

FSV – wat kan de belastingadviseur ermee

In 2020 kwam aan het licht dat de Belastingdienst sinds 2012 een zwarte lijst hanteerde waar ruim een kwart miljoen mensen op stond: de Fraude Signalering Voorziening (FSV). Daarin registreerde de Belastingdienst allerlei signalen die zouden kunnen duiden op belasting- of toeslagfraude. Registratie in de FSV vond plaats om allerlei redenen, van een 'tip' van een boze ex tot een FIOD onderzoek. De drempel voor registratie lag laag: een anonieme klikbrief, een vergissing in een aftrekpost, een donatie aan een moskee, het kon zomaar leiden tot registratie, waarna verscherpt toezicht volgde. Inmiddels is gebleken dat de Belastingdienst onrechtmatig handelde. Biedt een FSV registratie mogelijkheden voor de belastingadviseur om tegen controles, aangiftes en navorderingen op te komen?

door mr. drs. E.G. (Ilse) Engwirda, Jaeger Advocaten-belastingkundigen

In het kader van de bestrijding van fraude hanteerde (en hanteert) de Belastingdienst selectieregels waardoor bijvoorbeeld aangiftes met bepaalde aftrekposten worden geselecteerd voor controle ('uitgeworpen'). Tot 2018 werden alle aangiftes die zo werden geselecteerd in de FSV geregistreerd zo bleek uit het Onderzoeksrapport Belastingdienst van de Autoriteit Persoonsgegevens. De jaren daarna werden aangiftes van de betreffende belastingplichtige kritisch gevolgd. Uit onderzoek van PwC bleek dat de Belastingdienst in het kader van de selectie aan de poort bijvoorbeeld tussen 2014 en 2018 giften aan

moskeeën had aangemerkt als frauderisico. Bij zorgkosten werden hoge medicijnkosten die werden opgevoerd door belastingplichtigen met een achternaam eindigend op -ic als frauderisico aangemerkt.

Ook bij aanvragen voor toeslagen werd op basis van selectieregels geselecteerd voor controle en kon registratie in de FSV volgen. Bij de kinderopvangtoeslagen werden bijvoorbeeld mensen met een dubbele nationaliteit extra gecontroleerd. Ook de mensen die kinderopvang afnamen bij de gastouderbureaus en kinderdagverblijven waar

het Combiteam Aanpak Facilitators (CAF) onderzoek naar deed kwamen terecht in de FSV.

Informatie van externe bronnen werd ook opgenomen: meldingen van Meld Misdaad Anoniem, van burgers, vermoedens van fraude vanuit het UWV, SVB, Openbaar Ministerie, FIOD, Douane enz. Kortom: van een tip van een wraakzuchtige ex of een informatieverzoek van een gemeente in verband met een bijstandsuitkering, van een vermoeden van een te hoge aftrekpost voor ziektekosten tot een verdenking van grootscheepse belastingfraude: het leidde allemaal tot registratie in de FSV.

Aan de FSV werd veel informatie toegevoegd zonder dat werd bijgehouden wie informatie toevoegde en waarom. Er werd niets uit verwijderd of gecorrigeerd. Wie eenmaal geregistreerd was, werd onderworpen aan intensief toezicht door de Belastingdienst. Feitelijk kregen en hielden mensen het stempel fraudeur. Nadat dit via de media naar buiten kwam, is het gebruik van de FSV op 27 februari 2020 gestopt. De Autoriteit Persoonsgegevens publiceerde in oktober 2021 een vernietigend rapport: het doel van de FSV was onduidelijk, opgeslagen informatie was vaak onjuist, werd te lang bewaard en het verwerken van persoonsgegevens op deze manier was onrechtmatig. Om misverstanden te voorkomen: niet *alle* informatie in de FSV was onjuist en de registratie van een belastingplichtige was op zichzelf niet *altijd* onrechtmatig.

Dat roept de vraag op: als iemand via een FSV registratie in beeld is gekomen bij de Belastingdienst en op grond daarvan is een aanslag opgelegd, is dat voor de adviseur een argument waarmee hij verweer kan voeren? Kan het voorkomen in de FSV een argument zijn om een aanslag van de baan te krijgen? Welke wegen kan de adviseur dan bewandelen om dat aan de orde te stellen?

Controle wegens signaal in de FSV is toegestaan

De Hoge Raad schetste vorig jaar al enige uitgangspunten over de uitwerking van een vermelding in de FSV. De Hoge Raad overwoog dat het niet onrechtmatig is dat de Belastingdienst een onderzoek instelt voor een bepaald belastingjaar nadat bij controle voor een eerder jaar is geconstateerd dat aftrekposten niet konden worden onderbouwd. Oftewel: als op grond van een signaal in de FSV dat er mogelijk iets aan de hand was in een bepaald jaar de aangiften in de daarop volgende jaren ook worden gecontroleerd, mag dat gewoon. Zelfs, voegt de Hoge Raad eraan toe, als de gegevens daarover zijn opgeslagen in een bestand (namelijk: de FSV) en die gegevensverwerking onrechtmatig is. De rechtmatigheid van het besluit van de inspecteur om een aangifte te controleren wordt namelijk in beginsel niet aangetast door de manier waarop informatie over de belastingplichtige is verwerkt.

Tenzij: selectie is schending van een grondrecht

Er is wel een uitzondering. Als de controle voortvloeit uit de FSV of een andere risicosselectie en bij die selectie heeft een criterium gespeeld dat een grondrecht schendt, zoals discriminatie naar afkomst, geardeerdheid of geloofsovertuiging, ligt de zaak anders. Dan kan de rechter concluderen dat het optreden van de Belastingdienst 'zodanig indruist tegen wat van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat het gebruik van hetgeen bij die controle aan het licht is gekomen onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht'. Dan is de aanslag of naheffing dus van de baan. De Hoge Raad verwijst naar zo'n situatie als een 'uitzonderlijk geval'. Hoe uitzonderlijk dit in werkelijkheid is geweest, valt nog te bezien.

Discriminatie

Dat er bij bepaalde (niet alle) registraties in de FSV sprake is geweest van discriminatie, ligt wel voor de hand. Zo constateerde de Autoriteit Persoonsgegevens in haar rapport over de kinderopvangtoeslagen dat het gebruik van nationaliteit als indicator in het risico-classificatiemodel discriminerend was. Datzelfde gold voor het gebruik van nationaliteit bij het opsporen van georganiseerde fraude. Uit onderzoek van PwC is naar voren gekomen dat in FSV bijzondere persoonsgegevens werden geregistreerd, zoals etniciteit, medische gegevens en een tweede nationaliteit. PwC stelde dat er een risico was dat de analisten in het kader van selectie aan de poort zich meer richten op de kenmerken van de belastingplichtige dan op de fiscale risico's. Het College voor de rechten van de mens heeft geconstateerd dat in de onderzoekspopulatie van 2014 mensen met een buitenlandse afkomst vijf keer vaker in FSV voorkwamen dan mensen met een Nederlandse afkomst. Mede op grond hiervan heeft het college een vermoeden van discriminatie geformuleerd en de bewijslast omgekeerd. Bij klachten is het aan de Belastingdienst om te bewijzen dat er geen discriminatie was.

De praktijk

Als de belastingplichtige stelt dat er sprake is van geweest van een geval van schending van zijn of haar grondrechten, is het aan hem of haar om dat gemotiveerd naar voren te brengen. Daarvoor is het voldoende als de belastingplichtige feiten aanvoert die doen vermoeden dat er sprake is geweest van onderscheid, de zogenaamde verlichte bewijslast (art. 10 AWGB). Vervolgens dient de inspecteur de gegevens te verstrekken die voor de beoordeling van die claim van belang zijn, aldus de Hoge Raad. Het is immers de inspecteur die nog kan kijken wat er te vinden is in de FSV. De belastingplichtige heeft daar slechts zeer beperkte informatie over en is voor het verkrijgen van die informatie afhankelijk van de Belastingdienst.

In een recente zaak van Hof Arnhem-Leeuwarden van 21 februari 2023 verzocht de belastingplichtige om herziening van een eerdere uitspraak van het hof wegens registratie in de FSV. Volgens de belastingplichtige is deze registratie onrechtmatig, zodat ook de controle van de aangiften die daaruit voortvloeit onrechtmatig is. Daarom hadden de bij die controle aan het licht gekomen punten niet mogen leiden tot een correctie van de aangiften. In deze zaak bracht de belastingplichtige niet gemotiveerd naar voren dat er sprake was van schending van zijn grondrechten. Toch is dit punt wel aan de orde geweest op zitting. De inspecteur heeft gegevens verstrekt over de reden van selectie. Daaruit bleek dat bij het opleggen van de aanslag IB/PVV 2015 het standpunt was ingenomen dat de antiekwinkel van de belastingplichtige niet langer een bron van inkomen was, zodat het geleden verlies niet langer als negatieve inkomenspost werd aangemerkt. Vervolgens werd besloten ook de aangiften 2016 tot en met 2018 te beoordelen met inachtneming van dit standpunt. Dat was niet terug te voeren op schending van een grondrecht en het verzoek van de belastingplichtige om herziening van de uitspraak werd afgewezen.

Ook in vergelijkbare zaken is het argument dat een FSV registratie schending van een grondrecht oplevert en dat een aanslag daarom van tafel moet nog niet met succes gevoerd. Uit de huidige jurisprudentie blijkt dat de belastingplichtige niet alleen goed moet beargumenteren dat zijn registratie in de FSV of risicoselectie die ten aanzien van hem is toegepast een schending van zijn grondrechten is, maar ook dat de controle heeft plaats gevonden op grond van die onrechtmatige registratie of risicoselectie. Het wachten is op het eerste succes. Een mogelijkheid is dat de belastingplichtige ook een klacht indient bij het College voor de rechten van de mens, en daarmee (hopelijk) de vaststelling verkrijgt dat hij is gediscrimineerd door de Belastingdienst – om die vaststelling te gebruiken in verdere procedures.

Mogelijkheden om het FSV-verweer aan te kaarten

Als er een onherroepelijke uitspraak ligt, kan de belastingplichtige om herziening van die uitspraak verzoeken. Dat kan als er sprake is van feiten en omstandigheden die plaats hebben gevonden vóór de uitspraak, die de belanghebbende niet bekend waren (een novum) en die tot een andere uitspraak hadden kunnen leiden als deze bekend waren bij de bestuursrechter. Registratie in de FSV kan aanleiding zijn om herziening van een uitspraak te vragen. Toen de Belastingdienst nog gebruik maakte van de FSV wisten belastingplichtigen niet dat ze daarin waren opgenomen. Als het goed is, heeft de Belastingdienst inmiddels iedereen die in de FSV was geregistreerd daarvan

op de hoogte gesteld en kunnen deze belastingplichtigen daar nadere informatie over krijgen. Registratie in de FSV kan een relevante factor zijn (geweest) bij de controle en het opleggen van een aanslag. Dat kan het benodigde novum zijn voor een herziening.

Is de belastingplichtige niet eerder opgekomen tegen een aanslag? Dan is het mogelijk om alsnog bezwaar en zo nodig beroep in te stellen met een beroep op verschoonbare termijnoverschrijding (op grond van art. 6:11 AWB). De grond voor verschoonbaarheid is dan dat de belastingplichtige niet wist dat hij was geregistreerd in de FSV en waarom. Tot slot zou de belastingplichtige ook om ambtshalve vermindering kunnen verzoeken.

De weg ligt open om bezwaren en verzoeken tot herziening van uitspraken in te dienen. De kans op succes lijkt vooralsnog niet groot. Daarbij klemt het natuurlijk wel dat de informatie die de belastingplichtige nodig heeft om aan te tonen dat er sprake was van schending van een grondrecht juist van de Belastingdienst moet komen.

Bron: Autoriteit Persoonsgegevens, Onderzoeksrapport Belastingdienst: Verwerkingen van persoonsgegevens in de Fraude Signalerings Voorziening (FSV), 29-10-2021, p. 16, 3; PwC, Onderzoek query's aan de poort, 16-03-2022, p. 25, 24; Hoge Raad 10-12-2021 (ECLI:NL:HR:2021:1748), onder meer r.o. 5.3; Autoriteit Persoonsgegevens, De verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag, 16-7-2020, p.3; PwC, Onderzoek effecten FSV particulieren, 22-22-2021, p. 12, 3; College voor de rechten van de mens, Vooronderzoek naar de vermeende discriminerende effecten van de werkwijzen van de Belastingdienst/Toeslagen, 15-09-2022, Hof Arnhem-Leeuwarden 21-02-2023 (ECLI:NL:GHARL:2023:1519), Hof Amsterdam 21-02-2022 (ECLI:NL:GHAMS:2022:504), Hof Den Haag 01-03-2022 (ECLI:NL:GHDHA:2022:308), Hof Amsterdam 10-05-2022 (ECLI:NL:GHAMS:2022:1643)
Wet: art. 6:11 Awb en art. 10 AWGB

BZ2023-33

BZ