313
Cass. 4 januari 2007, *TFR* 2007, 371 met noot W. HUBER
Cass. 16 maart 2007, *TFR* 2007, 793
Cass. 27 juni 2007, *RW* 2008-09, 1634, noot W. VAN LAETHEM
Cass. 14 september 2007, *Arr.Cass.* 2007, afl. 9, 1633, concl. HENKES, A.
Cass. 4 december 2007, *T. Strafr.* 2008, 274
Cass. 21 december 2007, *Arr.Cass.* 2007, afl. 12, 2591
Cass. 4 januari 2008, *Not.Fisc.M.* 2008, afl. 10, 349, noot M. MAUS
Cass. 10 maart 2008, *Soc. Kron* 2008.9, 53
Cass. 11 maart 2008, *Arr.Cass.* 2008, afl. 3, 694
Cass. 24 april 2008, www.cass.be
Cass. 9 september 2008, www.cass.be
Cass. 12 september 2008, *TFR* 2009, afl. 359, 301, noot J. VANDEN BRANDEN
Cass. 17 december 2008, *Rev.dr.pén.* 2009, afl. 6, 713
Cass. 8 mei 2009, *RABG* 2009, afl. 18, 1294, noot C. HENDRICKX
Cass. 15 oktober 2009, *TFR* 2010, afl. 377, 243
Cass. 18 november 2010, *TFRnet* 2011, N59
Cass. 22 februari 2011, *Arr.Cass.* 2011, afl. 2, 588
Cass. 31 mei 2011, *TFRnet* 2011/N85
Cass. 28 juni 2011, *RABG* 2012, afl. 2, 110
Cass. 19 april 2012, www.cass.be
Cass. 5 juni 2012, www.cass.be

Cass. 19 oktober 2012, www.cass.be
Cass. 14 februari 2013, www.cass.be
Cass. 24 april 2013, www.cass.be
cass. 28 mei 2013, www.cass.be
Cass. 22 mei 2014, , www.cass.be
Cass. 19 september 2014, *Fisc. Koer.* 2014/642, www.monkey.be
Cass. 6 mei 2015, www.cass.be
Cass. 22 mei 2015, www.cass.be
Cass. 15 oktober 2015, www.cass.be
Cass. 5 januari 2016, www.cass.be
Cass. 12 februari 2016, *FJF* 2016/175
Cass. 10 maart 2016, www.cass.be
Cass. 7 april 2016, besproken in *Fisc. Act.* 2016, nr. 26, 3-5
Cass. 4 november 2016, www.cass.be
Cass. 28 februari 2017, aangehaald in *Fisc. Act.* 2017, nr. 12, 1-7

RAAD VAN STATE

RvS 24 oktober 1980, *JDF* 1982, 35
RvS. nr. 25.409, 29 mei 1985, *FJF* 85/188, 310
RvS nr. 66.860, 18 juni 1997, MATAGNE
RvS nr. 68.609, 2 oktober 1997, BA-WA bvba
RvS nr. 71.688, 9 februari 1998, BRUSSELS AIRPORT TERMINAL COMPANY
RvS nr. 84.318, 22 december 1999, DE JAECK
RvS (9e k.) nr. 91.531, 11 december 2000, DE WINTER
RvS nr. 94.082, 16 maart 2001, LOUIS
RvS nr. 139.152, 12 januari 2005, VANDECASTEELE
RvS nr. 156.628, 20 maart 2006, SLA TRADING COMPANY
RvS (9e k.) nr. 164.654, 13 november 2006, ANNEMANS
RvS. nr. 169.068, 19 maart 2007, BILTEREYS
RvS nr. 200.264, 29 januari 2010, NV ZOUTE STABLES
RvS nr. 215.120, 13 september 2011, X.
RvS nr. 215.506, 3 oktober 2011, BAUMWALD
RvS nr. 215.507, 3 oktober 2011, KONIG
RvS .nr. 215.774, 17 oktober 2011 STRANDERS

HOVEN EN RECHTBANKEN

Antwerpen 14 september 1992, *Fisc. Koer.* 1992, 567
Antwerpen 21 september 1993, *FJF* 1994/88
Antwerpen 7 juni 1994, *Fisc. Koer.* 1994, 424
Antwerpen 12 november 1996, *FJF* 1997/34
Antwerpen 17 december 1996, *FJF* 97/76
Antwerpen 20 oktober 1998, *FJF* 99/78
Antwerpen 5 januari 1999, *FJF* 1999, 264
Antwerpen 2 januari 2001, *Fiskoloog* 2001, alf. 785, 12

Antwerpen 13 maart 2001, *TFR* 2001, 485, noot D. JAEQUES
Antwerpen 4 december 2001 *FJF* 2002, 211
Antwerpen 23 april 2002, *FJF* 2002, afl. 7, 619
Antwerpen 12 november 2002, *RGCF* 2004, afl. 3, 39
Antwerpen 21 januari 2003, *FJF* 2003/109
Antwerpen 17 juni 2003, *Fisc. Koer.* 2003/16, 602 – 604
Antwerpen 26 oktober 2004, *FJF* 2005/168
Antwerpen 21 maart 2006, *TFR* 2011, afl. 412, 972
Antwerpen 18 december 2007, *FJF* 2009, nr. 6, 608
Antwerpen 3 juni 2008, *FJF*, 2009, 202
Antwerpen 23 september 2008, *TFR* 2009, 201 ev., met noot S. BRABANTS
Antwerpen 24 februari 2009, *Fisc. Koer.* 2009/407
Antwerpen 31 maart 2009, *Fiscoloog* nr. 1172, 13
Antwerpen 27 oktober 2009 (rolnr : 2008/3183), www.monkey.be
Antwerpen, 28 juni 2011, *Fiscoloog*, 2011, nr. 1264, 17
Antwerpen 20 maart 2012, *FJF* 2013/afl. 1, 10
Antwerpen, 9 oktober 2012, *Fisc. Koer.* 2012/587
Antwerpen 4 december 2012, *Fisk. Koer.* 2013/08
Antwerpen 8 januari 2013, *Fisc. Act.* 2013, nr. 18, 16-18
Antwerpen 16 januari 2013, *Fisc. Act.* 2013, nr. 12, 10-12
Antwerpen 26 februari 2013, *Fisc. Koer.* 2013/13, met noot L. KELL
Antwerpen 10 december 2013, *FJF* 2014/225
Antwerpen 3 februari 2015 (2013/AR/2792), www.monkey.be
Antwerpen 12 april 2016, www.monkey.be
Antwerpen 14 juni 2016, aangehaald in *Fisc. Act.* 2017, nr. 7, 4-7

Bergen, 7 juni 2002, *FJF* 2002/225
Bergen 10 december 2008, *RGCF* 2009, 54 noot P. DHAEYER
Bergen 7 oktober 2010, *JDF* 2010, afl. 11-12, 359
Bergen 1 april 2016, *Fiscoloog* 2016, nr. 1481, 3

Brussel 14 mei 1987, *JLMB* 1987, 1216
Brussel 8 december 1994, *FJF* 95/89
K.I. Brussel 11 juni 2003, *JT* 2004, afl. 6138, 478
Brussel 2 juni 2005, *FJF* nr. 2006/155
Brussel 30 november 2006, *TFR* 2007, 842 ev.
Brussel 19 januari 2007, *T.Strafr.* 2008, 281, noot F. SCHUERMANS
Brussel 22 juni 2007, *FJF* 2008/16
Brussel 9 oktober 2008, *RGCF* 2009, alf. 3, 224
Brussel 30 juni 2010, *JLMB* 2011, afl. 25, 1181
Brussel 14 oktober 2010, *TFR* 2011, nr. 395, 97
Brussel 10 december 2010, *TFRnet* 2011/N86
Brussel 5 januari 2011, *JLMB* 2011, afl. 38, 1872, noot E. VAN BRUSTEM
Brussel 30 juni 2011, *FJF* 2013, afl. 3, 315
Brussel 17 januari 2012, *Fisc. Koer.* 2012/259
Brussel 24 mei 2012, *FJF* 2014, 4

Brussel 2 oktober 2013, nr. 2003/AR/663, www.fiscalnet.be

Brussel 26 februari 2015, *FJF* 2016/172

Brussel 25 november 2015, onuitgegeven

Gent 11 oktober 1985, *FJF* 86/181

Gent 22 november 1985, *FJF* 87/17

Gent 19 november 1997, *FJF* 98/82

Gent 2 januari 1998, *FJF* 98/172

Gent 5 november 1998, *Fisc.Act.* 1998, afl. 40, 5; www.monkey.be

Gent 20 april 2004, *FJF* 2004/294

Gent 2 mei 2006, *Fiscoloog* 2006, nr. 1041, 11, weergave S. VAN CROMBRUGGE

Gent 15 mei 2007, *FJF* 2008, 2

Gent 24 juni 2008, *TFR* 2009, 222, met noot B. COOPMAN en S. VANCOLEN

Gent 13 januari 2009, *TFR* 2009, 795 met noot E. VAN DE VELDE

Gent 15 juni 2010, *TFR* 2010, afl. 390, 905, noot T.AFSCHRIFT en P. VAN HISSENHOVE

Gent 19 april 2011, *TFR* 2012, afl. 417, 235

Gent 16 juni 2011, *RW* 2012-13, afl. 31, 1221-1223 met noot R. SAELENS

Gent 20 november 2012, *FJF* 2013/143

Gent 3 december 2013, *RGCF* 2014, 146

Gent 17 december 2013, *TFR* 2014, 487, met noot M. VERMEESCH

Gent 21 januari 2014, www.monkey.be

Gent 21 november 2014, www.monkey.be

Gent 13 januari 2015, www.monkey.be

Gent 13 oktober 2015, *RGCF* 2016, afl. 3, 236

Gent 9 februari 2016 *Fiscoloog* 2016, afl. 1474, 13

Luik 3 december 2001, *Fisc. Act.* 2002, 10/2

Luik 20 februari 2002, *TFR* 2002, nr. 226, nr. 2002/N69

Luik, 3 december 2008 *RGCF* 2009, 250

Luik 31 maart 2010, *JDF* 2010, 313

Luik 16 juni 2010, *FJF* 2010, afl. 10, 1160

Luik 19 september 2012, *Fiscoloog* 2012, nr. 1313, 10

Luik 5 februari 2013, *FJF* 2014, afl. 5, 531

Luik 13 september 2013, *TFR* 2014, 309 ev. met noot P. VAN HISSENHOVEN en S. GABRIEL

Luik 25 maart 2016, *RGCF* 2016/34

Rb. Antwerpen 10 mei 2006, aangehaald in *Fiscoloog* 2006, nr. 1048, 12

Rb. Antwerpen 23 maart 2010, *Fisc. Koer.* 2010, 612, noot L. KELL

Rb. Antwerpen 20 december 2013, *Fisc.Koer.* 2014/399

Rb. Antwerpen 19 juni 2015, *Fisc. Koer.* 2015/17, 821 – 823

Rb. Bergen 18 oktober 2001, *Fiscoloog* 2001, nr. 819, 1-2

Rb. Bergen 2 mei 2002, *FJF* 2003, afl. 7, 710

Rb. Bergen 23 oktober 2003, *FJF* No. 2004/235

Rb. Bergen 28 april 2004, *FJF*, No. 2005/281

Rb. Bergen 13 mei 2004, *FJF* No. 2005/17

Rb. Bergen 12 januari 2005, *FJF*, No. 2005/280
Rb. Bergen 8 en 15 januari 2008, *Fiscoloog* 2008, afl. 1128, 4-6
Rb. Bergen 19 oktober 2009, aangehaald in *Fiscoloog* 2009, nr. 1182, 6
Rb. Bergen 26 april 2011, *Fiscoloog* 2011, afl. 1263, 2

Arbrb. Brugge 13 december 1993, *Soc. Kron.* 1994, afl. 2, 79
Rb. Brugge 24 juni 2003, *FJF* nr. 2004/95
Rb. Brugge 27 april 2009, *Fisc. Act.* 2009/28, 16
Rb. Brugge 26 oktober 2011, *TFR* 2012, afl. 422, 499
Rb. Brugge 14 oktober 2013, *F.J.F.* 2014, afl. 8, 905
Rb. Brugge 21 oktober 2013, *Fisc. Koer.* 2013, afl. 19-20, 682
Rb. West-Vlaanderen (afd. Brugge) 23 november 2015, www.monkey.be

Rb. Brussel 13 april 2000, *FJF* 2001, 327
Rb. Brussel 10 oktober 2001, *JDF* 2002, 343
Rb. Brussel 27 mei 2004, *FJF* 2005/79
Rb. Brussel, 17 januari 2012, *TFR* 2012, afl. 417, 238
Rb. Brussel 7 juni 2002, *FJF* 2003, afl. 3, 232
Rb. Brussel 19 september 2002, *TFR* 2003, 445 ev. met noot M. WAUMAN
Rb. Brussel 30 juni 2008, besproken in *Fisc. Act.* 2008, nr. 32, pag. 1-3
Rb. Brugge 27 april 2009, *RABG* 2009, afl. 18, 1289 ev, met noot. E. VRIJDERS
Corr. Brussel 8 december 2009, *JT* 2010, afl. 6377, 6
Rb. Brussel 6 september 2010, *TFR* 2011, 972
Rb. Brussel 15 oktober 2009, *RGCF* 2010, nr. 1, 54, noot N. PIROTTE
Rb. Brussel 28 januari 2011, *TFR* 2012, 82, met noot P. MALHERBE en M. BEYNSBERGER
Rb. Brussel 21 maart 2011, *RABG* 2011/10, 688, met noot J. VANDENBRANDE
Rb. Brussel 16 april 2012, *FJF* 2013/138
Rb. Brussel 24 mei 2012, *FJF* 2013/153
KG Rb. Brussel (Fr.) 23 maart 2015, *JT* 2015, afl. 6625, 827
KG Rb. Brussel (Ndl) 26 maart 2015, onuitgegeven

Rb. Gent 26 november 2003, *FJF* 2004, afl. 6, 548
Rb. Gent 16 februari 2005, *Fiscoloog* 2005. nr. 981, 11
Rb. Gent 24 juni 2008, *TFR* 2009, 222, met noot B. COOPMAN en S. VANCOLEN
Rb. Gent 21 oktober 2009, *Fisc. Koer.* 2009/748
Rb. Gent 24 november 2010, *TFR* 2011, afl. 412, 973
Rb. Gent 11 juni 2013, *TFR* 2014, afl. 453-454, 88, noot J. BOSSUYT
Rb. Gent 19 januari 2015, *Fisc. Koer.* 2015/04, 499 – 505
Rb. Gent 9 december 2015, *Fisc. Koer.* 2016/04, 497 – 503
Rb. Gent 27 juni 2016, *TFR* 2016, N61
Rb. Gent 8 maart 2017, aangehaald in *Fisc. Act.* 2017, nr. 11, p. 4-6

Rb. Hasselt 26 mei 2004, *TFR* 2006, 152 met noot D. VAN BELLE
Rb. Hasselt 11 juni 2008, aangehaald in *Fisc. Act.* 2008, nr. 35, 13-16
Rb. Hasselt 4 februari 2009, *Fisc. Act.* 2009/17, 12
Rb. Hasselt 25 maart 2009, *TFR* 2009, 801

Rb. Hasselt 3 september 2009, *FJF* 2010/108
Rb. Hasselt 1 april 2010, *TFR* 2010, 704
Rb. Hasselt 17 november 2010, *Fiskoloog* 2011, afl. 1244, 1
Rb. Hasselt 17 oktober 2012, *Fisc. Koer.* 2012/615

Rb. Leuven 14 juni 2002, *Fiscoloog* 2002, nr. 851, 8
Rb. Leuven 13 december 2002, *FJF* 2003/261
Rb. Leuven 21 september 2007, *FJF* 2008/287
Rb. Leuven 12 november 2010, *TFR* 2011, 510, met noot A. MISSAL
Rb. Leuven 4 november 2011, *FJF* 2012, 173
Rb. Leuven 13 januari 2012, *TFR* 2012, 490, noot A. DELAFONTEYNE
Rb. Leuven 6 februari 2015, *Fisc.Koer.* 2015/637

Rb. Luik 3 december 2001, *FJF* 2002/168
Rb. Luik, 28 oktober 2002, *TFR* 2003, 120
Rb. Luik 30 november 2004, *TFR* 2005, 590, noot B. COOPMAN
Rb. Luik 23 maart 2006, *TFR* 2008, 817
Rb. Luik 23 maart 2006, *FJF* 2007, 581
Rb. Luik 9 februari 2012, *Fiskoloog* 2012, afl. 1313, 10
Rb. Luik 18 juni 2012, *Fisc. Koer.* 2013, afl. 11, 503
Rb. Luik 16 maart 2016, *Fisc. Koer.* 2016/16, 817 – 821

Rb. Namen 26 oktober 2005, *RGCF* 2005, afl. 6, 406
Rb. Namen 15 december 2010, *RGCF* 2011, afl. 2, 180
Rb. Namen 22 september 2010, *RGCF*, afl 1, 81

Vred. Roeselare 24 juni 1998, *T. Vred.* 1998, 319
Vred. Veurne 13 november 2008, *TGR-TWVR* 2009, afl. 2, 65, noot F. MOEYKENS

BUITENLANDSE RECHTSPRAAK

HR 26 juni 1962, *NJ* 1962/470
Bundesverfassungsgericht 13 October 1971, *Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 32, 54
Corte Costituzionale 18 december 1973, nr. 183/73, *SEW* 1974, 260
HR 10 december 1974, *BNB* 1975/52
HR 12 december 1978, *NJ* 1979, 142
Bundesverfassungsgericht 25 juli 1979, *BverfGE*, 37, 271 *SEW* 1975, 452
Bundesverfassungsgericht 15 december 1983
HR 10 februari 1988, nr. 23.925, *BNB* 1988/160
HR 1 juli 1992, nr. 26.331, na conclusie Verburg, *BNB* 1992/306 met noot P. DEN BOER
HR 9 september 1992, nr. 27.399, *BNB* 1992/366, met noot P. DEN BOER
HR 12 maart 1997 nr. 30.478 *BNB* 1997/146, met noot P.J. WATTEL
HR 22 september 1998, nr. 107.870, *NJ* 1999/104 met noot DE HULLU
HR 12 januari 1999, *LJN* ZD1402, *NJ* 1999/290
HR 27 september 2002, nr. 36.676, *ECLI:NL:HR:2002:AD8780*, *BNB* 2003/13.

HR 14 november 2006, nr. 02324/05, ECLI:NL:HR:2006:AX7471
HR 29 mei 2007, LJN AZ8795, NJ 2008/14
HR 2 oktober 2007, LJN BA5632, NJ 2008/374
HR 21 maart 2008, nr. 43.050, ECLI:NL:HR:2008:BA8179
HR 7 juli 2009, LJN BH8889, NJ 2009/399
HR 5 oktober 2010, LJN BL5629, NJ 2011/169
Rechtbank Amsterdam 8 november 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BW2575
Rechtbank Noord-Holland 11 februari 2013, nr. 12/01546, ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ3282
HR 19 februari 2013, nr. 11/03711, ECLI:NL:HR:2013:BY5321
Rb. Oost-Brabant 26 november 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6553, *Computerrecht* 2014/8, met noot T. WISMAN
HR 20 maart 2015, ECLI:HR:NL:2015:643, *TBS&H* 2015, 214 met noot C. HOFMAN en J.S. NAN 's Hertogenbosch, 19 augustus 2015, ECLI:NL:GHSHE: 2015:1087, *P&I* 2015, afl. 2, 48 met noot M. GOUDSMIT

RECHTSLEER

AFSCHRIFT, T. en GODDEVRIENDT, F., "Het beroepsgeheim van fiscale raadgevers: *camera obscura* of *tabula rasa*?", *TFR* 2002, 295-319
AFSCHRIFT, T., *la levee du secret bancaire fiscal*, Bruxelles, Larcier, 2011, 255 p.
AFSCHRIFT, T., "Le droit du contribuable au silence", in C. DOCCLO (ed). *Alabaster 1938-2013*, Limal, Anthemis, 2013, 315-338
AFSCHRIFT, T., "Le principe de la légalité de la preuve en droit fiscal", *RGCF* 2013.3, 163-181
ALLEMEERSCH, B., "Het toepassingsgebied van artikel 458 Sw. Over het succes van het beroepsgeheim en het geheim van dat succes", *RW* 2003-2004, nr. 1, 1-19
ALLEMEERSCH, B., "Zakengeheim in burgerlijk proces en bewijs" in B. ALLEMEERSCH, K. ANDRIES, G.L. BALLON, K. DE SCHEPPER, D. D'HOOGHE, N. KIEKENS, F. VERBRUGGEN, *Zakengeheim*, Brugge, Die Keure, 2012, 3-23
AMAND, C., *Les pouvoirs d'investigation du fisc*, Brussel, Ced Samsom, 1987, 170 p.
ANDRIES, K., "Buitencontractuele bescherming van het zakengeheim" in B. ALLEMEERSCH, K. ANDRIES, G.L. BALLON, K. DE SCHEPPER, D. D'HOOGHE, N. KIEKENS, F. VERBRUGGEN, *Zakengeheim*, Brugge, Die Keure, 2012, 63-130
ARONSTEIN, C.S., "Défense de la vie privée – essai pour contribuer à la survie de notre civilisation", *JT* 1971, 453-460
ARONSTEIN, C.S., *Plaidoyer pour notre vie privée*, Luxemburg, Association Internationales des Jeunes Avocats, 1975, 49 p.
BAGGER TRANBERG, C. "Proportionality and data protection in the case law of the European Court of Justice", *International Data Privacy Law*, 2011, 239-248
BAINBRIDGE, D. , *EC Data protection directive*, London, Butterworths, 1996, 328 p.
BARBIER, C., "Openbaarheid van het fiscaal bestuur?", *TFR* 1999, 171 -183
BARKHUYSEN, T. en BOS, A.W., "De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht", *Jbplus* 2011, 90-118
BAX, P. "Opname rechtspersonen in centraal strafregister mag niet, maar gebeurt wel", *Juristenkrant* 2006, afl. 131, 13
BEERNAERT, M.-A., "la fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargé s de l'enquête en des poursuites", *JLMB* 2005, 1094-1109

BENBRAHIM, M. & VAN DER JAGT, F.C., “Klok en klepel: klokkenluidersregeling vanuit arbeidsrechterlijk en privacyrechterlijk perspectief”, *Tijdschrift voor Ondernemingsrechtspraak* 2015, 26-31

BERNEMAN, S., “Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal: een inleiding tot het Antigoon-arrest va 14 oktober 2003”, *T. Strafr.* 2004, 2-39

BERNEMAN, S., “Van relativering naar rationalisering van de bewijsuitsluitingsregel”, *T.Strafr.* 2005, 489-507

BERNEMAN, S. “Is het ontmaskeren van een dief een schending van de privacy waard? Beschouwingen bij het winkelkassa arrest van 2 maart 2005” noot onder Cass. 2 maart 2005, *RABG* 2005, 1181-1183

BLOCKX, F., *Beroepsgeheim*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 510 p.

BLOK, P. *Het recht op privacy. Een onderzoek naar de betekenis van het begrip “privacy” in het Nederlandse en Amerikaanse recht*, Boom JU, 2002, 372 p.

BLOMME, F. en MESSIAEN, T. *Handboek Sociaal Strafrecht. Het nieuwe sociaal strafwetboek*, Gent, Story, 2010, 589 p.

BLUME, P. “The Public Sector and the Forthcoming EU Data Protection Regulation”, *EDPL* 2015, 32-38

BOEHM, F., *Information Sharing and Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice. Towards Harmonized Data Protection Principles for Information Exchange at EU-level*, Springer, Berlin – Heidelberg, 2012, XII, 467 p.

BONNE, J. en VETTERS, W., “Visite, visite, een huis vol visite... Een analyse van het fiscaal visitatierecht inzake inkomstenbelastingen en BTW”, *TFR* 2014, afl. 453-454, 6-46

BONNE, J. en VETTERS, W., “Wordt de soep zo heet gegeten als ze wordt opgediend”, *TFR* 2015, 691-703 (noot onder Cass. 22 mei 2015)

BOSSUYT, J., “Hoog bezoek: de fiscale visitatie doorgelicht”, *AFT* 2013, afl. 8-9, 4-25

BOSSUYT, J. en DEBELVA, F., “Uitzondering fiscaal bankgeheim verenigbaar met privéleven”, *TFR* 2013, 498-502

BOUWEN, A., “Omtrent de onderzoeksbevoegdheid van AOIF en BBI, in het algemeen, en hun bevoegdheid om kopieën te maken – zonder toelating – van gegevens van een computersysteem, in het bijzonder”, *TFR* 2012, afl. 417, 214 – 221

BREMS, E., “De nieuwe grondrechten in de Belgische Grondwet en hun verhouding tot het internationale, inzonderheid het Europese Recht”, *T.B.P.* 1995, 619-628

BURBERGS, M. “How the Right to Protection of Private and Family Life, Home and Correspondence Became the Nursery in Which New Rights Are Born: Article 8 ECHR.” In E. BREMS & J. GERARDS (eds.) *Shaping Rights in the ECHR: the Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge, University Press, 2013, 315-329

BURKENS, M.C. en KUMMELING, H.R.B.M. (ed.), *EG en Grondrechten. Gevolgen van de Europese integratie voor de nationale grondrechtenbescherming*, Utrecht, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle, 1993, 162 p. met bijdrage van M.C. BURKENS (Gemeenschapsrecht en het EVRM)

BUYLE, J.P., “Le secret des affaires: du droit à l’intimité au secret professionnel?” in *Liber amicorum Guy Horsmans*, Brussel, Bruylant, 2004, 95-114

BUYSSE, C., “Babylonische spraakverwarring rond bijlagen bij aangifte PB” , *Fiscoloog* 2009, afl. 1160, 8-11

BUYSSE, C., "Kan het 'zwijgrecht' ook aanslagen van ambtswege onderuit halen?", *Fiscoloog* 2010, nr. 1205, 1-3

BUYSSE, C., "Zwijgrecht, vanaf wanneer inroepbaar in fiscale zaken?", *Fiscoloog* 2012, nr. 1313, 10-12

CAPPELLE, L., *Fiscale procedure inkomstenbelastingen*, Mechelen, Kluwer, 2012, 355 p.

CATE, F., DEMPSEY, J., RUBINSTEIN, I., "Systematic government access to private sector data", *Int. Data Privacy Law* 2012, 195-199

COCKFIELD, A.J. "Protecting Taxpayer Privacy Rights Under Enhanced Cross-Border Tax Information Exchange: Toward a Multilateral Taxpayer Bill of Rights", *University of British Columbia Law Review*, 2010, Vol. 42, No. 2, 419 – 471

COHEN-JONATHAN, G., *La Convention Européenne des droits de l'homme*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1989, 616 p.

COLONNA, L., "Data Mining and its paradoxal relationship to the Purpose Limitation Principle", in S. GUTWIRTH, R. LEENES, P. DE HERT, *Reloading Data Protection. Multidisciplinary Insights and Contemporary Challenges*, Springer eBooks, 2014, 299-321

COOPMAN, B. en LAMMENS, K., "Zwijgrecht, mildering van boetes, redelijke termijn: naar een concrete invulling van de 'mensenrechten van belastingplichtigen", *TFR* 2002, 739-750

CORSTENS, G.J.M. *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer, Kluwer, 2008, 964 p.

COVELIERS, D., VERSTRAETE, H. en DE MAEYER, L. *Bankgeheim en privacy*, Mechelen, Kluwer, 2014, 186 p.

CUIJPERS, C., VAN EECKE, P., KINDT E. en DE VRIES, H. "Een eerste verkenning van het Voorstel Verordening bescherming persoonsgegevens", *Computerrecht* 2012, afl. 3, 185-199

CUIJPERS, C. en MARCELIS, P., "Oprekking van het begrip persoonsgegevens. Beperking van de privacybescherming", *Computerrecht* 2012, afl. 6, 339-351

DASSESE, M., "Recente hervormingen inzake fraudebestrijding en fiscale ontduiking: onverenigbaarheid met het Europees recht", *TFR* 1999, 102-106

DAUGINET, V. en SPAGNOLI, K., *De nieuwe fiscale procedure. Commentaar bij de wetten van 15 en 23 maart 1999*, Kalmthout, Biblio, 1999, 172 p.

DAUGINET V. en LOIX Y., "Over de schijnbaar moeilijk verzoening tussen de legaliteit en de rechtsbescherming tegen onbehoorlijk bestuur in de fiscaliteit", *AFT* 2003, 234-246

DE BAENST, E., "La protection de la confidentialité en matière fiscal", *JDF* 1991, 193-233

DE BOT, D., *Verwerking van persoonsgegevens*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 163 p.

DE BOT, D., *Privacybescherming bij e-government in België*, Brugge, Vandenbroele, 2005, 517 p.

DE BOT, D., "Artikel 22 Grondwet en het onderscheid tussen privacyrecht en gegevensbeschermingsrecht. Een formele wet is niet altijd nodig wanneer de overheid gegevens verwerkt, maar toch vaak", *CDPK* 2013, 358-373

DE BOT, D. en KINDT, E., "Het advies van de Belgische Privacycommissie over het Europese voorstel van Algemene Verordening Gegevensbescherming", *P&I* 2013, 168-173

DE BOT, D., "De verdere uitbouw van de elektronische overheid in België", *P&I*, 2013, 43

DE BOT, D., *Privacy en persoonsgegevens. Gegevensverwerking in de publieke sector*. Brussel, Politeia 2015, 655 p.

DE BOT, D., *E-government in het federale België*, Brussel, Politeia, 2015, 1184 p.

DE BOT, D., "De gevolgen van de Algemene Verordening. Gegevensbescherming voor de verzekeringssector – Enkele kritische bedenkingen", *T.Verz.* 2016, afl. 2, 127-152

DEBUSSERE, F., “Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie”, *jura falconis*, 2001-2002, nr. 1, 39-88

DECAIGNY, T., « Bever, beroepsgeheim en bewijs », *T.Strafr.* 2008, 98-102

DE CORTE, R. “De achterkant van privacy. Kan het beroep op privacy leiden tot straffeloosheid?” *NjW* 2003, 798-810

DEFERM, K. en BIRON, R., “Globale automatische uitwisseling van informatie in fiscale aangelegenheden: tussen mythe en realiteit”, *TFR* 2016, 165-184

DEGRAVE, E. “L’article 22 de la Constitution et les traitements de données à caractère personnel”, *JT* 2009, 365-371

DEGRAVE, E., “Principe de finalité et secteur public dans la jurisprudence de la Commission de la protection de la vie privée”, *CDPK* 2009, 46-71

DEGRAVE, E. en POULLET, Y., “Le droit au respect de la vie privée face aux nouvelles technologies” in M. VERDUSSEN en N. BONBLED (eds.), *Les droits constitutionnels en Belgique*, Brussel, Bruylant, 2011, 1001-1035

DEGRAVE, E., “Transparence administrative et traitement de données à caractère personnel”, *RDTI* 2013, nr. 53, 56-94

DEGRAVE, E., *L’-gouvernement et la protection de la vie privée. Légalité, transparence et controle*, Brussel, Larcier, 2014, 762 p.

DEGRAVE, E., “L’intégrateur de services fédéral au coeur de la simplification administrative”, *APT* 2014, afl. 4, 518-519

DEGRAVE, E. en LACHAPPELLE, A., “Le droit d’accès du contribuable à ses données à caractère personnel et la lutte contre la fraude fiscale”, *RGCF* 2014, 322-335

DEGRAVE, E., “la protection des données à caractère personnelles enfin reformée”, *JDE* 2016, 136-138

DE HERT, P. *Artikel 8 EVRM en het Belgisch recht. De bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 367 p.

DE HERT, P. en KOOPS, B.J., « Privacy is nog steeds een grondrecht », *A.A.* 2001, 972-975

DE HERT, P. “het recht op privacy” in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM – deel II. Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 705-788

DE HERT, P. & GUTWIRTH, S., “Privacy, data protection and law enforcement. Opacity of the individual and transparency of power” in E. CLAES, A. DUFF & S. GUTWIRTH, *Privacy and Criminal Law* Anwerpen, Intersentia, 2006, 61-102

DE HERT, P., ENHUS, E. en SAELENS, R., *Informatie: de essentiële bron van bestuurlijke aanpak van de criminaliteit*, onderzoeksrapport in opdracht van FOD Binnenlandse Zaken uitgevoerd door VUB, oktober 2011, 221 p.

DE HERT, P. en PAPAConstantinou, V., “Three scenarios for international governance of data privacy: towards an international data privacy organization, preferably a UN agency”, *I/S a journal of law and policy on the information society* 2013, nr. 9, iss. 2, 271-324

DE HERT, P., “The (EU) data protection reform and the (forgotten) use of criminal sanctions”, *International Data Privacy Law*, 2014, 262-268

DE JONCKHEERE, M en PLETS, N. (ed.), *Handboek lokale en regionale belastingen*, Brugge, Die Keure, 2010, 402 p.

DE JONCKHEERE, M., DELANOTE, M. , MAUS, M., VAN DOOREN, E., *de fiscale procedure*, Brugge, Die Keure 2012, 574 p.

DE KEULENAER, S., VAN ALBERT, K. en PONSAERS, P., *Wegwijze bijzondere inspectiediensten*, Antwerpen, Maklu, 2003, 175 p.

DE LANDTSHEERE, J., "Only Once-principe. Het principe van de unieke gegevensinzameling", *NjW* 2016, 98-103

DELANOTE, M., "Trapsgewijze inwerkingtreding van de opheffing van het bankgeheim – volgens de fiscus", *Fisc. Act.* 2012, nr. 16, 5-8

DE RAEDT, S. *Geef de Keizer wat de Keizer toekomt. Belastingweerstand in België*, Brussel, Maklu, 2003, 51 p.

DE RAEDT, S. "De (on)geloofwaardigheid van een derde regularisatiecampagne", *TFR* 2011, 487 ev.

DE RAEDT, S., "Repliek: De limieten van de controle van computerbestanden", *TFR* 2012, afl. 417, 222 – 230

DE RAEDT, S. "Beperking op privacyrechten bij oprichting superdatabank", *Fisc. Act.* 2012, nr. 30, 1-5

DE RAEDT, S., "De uitschakeling van de privacyrechten tijdens de controle: de wet openbaarheid bestuur is niet steeds de redding", *Fisc. Act.* 2012, nr. 33, 1-4

DE RAEDT, S., "Het fiscale visitatierecht: de geschiedenis herschreven", *TFR* 2013, afl. 445, 571-573

DE RAEDT, S., "De draagwijdte van het recht op privacy en het fiscaal visitatierecht – Het belang van het arrest Bernh Larsen genuanceerd", *TFR* 2014, afl. 453-454, 47-75

DE RAEDT, S. en VAN DE VIJVER, A. "Grondrechten en bronnen" in S. DE RAEDT en A. VAN DE VIJVER, *Grondrechten in fiscalibus*, Brussel, Larcier, 2016, 3-19

DE RAEDT, S. "Basisbeginselen inzake de toepassing van het recht op privéleven in fiscale zaken" in S. DE RAEDT en A. VAN DE VIJVER, *Grondrechten in fiscalibus*, Brussel, Larcier, 2016, 471-504

DE RAEDT, S. "Het Hof van Justitie en de Belgische Antigoonleer. Drie redenen om minder enthousiast te zijn", *TFR* 2016, 471-472

DE RAEDT, S., "De BBI-controle bij Worldline: een testcase van formaat", *TFR* 2016, 923-924

DE RAEDT, S. "Geolokalisatie en privacy", *TFR* 2017, 3-6

DE RAEDT, S., "Het "zozeer indruist"-criterium in de fiscale Antigoonleer", in B. DE GROOTE en J. VERHOEYE, *Goed vaderschap. Liber amicorum Antoine Doolaeye*, Brussel, Larcier, 2017, in productie

DE SCHEPPER, K. en VERBRUGGEN, F. "De bescherming van het zakengeheim in het strafrecht: cavalerie of calvarie?" in B. ALLEMEERSCH, K. ANDRIES, G.L. BALLON, K. DE SCHEPPER, D. D'HOOGHE, N. KIEKENS, F. VERBRUGGEN, *Zakengeheim*, Brugge, Die Keure, 2012, 133-188

DESTERBECK, F., "Fiscale ambtenaren mogen politie inlichtingen verstrekken en die ook spontaan aanvullen", *Fisc. Act.* 2009, nr. 08, 9-10

DESTERBECK, F., "wordt het "charter" nu echt herzien?", *Fisc. Act.* 2009/28, 9-11

DESTERBECK, F., "Proceduremisbruik aangepakt", *Fisc. Act.* 2012, 8-9

DESTERBECK, F., *Krachtlijnen van het fiscaal strafrecht en fiscaal strafprocesrecht*, Brussel, Larcier, 2013, 94 p.

DESTERBECK, F., "Charter van de belastingplichtige wordt gemoderniseerd", *Fisc. Act.* 2016/39, 10-11

F. DESTERBECK, "Machtiging door politierechter voor huisvisitatie door fiscus slechts in beperkte mate betwistbaar", *Fisc. Act.* 2017, nr. 11, 4-6

DE TROYER, I. en VANDENBERGHE, L., "Fiscus mag dwangsom laten opleggen aan wie weigert informatie te geven", *Fisc. Act.* 2015, nr. 32, 1-5

DE VOS, B.J., *Horizontale werking van grondrechten*, Apeldoorn-Antwerpen, Maklu, 2010, 416 p.

DEVOS D., en DREIER, T., "Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de regionale fiscaliteit", in M. DE JONCKHEERE, *Jaarboek lokale en regionale belastingen 2006-2007. De algemene fiscale rechtsbeginselen in de lokale en regionale fiscaliteit*, Brugge, Die Keure, 2007, 1-65

DE VOS P. en VERBEKE, D., "Een Antigoonleer op Europese leest geschoeid?", *Fisc. Act.* 2017, nr. 7, 4-7

DHAeyer, P. "Mais où est donc passée la nullité? Les preuves irrégulières en droit pénal et leurs usage en matière d'impôts. Etats de la question en Belgique et regard sur le droit néerlandais" *RGCF* 2007, 155-166

D'HOOGHE, D. en KIEKENS, N., "Bescherming van vertrouwelijke bedrijfsinformatie in het bestuursrecht" in B. ALLEMEEsch, K. ANDRIES, G.L. BALLON, K. DE SCHEPPER, D. D'HOOGHE, N. KIEKENS, F. VERBRUGGEN, *Zakengeheim*, Brugge, Die Keure, 2012, 191-232

DIEPVENS, N. en VANDER KERKEN, C., "De rechtspraak van het EHRM waarbij het recht op privéleven wordt toegepast in fiscale zaken", in S. DE RAEDT en A. VAN DE VIJVER, *Grondrechten in fiscalibus*, Brussel, Larcier, 2016, 506-519

DIJON, I., "Devoir de collaboration du contribuable versus droit de se taire du justiciable" in X, *En quête de fiscalité, et autres propos... Mélanges offerts à Jean-Pierre Bours*, Brussel, Larcier, 2011, 489-518

DOCQUIR, B., *Le droit de la vie privée*, Brussel, Larcier, 2008, 354 p.

DUBOIS, H., "Vijf regels van fiscaal onderzoek" – grondbeginselen van het fiscaal onderzoek en het gebruik van inlichtingen gevonden door andere administratie of instanties", *TFR* 1988, 262-284

DUBOIS, H., "De bevrijding van de KB Lux-klanten, en Antigoon", *TFR* 2011, 941-950

DUJARDIN, J., "het recht van verdediging in de rechtspraak van het Hof van Cassatie (1990-2003). Rede uitsproken door procureur-generaal Dujardin bij de plechtige openingszitting van 1 september 2003", *RW* 2004, 761-790

DUJARDIN, J. VANDE LANOTTE, J. en GOEDERTIER, G. ea. *Basisbegrippen Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2012, 435 p.

EERENS, F., "De vraag om inlichtingen, vraag maar raak", *TFR* 2015, 386-410

ENSTE, F., Regulation and Shadow Economy: empirical evidence for 25 OECD countries, *Constitutional Political Economy*, 2010, vol. 21, 231-248

ESKENS, S.J., noot bij EHRM 4 december 2015, ZAKHAROV/Rusland, *Computerrecht* 2016, afl. 3, 178

FRANSSSEN, C. en TRAVERSA, E., "La demande de renseignements adressée au contribuable à l'impôt sur les revenus et le droit de se taire", *RGCF* 2012, nr. 1, 3-46

FREYNE, T. "de bewaking van privécommunicatie en – telecommunicatie in strafonderzoeken: een stand van zaken" *T. Strafr.* 2008, alf. 3, 165-182

GABRIEL, P., "De bevoegde ambtenaar in artikel 327 WIB: Antwerpse hof houdt (soms) dapper stand", noot onder Antwerpen 28 april 2009, *RABG* 2010, afl. 9, 590-595

GELLMAN, R. "Willis Ware's lasting contribution to privacy: fair information practices", *IEEE Security and Privacy* 2014, 51-54

GNEDASJ, S., "Enkele reflecties over de waarborgen bij het onderzoek van computergegevens", *AFT* 2015/3, 11-23

GNEDASJ, S., "Verbod op zelfincriminatie", *Fisc.Act.* 2014, nr. 18, 4-9

GOESAERT, J. "E-government: do new technologies build a bridge between government and citizen?", in J. DUMORTIER, F. ROBBEN, M. TAEYMANS (eds.), *A decade of research @ the crossroads of law and ICT*, Gent, Larcier, 2001, 87-100

GOMEZ-AROSTEGUI, H.T., "Defining Private life under de European Convention on Human Rights by referring to reasonable expectations", *California Western Int. Law Journal* 2005, 153-200

GONZALEZ, S.M. "The Automatic Exchange of Tax Information and the Protection of Personal Data in the European Union: Reflections on the Latest Jurisprudential and Normative Advances" *EC Tax Review*, 2016, Issue 3, 146–161

GONZALEZ FUSTER, G., *The emergence of personal data protection as a fundamental right of the European Union*, Heidelberg, Springer, 2014, 274 p.

GOUDSMIT, M., "Proportionaliteit van fiscaal onderzoek naar reisgedrag", *P&I* 2015, 48-50

GOYVAERTS, G. "De kaaimantaks : een kritische beschouwing", *TFR* 2015, 865-924

GRAUX, H. en DUMORTIER, J., *Privacywetgeving in de praktijk*, in de reeks Recht en ICT, Kortrijk, UGA, 2009, 439 p.

GRIBNAU, J.L.M. *Rechtsbetrekking en rechtsbeginselen in het belastingrecht. Rechtstheoretische beschouwingen over navordering, toezegging en fiscale vaststellingsovereenkomst*, Deventer, Gouda Quint, 1998, 451 p.

GRIBNAU, J.L.M. "Belastingen en ethiek: de ethische dimensie van tax planning", *TFR* 2013, 527-548

GUENTER, S. en SCHUERMANS, F., "Enkele recente Antigoon-evoluties en de toepassing ervan op een onregelmatige observatie en/of infiltratie", *T. Strafr.* 2013/5, 329-335

GUTWIRTH, S., "de toepassing van het finaliteitsbeginsel van de privacywet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van de persoonsgegevens", *TPR* 1993, 1409-1477

GUTWIRTH, S., POULLET, Y., DE HERT, P., DE TERWANGNE, C., NOUWT, S. (eds.), *Reinventing data protection*, Heidelberg, Springer, 2009, 342 p. met bijdragen van P. DE HERT en S. GUTWIRTH (Data Protection in the case law of Strasbourg and Luxemburg) en A. ROUVROY en Y. POULLET (The right to informational self-determination and the value of self-development. Reassessing the importance for privacy for democracy)

S. GUTWIRTH, Y. POULLET, en P. DE HERT, (ed), *Data protection in a profiled World*, Dordrecht, Springer, 2010, 334 p. met bijdragen van G. NARDELL (Levelling up: Data privacy and the European Court of Human Rights), Y. POULLET (About the E-privacy Directive: towards a third generation of data protection legislation) en S. GUTWIRTH en M. HILDEBRANDT (Chapter 2 - Some Caveats on profiling)

HAVERANS, C., "Het beroepsgeheim van de advocaat in het fiscaal recht: geheimhouding en inkomstenbelastingen" *TFR* 1986, 90-110

HEIRMAN, J.-C. en VAN DE MOSSLAER, G., *De bevoegdheden van de sociaal inspecteurs in het licht van het Sociaal strafwetboek*, Kluwer, Mechelen, 2012, 215 p.

HENDRICKX, F., *Privacy en arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 1999, 358 p.

HEYRMAN, K., "Het huiszoekingsrecht van de fiscale administratie inzake BTW en inkomstenbelastingen", *TFR* 2004, nr. 260, 448-451, noot bij Cass. 16 december 2003

HOLVAST, D.J., "Algemene Verordening gegevensbescherming: veel gespin en weinig wol", *P&I* 2016, 98-103

HONDIUS, F.W., *Emerging data protection in Europe*, North-Holland publishing company – Amsterdam – Oxford en American Elsevier Publishing Company inc. New York, 1975, 282 p.

HORNUNG G. en SCHNABEL, C. "Data protection in Germany I: the population census decision and the right to informational self-determination", *Computer Law & Security Review* 2009, vol. 25, 85-86

HUYBRECHTS, L., MALHERBE, J., HERTOOGHS, H., DAUGINET, V. en COOPMAN, B., *De fundamenrele rechten van de belastingplichtige. Capita Selecta*. Diegem, CED Samsom, 1998, 235 p. met bijdrage van V. DAUGINET en K. SPAGNOLI (Het zwijgrecht van de belastingplichtige)

HUYBRECHTS, L., *Fiscaal strafrecht*, Brussel, Story-Scientia, 2002, 317 p.

JACOBS, A. "les mentions du mandat de perquisition comme protection des droits de la défense", noot onder Cass. 11 januari 2006, *JLMB* 2006, 590-591

JANSEN, M., "Arrest HvJ EU inzake begrip persoonsgegevens en karakter inzagerecht", *P&I* 2014, afl. 5, 200-206

JANSEN, T., "Moet ook fiscale rechter uitsluiting onregelmatig verkregen bewijs voortaan motiveren?" *Fisc. Act.* 2011, nr. 1, 5-10

JANSEN, T., "Cassatie omarmt fiscale Antigoontoets bij beoordeling onrechtmatig verkregen bewijs", *Fisc. Act.* 2015, afl. 21, 1-5

JANSEN, T., "Gestolen bankgegevens hypotheceren verder onderzoek niet", *Fisc. Act.* 2017, nr. 12, 1-7

JANSSENS, E. en MEERTS, J. (eds.), *Het beroepsgeheim van de advocaat in Europese context*, Brussel, Larcier, 2002, 232 p. met bijdrage van G.-A. DAL (Le secret professionnel de l'avocat en Belgique)

JANSSENS, K., "Indiciair tekort is aanwijzing van belastingontduiking", *Fisc. Act.* 2016, nr. 26, 3-5

JVD, "Hoe u verzetten tegen machtiging fiscale huiszoeking", *Fiskoloog* 2011, 1256, 3-5

JVD, "Het De Gucht-arrest: wat houdt de rechterlijke toetsing precies in?", *Fiskoloog* 2013, nr. 1333, 1-3

KILKELLY, U., *The right to respect for private and family life. A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention of Human Rights*, Straatsburg, Council of Europe, 2003, 66 p.

KIRCHLER, E. en HOELZL E. & WAHL, I. "Enforced Versus Voluntary Tax Compliance: The "Slippery Slope" Framework", *Journal of Economic Psychology*, 2008, 210-225

KISS A. en LASZLO SZOKE, G. "Evolution or Revolution? Steps forward in a new generation of data protection regulation", in S. GUTWIRTH, R. LEENES en P. DE HERT (ed), *Reforming European data protection law*, Heidelberg, Springer, 2015, 311-331

KLINGENBERG, A.J. en LINDENBOOM, M., "Lost in e-government. Bevat de Algemene Verordening Gegevensbescherming voldoende waarborgen bij gegevensverwerking door de overheid?", *P&I* 2013, 273-278

KOKOTT en SOBOTTA, "The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR", *International Data Privacy Law*, 2013, 222-228

KONING, F., "Demande de renseignements sur fond de suspicion de fraude et droit au silence", *RGF* 2006, nr. 8, 14-19

KONING, F., "Cour. Eur. DH., Chambaz contre Suisse, 5 april 2012. Prohibition de l'auto-incrimination en matière fiscale et égalité des armes" *RGCF* 2012, 403-417

KOOPS, B.-J. & LEENES, R. "'Code" and the Slow Erosion of Privacy", *Michigan Telecommunications & Technology Law Review* 2005, 115-188

KOOPS, B.-J., "The trouble with European data protection law", *International Data Privacy Law*, 2014, 250-261

KORFF, D. & BROWN, I., *Comparative Study on different approaches on new privacy challenges in particular in the light of technological developments*, European Commission, DG Justice, Freedom and Security, 57 p.

KRABBE, H., "artikel 8. De eerbiediging van het privéleven" in A. HARTEVELD, B. KEULEN en H. KRABBE, *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, Groningen, Wolters-Noordhoff, Groningen, 1996, 205 p.

KRANENBORG, H. "Access to documents and data protection in the European Union: on the public nature of personal data" in *Common Market Law Review* 2008, 1090-1091

KRANENBORG, H.R. en VERHEY, L.F.M., *Wet bescherming persoonsgegevens in Europees perspectief*, Deventer, Kluwer, 2011, 225 p.

KUSCHEWSKY, M., "The new privacy guidelines of the OECD: what changes for business?", *Journal of European Competition Law and Practice*, 2014, vol. 5, 146-148

LAMBRECHT, S., "Grondrechtenbescherming door de hoogste rechtscolleges en hun onderlinge verhouding" in S. DE RAEDT en A. VAN DE VIJVER, *Grondrechten in fiscalibus*, Brussel, Larcier, 2016, 20-48

LAVRYSEN, L. *Human Rights in a positive state: rethinking the relationship between positive and negative obligations under the European Convention on Human Rights*, dissertation UGent, april 2016, 347 p.

LEMMENS, P., "Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, in het algemeen en ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens in het bijzonder" bijdrage in *Om deze redenen. Liber Amicorum A. Vandeplass*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 313-326

LEONARD, T. en POULLET, Y., "La protection des données à caractère personnel en pleine (r)évolution", *JT* 1999, 377-396

LIPPENS, S. en THIEL, C., *Het Belgisch una-via-model in fiscale strafzaken*, Mechelen, Kluwer, 2012, 131 p.

LITANNIE, T., "Le controle fiscale et la protection du contribuable", in in P. JAILLOT, *les pouvoirs d'investigation du fisc et les délais d'imposition*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, 358 p.

LUIMES, A.J., "Recente ontwikkelingen omtrent de informatiebeschikking", *Weekblad voor Fiscaal Recht*, 2016, 24-29

LUST, S., *Rechtsbescherming tegen de (administratieve) overheid. Een inleiding*, Brugge, Die Keure, 2014, 184 p.

MACALUSO, P. en ROSELETH, J.; "Belgisch bankgeheim is niet geheel ten dode opgeschreven", *Fisc. Act.* 2007, nr. 39, 8-10

MALHERBE, P., BEYNSBERGER, M. en DAENEN, P. "Heeft het Belgisch fiscale bankgeheim nog een toekomst", *TFR* 2010, 223-242 ev

MALHERBE, P. en BEYNSBERGER, M., "Een poging tot exegese van artikel 318, 2^{de} lid WIB", *TFR* 2012, 87-94

MAST, A., DUJARDIN, J., VAN DAMME, M., VANDE LANOTTE, J., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 1277 p.

MAST, A., *Overzicht Van Het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 1459 p.

MAUS, M., "Over het charter van de belastingplichtige en de fiscale rechtsbescherming na de Wet-Franchimont en het cassatiearrest van 9 december 1997", *Not.Fisc.M.* 1999, 77-90

MAUS, M., "Het (on)rechtmatig optreden van de belastingadministratie bij de fiscale controle", *RW* 2003-2004, 1597-1613

MAUS, M., *de fiscale controle*, Brugge, die Keure, 2005, 858 p.

MAUS, M. "De advocaat, de fiscale controle en het beroepsgeheim", *Ad Rem* 2005, afl 4, 4-14

MAUS, M., "Nieuw protocol ter bestrijding fiscale fraude is reus op lemen voeten", *Fisc. Act.* 2007, nr. 3, 9-11

MAUS, M., "Verplichte herstelproeven voor de parkeerheffing? Het verhaal van kleine bedragen en grote principes", *LRB* 2008, 150-194

MAUS, M. "De fiscus en de discretie – en geheimhoudingsplicht van de notaris", noot onder Cass. 4 januari 2008, *Not.Fisc.M.* 2008, afl. 10, 353-354

MAUS, M., "Zwijgrecht en wapengelijkheid in fiscale zaken: al small step for a man, a giant leap for mankind", *Fisc.Act.* 2012, nr. 15, 1-5

MAUS, M., "EHRM hakt knoop door: zwijgrecht geldt in fiscale zaken", *Fisc. Act.* 2012, nr. 15, 1-5

MOEREL, L. *Big data protection. How to make the draft EU Regulation on data protection future proof?* Lecture delivered by Prof. Dr. L. Moerel, Tilburg University, 14 februari 2014, 63 p.

MOREHAM, N.A., "The right to respect for private life in the European Convention of Human Rights: a re-examination" *European Human Rights Law Review* 2008, 44-79

MORIS, M. "Le fisc et la protection de la vie privée" in *L'Evolution des principes généraux du droit fiscal*, Brussel, Larcier, 2009, 279 p.

MORIS, M, *procédure fiscale approfondie en matière d'impôts directs*, Limal, Anthemis, 2014, 366 p.

MORTIER, F., "Geolocalisatie in een fiscale context", *TFR* 2016, 971-973

MUYSHONDT, N., "Zwijgrecht in fiscale zaken: wat zijn wilsafhankelijke gegevens?", *Fiscoloog* 2012, nr. 1302, 6-9

PEETERS, B. en VANDENBROECK, M., "Onderzoek en procedure" in *Knelpunten in de fiscale rechtspraak*, Antwerpen, Kluwer 1992, 297 p.

PEETERS, B en VAN DE VIJVER, A. "Samenloop van grondrechten in fiscalibus", *TFR* 2010, 991-1012

PHILIPPART DE FOY, B., "aangifte levensverzekeringen: psychologische oorlogsvoering", *Fiscoloog* 2013, nr. 1323, 1-4

PIERRE, R., "les droits fondamentaux invoqués par les entreprises devant les juridictions européens", *JDE* 2016, 46-51

POPELIER, P., "Basisbeginselen inzake de vereist evan de wetelijke basis als voorwaarde voor een toegelaten inmenging in grondrechten in fiscale zaken" in S. DE RAEDT en A. VAN DE VIJVER, *Grondrechten in fiscalibus*, Brussel, Larcier, 2016, 49 -67

POULLET, Y. en LEONARD, T., "les libertés comme fondement de la protection des données nominatives" in F. RIGAUX, *la vie privée, une liberté parmi des autres?*, Brussel, Larcier, 1992, 231-277

POULLET, Y., "the directive 95/46/EC: ten years after", *Computer Law and Security Review* 2006, 206-217

RIGAUX, F. *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Brussel, Bruylant, 1990, 849 p.

RIJKERS A.C. & VORDING, H., *Vijf jaar Wet IB 2001*, Deventer, Kluwer, 2006, 570 p. met bijdrage van J.L.M. GRIBNAU (Rechtsbeginselen en evaluatie van belastingwetgeving)

RIMANQUE, K., "De noodzakelijkheid in een democratische samenleving – een begrenzing van beperkingen van grondrechten" in *Liber Amicorum Frederic Dumon*, Antwerpen, Kluwer, 1983, deel II, 1217-1234

RINCON-EIZAGA, L. "Human Rights in the European Union. Conflict between the Luxembourg and the Strasbourg courts regarding interpretation of article 8 of the European Convention on Human Rights", *Revista Colombiana de derecho Internacional* 2008, nr. 11, 119-154

ROAGNA, I. *Protection the right to respect for private and family life under de European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Council of Europe, 2002, 104 p.

ROBIJNS, O., "Van de verplichting om mee te werken tot het recht om te zwijgen", *Pacioli* 2011, nr. 310, 1-4

ROBBEN, F., "A model for electronic data exchange in the public sector" in J. DUMORTIER, F. ROBBEN, M. TAEYMANS (eds.), *A decade of research @ the crossroads of law and ICT*, Gent, Larcier, 2001, 229 - 240

ROSELETH J. en PEETERS, J. "Onrechtmatig verkregen bewijs in fiscalibus", in *Fiscaal Praktijkboek 2010-2011. Directe belastingen*, 221-257

RUITER, A.IJ., "structurele informatie-uitwisseling tussen publieke handhavingsdiensten", *P&I* 2009, 8-18

SAELENS, R., noot bij HvJ 17 december 2015 C-419/14 WEBMINDLICENCES Kft, *Computerrecht* 2016, afl. 3, 79-123

SAINSTRAIN, M. , *TIC. Nouveaux standards transactionnels et fiscalité* , Planbureau Working paper 15-03, augustus 2003, 48 p.

SAMADI, M., noot onder EHRM 15 januari 2015, *European Human Rights Cases* 2015, 355-359

SANZ DIAZ-PALACIOS, J.A., "le droit de na pas s'auto-incriminer: confrontation du droit pénal et du droit fiscal en Espagne et en Europe" *RGCF* 2009, 513-516

SANZ DIAZ-PALACIOS, J.A., "Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination dans l'affaire CHAMBAZ c. Fisc." *RGCF* 2012, 419-425.

SCHAPER, M. "Data protection rights and tax information exchange in de European Union: an uneasy combination", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, 514-530

SCHUERMANS, F. "Straatsburg geeft zegen aan Antigoonrechtspraak", *Juristenkrant* 2009, afl. 196, 1-2

SEVERIJNS, H., "Inroepbaarheid van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie" , *Jura Falc.* 2013-14, afl. 4, 1003-1035

SOMERS, S., *Aansprakelijkheid en mensenrechten*, Intersentia, 2016, 788 p.

SMET, F., "De Belgische privéspaarder en de Europese vrijheden", *TFR* 2008, afl. 344, 619-632

SMET, F., "Hof van Cassatie verbiedt ontwijking fiscaal bankgeheim in directe belastingen", *TFR* 2008, 20-25 (noot bij Cass. 14 september 2007);

SPAGNOLI, K., "Ambtenaar mag ook onderzoek doen voor zusteradministratie", *Fisc. Act.* 2010, nr. 5, pag. 4-8

SPAGNOLI, K. en JANSSENS, K., "Gegevensuitwisseling: en de onderzoeksbevoegdheden dan?", *Fisc. Act.* 2010, nr. 6, pag. 9-11

SPIELMAN, D., "Human Rights Case Law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: Conflicts, Inconsistencies and Complementarities" in P. ALSTON (ed.), *The European Union and Human Rights*, 1999, 757, 946 p.

SUETENS, L.P., "Algemene beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie der normen. Inleidende verkenning", in I. OPDEBEEK (ed.), *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Antwerpen, Kluwer, 1993, 194 p.

THEUNIS, J., *De exceptie van onwettigheid*, Brugge, die Keure, 2011, 777 p.

TIJS, R., *Algemeen bestuursrecht in hoofdlijnen*, Intersentia, 2012, 476 p.

TIBERGHIE, A., *Inleiding tot het fiscaal recht*, Antwerpen, Kluwer, 1986, 518 p.

TORGLER, B. en SCHNEIDER, F. "The impact of tax morale and institutional quality on the shadow economy" CESifo Working Paper, 2007, nr. 1899, 51 p.

TOURNICOURT, R., *Fiscaal strafrecht: overzicht van rechtspraak: 1980-1990*, Gent, Mys en Breesch, 1991, 114 p.

TRAEST, Ph. "Onrechtmatig verkregen bewijs: cassatie zet de bakens uit", *T.Strafr.* 2004, 133-143

TRAEST, Ph. "Actualia bewijs in strafzaken" in X. *Bewijsrecht*, Brussel, Larcier, 2014, 123-188

TRAEST, Ph., VERMEULEN G., en DE BONDT, W., Scenario's voor een nieuwe Belgische strafprocedure: een praktijkgericht knelpuntenonderzoek, Antwerpen, 2015, 608 p.

ULLRICH, G.H. & NUYENS, A.M.E., "Het tweejarig bestaan van de informatiebeschikking; een feestje waard?", *NFR-A* 2013, nr. 10, 13-18

VAN ALSENOY, B., KINDT, E. & DUMORTIER, J., "Privacy and data protection aspects of e-government identity management", in S. VAN DER HOF, M. GROOTHUIS (Eds.), *Innovating government*, Den Haag, T.M.C. Asser Press, 251-280

VAN BRUSTEM, E., "Libres propos sur la loyauté et la nécessité de la preuve", *RGCF* 2014.3-4, 189-211

VAN CROMBRUGGE, S. (ed.), *Gentse Geschriften. De fiscale controle*, Kalmthout, Biblo, 1993, 325 p. met bijdragen van D. BRACKE (Het onderzoek bij de belastingplichtige inzake inkomstenbelastingen), F. CAPPELLE (Het onderzoek bij derden in inkomstenbelastingen) en J. DE ROO (Begrenzing van het controlerecht door algemene beginselen van behoorlijk bestuur en rechten van de mens)

VAN CROMBRUGGE, S., *De grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Antwerpen, Biblo, 2012, 78 p.

VANDEBERGH, H., "De tempering van de strikte toepassing van de fiscale wet door de Antigoon-doctrine met betrekking tot onrechtmatige bewijsgaring en andere beginselen", *TFR* 2011, 894-911

VANDE LANOTTE, J. en GOEDERTIER, G. *Handboek Belgisch publiekrecht*. Brugge, Die Keure, 2013, 1471 p.

VANDE LANOTTE, J., GOEDERTIER, G., HAECK, Y., GOOSSENS, J., DE PELSMAEKER, T., *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2014, 1517 p.

VANDENBERGHE, L. "wettelijke en onwettelijke uitwisseling van inlichtingen tussen administraties", *AFT* 1987, 115-120

VANDEN BRANDEN, J. "Opvragen bankgegevens aan Banksys is een daad van machtsafwendings", *TFR* 2005, 449-450, noot bij Cass. 1 oktober 2004

VANDEN BRANDEN, J. en JAEQUES, D., *Fiscale rechtspraakoverzichten. Fiscaal strafrecht. 1980-2005*, Gent, Larcier 2006, 138 p.

VANDEN BRANDEN, J., "Opheffing bankgeheim is reden tot pretaxatiegeschil", *Fisc. Act.* 2011, nr. 44, 9-13

VANDERKERKEN, C. *Fiscale strafvervolgning en rechtsbescherming: wapengelijkheid, zwijgrecht en bewijslastverdeling*, Brussel, Larcier, 2006, 539 p.

VANDERKERKEN, C. "Discussieforum 2006. Zwijgrecht of spreekplicht in het fiscaal recht. Fiscale strafvervolgning en rechtsbescherming: verleden, heden en toekomst", *TFR* 2006, 304 ev.

VANDERKERKEN, C. "De rechtspraak van het EHRM waarbij de vereiste van de wettelijke basis wordt getoetst in fiscale zaken" in S. DE RAEDT en A. VAN DE VIJVER, *Grondrechten in fiscalibus*, Brussel, Larcier, 2016, 68- 77

VANDERLINDEN, H. "De opsporing en vervolging van de sociaalrechtelijke inbreuken van het sociaal strafwetboek. Een nieuwe lente of oude wijn in nieuwe zakken." , in J. PEETERS (ed.) *Het sociaal strafwetboek gewikt en gewogen*, Intersentia 2011, 23-46

VANDERMEERSCH, D., *Éléments de droit pénal et de procédure pénal*, Brussel, La Chartre, 2015, 873 p.

VAN DER SLOOT, B., "De nieuwe consumentenrechten in de algemene verordening gegevensbescherming: vergeten worden, dataportabiliteit en profilering", *Tijdschrift voor consumentenrecht en handelspraktijken* 2012, 258 ev.

VAN DER SLOOT, B., "Do privacy and data protection rules apply to legal persons and should they? A proposal for a two-tiered system", *Computer Law & Security Review* 2015, nr. 31, 26-45

VAN DER SLOOT, B., "Is the Human Rights Framework still fit for the Big Data Era? A discussion of the ECtHR case law on privacy violations arising from surveillance activities", in S. GUTWIRTH, R. LEENES en P. DE HERT (ed), *Data protection on the move: current developments in ICT en privacy/data protection*, Heidelberg, Springer, 2016, 411-436

VAN DE VELDE, E., "Afspraken" met de fiscus: de grenzen, juridische kwalificatie en rechtsgevolgen, Brussel, Larcier, 2009, 589 p.

VAN ELSUWEGE, P. , DEVISSCHER P., en VAN BOSSUYT, A., "Het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie: implicaties voor de nationale rechtsorde", *TPR* 2010-2, 529-579

VAN DROOGHENBROECK, S., *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2011, 785 p.

VANHAELST, S., "Patrimoine: fiscalité et secret en évolution", *RGCF* 2011/4, 269-285

VANHEESWIJCK, L., "De onderzoeksbevoegdheden van de fiscus en de wet van 28 juli 1938", *TFR* 1989, 2-14

VANHEESWIJCK, L., "De versoepeling van de opheffing van het bankgeheim en de derdenrekening van de advocaat", *Ad Rem* 2011, afl. 4, 6-9

VAN HEUVERSWYN, P., *Internationale uitwisseling van inlichtingen en bankgeheim*, 2000, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 84 p.

VAN HOUTE, J. *Beginselen van Belgisch belastingrecht*, Gent, Story-Scientia, 1979, 677 p.

VAN KEMPEN, P.H.P.H.M.C., "Human Rights and Criminal Justice Applied to Legal Persons, Protection and Liability of Private and Public Entities under the ICCPR, ECHR, ACHR and AfChHPR" *Electronic Journal of Comparative Law*, 2010, vol. 14.3

VAN KEMPEN, P.H.P.H.M.C. , "The Recognition of Legal Persons in International Human Rights Instruments: Protection Against and Through Criminal Justice?" In M. PIETH & R. IVORY (Eds.), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*; Heidelberg, Springer, 2011, 355-389

VAN LEUVEN, N. , *Contracten en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia 2009, 582 p.

VAN OLDENEEL, C., "Protection des données : le nouveau règlement est publié. Lignes de force", *Bull.ass.* 2016, liv. 2, 253-254

VAN VOLSEM, F., "De fiscale administratie als burgerlijke partij voor de strafrechten: een poging tot synthese" in X. *De wet voorbij. Liber Amicorum Luc Huybrechts*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 573-596

VAN ZANTBEEK, A., "Constructies aangeven", *TFR* 2014, 511-512

VELAERS, J., "Het arrest-Melki-Abdeli van het Hof van Justitie van de Europese Unie: een voorwaardelijk 'fiat' voor de voorrang van de toetsing van de Grondwet op de toetsing aan het internationaal Europees recht", *RW* 2010-11, 770-794

VELU J. en ERGEC, R., *la convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 1990, 1250 p.

VERBIST, A. noot onder Brussel 11 december 1998, *AJT*, 1999-2000, 92-93

VERBRUGGEN, F., "Vindt het Spook van Antigoon rust? Franstalig "schoonmoederarrest" als slotluik van de nieuwe cassatierechtspraak over de uitsluiting van onrechtmatig bewijs", noot onder Cass. 12 oktober 2005, *T. Strafr.* 2006, 26-31

VERDUSSEN, M. en BONBLED, N. *Les droits constitutionnels en Belgique*, Bruylant, Brussel, 2011, 1800 p. met bijdrage van K. LEMMENS (Le droit au respect de la vie privée et de la personnalité)

VERHEY, L.F.M., *Horizontale werking van grondrechten in het bijzonder het recht op privacy*, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1992, 487 p.

VERMEESCH, M., "Cassatie herbevestigt rechtspraak inzake aanwijzingen van fraude ter uitbreiding van de onderzoekstermijn en stelt in een obiter dictum dat een onverklaarbaar indicier tekort een aanwijzing van fraude is", *TFR* 2016, 592-597

VERMEULEN, M. en DE HERT, P. "toegang tot sociale media en controle door de politie. Een eerste juridische verkenning vanuit mensenrechtelijk perspectief.", *Panopticon* 2012, nr. 33, 258-272

VERSCHELDEN, G. en VOET, S. *Basisbegrippen van het recht*, Leuven, Acco, 2014, 109, 200 p.

VERSTRAELEN, S., "Art. 26 Bijz. W. 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof" in X., *Publiek Procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, II. Grondwettelijk Hof*, Mechelen, Kluwer, losbl., afl. 35, 1-69

VIERING, M.L.W.M., "Straatsburgse rechten in Luxemburgse rechtspraak" in BESSELINK, L.F.M. en KUMMELING, H.R.B.M. (red.), *Grenzen aan grenzenloosheid*, 1998, Tjeenk Willink, Deventer, 287 p.

VRIJDEERS, E., "Beroepsgeheim advocaat en fiscale controle eigen dossier" *RABG* 2009, afl. 18, 1289-1294, noot onder Rb. Brugge 27 april 2009

WARREN & BRANDEIS, "The Right to Privacy", *Harvard Law Review*, Vol. IV, December 15, 1890, No. 5

WILLEMS, R., "Rulingdienst en fiscus gaan beter samenwerken en communiceren" *Fisc. Act.* 2001, nr. 20, 1-4

WINAND, R., "les droits et les obligations du contribuable et de l'administration fiscale", in P. JAILLOT, *les pouvoirs d'investigation du fisc et les délais d'imposition*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, 11-96

WISMAN, T. "de EU Algemene Verordening Gegevensbescherming: de stand van zaken", *P&I*, 2013, 69-73

WISMAN, T., noot bij 's Hertogenbosch, 19 augustus 2015, *Computerrecht* 2014/182, 178-217

MEDEDELINGEN, STANDPUNTEN, RICHTLIJNEN EN STUDIES VAN INTERNATIONALE ORGANISATIES

OESO

Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data" van 23 september 1980

OECD, *Study into the Role of Tax Intermediaries*, 2008

OECD, "A step change in tax transparency. Delivering a standardized, secure and cost effective model of bilateral automatic exchange for the multilateral context"; OECD report for the G8 summit, June 2013

OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Transfer Pricing documentation and Country by Country reporting. Action 13: final report, OECD Publishing, 2015

RAAD VAN EUROPA

Position paper distributed at 32nd International Conference of Data Protection and Privacy Commissioners, 27-29 October 2010, Jerusalem, Israel

Directorate General of Human Rights and Legal Affairs, *Data Protection. Compilation of Council of Europe Texts*, Strasbourg, november 2010

Recommendation CM/Rec(2010)13 van 23 november 2010 on the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data in de context of profiling

Handbook on European data protection law, European Union Agency for fundamental Rights & Council of Europe, 2014

Draft Explanatory Report on the Modernization of the Convention 108

Consultative Committee on the Convention nr. 108:

- Application of Convention 108 to the profiling mechanism: some ideas for the future work of the consultative committee (T-PD), by Jean-Marc Dinant, Christophe Lazaro, Yves Poulet, Nathalie Lefever, Antoinette Rouvroy (2008) met verwijzing aldaar naar COM(90)-314final-SYN287, 13 september 1990
- Opinion T-PD(2014)05 of the consultative committee of the convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data on the implications of mechanisms for automatic inter-state exchanges of data for administrative and tax purposes van 4 juni 2014

EDPS

Opinion of the EDPS on the Proposal for a Council Directive on administrative cooperation in the field of taxation, 2010/C 101/01

Comments of the EDPS on the proposal for a Council Directive amending the Directive 2011/16/EU on administrative cooperation in the field of taxation, 5 november 2013

Aanbeveling van de EDPS betreffende de opties van de EU inzake gegevensbescherming van 27 juli 2015 (2015/C 301/01)

Background paper van de EDPS: “developping a “toolkit” for assessing the necessity of measures that interfere with fundamental rights, 16 juni 2016

ARTICLE 29 WORKING PARTY

Opinion 3/1999 of Working Party 29 on public sector information and the protection of personal data

Opinion 7/2003 of the Article 29 Working Party on the re-use of public sector information and the protection of personal data

Opinion 10/2004 of the Article 29 Working Party on more Harmonised Information Provisions

Report of the Article 29 Working Party on the obligation of notify the national supervisory authorities, the best use of exceptions and simplification and the role of the data protection officer in the European Union (WP106/05)

Opinion 5/2005 van de Article 29 Working party on the use of location data with a view to providing value added services

Opinion nr. 1/2006 of the Article 29 Working Party on whistle blowing schemes

Opinion 4/2007 of the Article 29 Working Party on the concept of personal data

Opinion 1/2009 of the Article 29 Working Party on pre-trial discovery for cross border litigation

Opinion 1/2010 of the Article 29 Working Party on the concepts of “controller” and “processor”,

Opinion 3/2010 of the Article 29 Working Party on the principle of accountability

Opinion 15/2011 of the Article 29 Working Party 29 on the definition of consent

Brief van de Working Party 29 van 21 juni 2012 aan de Director General of Taxation and Customs Union concerning FATCA

Brief van de Working Party 29 van 1 oktober 2012 aan de Director General of Taxation and Customs Union concerning FATCA

Opinion 3/2013 of the Article 29 Working Party on purpose limitation

Statement of 1 August 2014 of the Article 29 Working Party on the ruling of the CJEU which invalidates the data retention directive

Statement of 16 September 2014 of the Article 29 Working Party on the impact of the development of big data on the protection of individual with regard to the processing of their personal data in the EU

Brief van Working Party 29 van 18 september 2014 concerning the OECD Common Reporting Standards, and its annex specific issues identified in relation to CRS

Opinion 1/2014 of the Article 29 Working Party on the application of the necessity and proportionality concepts and data protection in the law enforcement sector

Opinion 06/2014 of the Article 29 Working Party on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC,
Opinion 2/2015 on the EU-Switzerland agreement on the automatic exchange of information
Statement of the Working Party 29 on automatic inter-state exchanges of personal data for tax purposes, adopted on 4 February 2015
Guidelines of the Article 29 Working Party for Member States on the criteria to ensure compliance with data protection requirements in the context of the automatic exchange of personal data for tax purposes, adopted on 16 December 2015, WP 234.

ADVIEZEN, AANBEVELINGEN EN MACHTIGINGEN VAN DE COMMISSIE VOOR DE BESCHERMING VAN DE PERSOONLIJKE LEVENSSFEER EN DE SECTORALE COMITES

Advies nr. 20/93 van de Commissie tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer
Advies nr. 22/95 van de Commissie tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer
Advies nr. 01/2007 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer
Advies nr. 16/2007 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer
Advies nr. 27/2007 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer
Advies nr. 23/2008 van de Commissie tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer
Advies nr. 29/2009 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer
Advies nr. 12/2010 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer
Advies nr. 13/2010 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer
Aanbeveling nr. 02/2012 van de Commissie tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer
Advies nr. 6/2012 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer
Advies nr. 11/2012 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer
Advies nr. 32/2012 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer
Machtiging ASZ nr. 114/2013 van het sectoraal comité voor de sociale zekerheid
Advies nr. 01/2014 van het sectoraal comité voor de federale overheid
Advies nr. 61/2014 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer
Machtiging FO nr. 08/2015 van het sectoraal comité voor de federale overheid
Advies nr. 24/2015 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer
Advies nr. 28/2015 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer
Machtiging FO nr. 30/2015 van het sectoraal comité voor de federale overheid
Advies nr. 52/2015 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer
Advies nr. 5/2016 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer
Advies nr. 24/2016 van het sectoraal comité voor de federale overheid
Machtiging FO nr. 27/2016 van het sectoraal comité voor de federale overheid
Machtiging FO nr. 27/2016 van het sectoraal comité voor de federale overheid
Advies nr. 02/2017 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer