

3 Augustus 2021

Aan: Ministerie van Financiën.
Functionaris voor gegevensbescherming
Postbus 20201
2500EE Den Haag

email: fg@minfin.nl

betreft: klacht in verband met het verwerken van mijn persoonsgegevens bij de belastingdienst.

Geachte Functionaris Gegevensbescherming,

1. Mijn klacht:

Naar aanleiding van de beantwoording van mijn vragen over de FATCA gerelateerde doorgifte van mijn financiële data naar de VS-IRS en op basis van de actueel geldende AVG regelgeving, dien ik hierbij een klacht in tegen de belastingdienst.

Ik ben van mening dat de belastingdienst op basis van de actueel geldende AVG regels mijn data niet aan de VS-IRS mag doorsturen en eis hierbij dat de belastingdienst daarmee stopt en de reeds verzonden gegevens laat vernietigen.

Als bestuurslid van de Nederlandse Accidental Americans groep ben ik van mening dat dit ook van toepassing is op alle andere "U.S. personen" en eis hierbij aanvullend dat de belastingdienst voor alle "U.S. personen" stopt met het doorsturen van financiële data aan de VS-IRS en reeds verzonden gegevens laat vernietigen.

2. Behandeling van mijn gegevens onder NL-FATCA

FATCA verlangt van financiële Instellingen dat zij vaststellen welke rekeninghouders "U.S. personen" zijn en indien dat het geval is de persoonlijke informatie en rekeninggegevens van "U.S. personen" aan de IRS te verstrekken.

FATCA is toepasbaar gemaakt in Nederland door middel van een 'Intergouvernementeel Akkoord' dat op 18 december 2013 is gesloten (de IGA). Bijlage II bij de IGA is op 19 augustus 2020 gewijzigd, maar is niet relevant voor deze klacht.

In deze brief verwijs ik naar FATCA zoals geïmplementeerd door het Koninkrijk der Nederlanden als 'NL-FATCA'.

Onder NL FATCA verwerken Nederlandse Financiële instellingen en de Belastingdienst de volgende gevoelige persoons- en financiële gegevens, die de Belastingdienst vervolgens jaarlijks en volledig automatisch doorgeeft aan de IRS.

zie art. 2(2)(a) IGA:

- Mijn naam, adres en Amerikaans belastingidentificatienummer ('TIN');
- De naam van de rapporterende bank, het rekeningnummer het rekeningsaldo aan het einde van het betreffende kalenderjaar, evenals het totale brutobedrag van de betaalde of bijgeschreven rente op de rekening gedurende het kalenderjaar of een andere passende verslagperiode.

3. Gebrek aan waarborgen voor gegevensbescherming

Op 16 juli 2020 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie het tweede arrest gewezen in de zaak van Maximilian Schrems ("Schrems II" – [C-311/18](#)). De eerste zaak ("Schrems I – [C 361/14](#)) werd op 6 oktober 2015 beslist. Beide zaken bevestigden de onwettigheid van het bestaande kader voor trans-Atlantische gegevensoverdracht, met name het "Safe Harbor-besluit" (vernietigd door Schrems I) en de 'Privacy Shield' (dat illegaal werd verklaard onder Schrems II).

In wezen heeft het HvJ-EU geoordeeld dat het Amerikaanse systeem geen adequate waarborgen voor gegevensbescherming biedt, die in feite gelijkwaardig zijn aan die welke in de EU bestaan op grond van de AVG en het Handvest van de grondrechten van de EU (Art. 7, 8 en 52) en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (Art. 8).

In een op 1 juli 2021 gepubliceerde studie in opdracht van EU-LIBE commissie: [Exchanges of Personal Data After the SchremsII Judgment](#), oordeelde de Commissie voor de rechten van de burger en constitutionele zaken van het Europees Parlement (op pagina 100) dat:

"Onze analyse toont aan dat geen enkele Amerikaanse federale of staatsprivacywet in de nabije toekomst waarschijnlijk "in wezen gelijkwaardige" bescherming zal bieden in vergelijking met de EU AVG. Er zijn inderdaad ernstige en in de praktijk onoverkomelijke Amerikaanse constitutionele en institutionele evenals praktische/politieke belemmeringen voor de goedkeuring van dergelijke wetten."

Wat de constitutionele hoek van de VS betreft, verwees advocatenkantoor Mishcon de Reya LLP in haar [correspondentie](#) met het EDPB naar de enige besliste Amerikaanse zaak over FATCA die het bestaan van een recht op privacy in bankgegevens onder de Amerikaanse grondwet ontkent ([Crawford vs US Treasury](#)) :

"Er is geen "wettelijk beschermd belang" bij het beschermen van de privacy van iemands bankgegevens tegen toegang door de overheid. Verenigde Staten v. Miller, 425 U.S. 435, 442 (1976)"

Dit is fundamenteel in strijd met de kernbepalingen van de AVG.

Interne documenten van de Europese Commissie, vrijgegeven door het Nederlandse EP-lid Sophie in 't Veld en [geanalyseerd door advocatenkantoor Mishcon de Reya LLP](#), tonen aan dat de Europese Commissie al op 28 november 2011 concludeerde dat de VS geen adequate waarborgen voor gegevensbescherming bood:

"De Belastingdienst van de Europese Commissie (TAXUD) heeft een brief gestuurd naar het Amerikaanse ministerie van Financiën met verschillende vragen over de gegevensbeschermingsnormen die in de VS van toepassing zijn op persoonlijke informatie die in het bezit is van de Amerikaanse belastingautoriteiten.

Onze gegevensbeschermingsexperts zijn na hun onderzoek van het Amerikaanse antwoord van mening dat de Amerikaanse gegevensbeschermingsregels niet dezelfde standaard van bescherming bieden als de EU-gegevensbeschermingswetten."

Dit was al 9 jaar vóór het Schrems II-arrest.

Daarnaast heeft de European Data Protection Board (EDPB) op 18 januari 2020 [Richtlijnen 1/2020](#) voor doorgifte van gegevens buiten de EU uitgevaardigd, die ook relevant zijn voor FATCA (zie [EDPB-verklaring 1/2019](#)).

In maart 2020 vergeleek Mishcon de Reya LLP, het advocatenkantoor dat het voortouw nam in de gegevensbeschermingscampagne over de buitensporige aard van FATCA (met optredens voor het Europees Parlement en de EU-gegevensbeschermingsautoriteiten), de gestandaardiseerde IGA's met de EDBP Richtlijnen 1/2020 en kwam tot de [conclusie](#) dat de gestandaardiseerde IGA's geen van de waarborgen bevatten die worden genoemd in de EDPB-richtlijnen 4/2020, die zijn uitgevaardigd voordat tot Schrems II werd besloten.

Hieruit volgt dat een eventuele overdracht van mijn gegevens naar de VS onder NL-FATCA niet voldoet aan de vereisten van [art. 46 AVG](#).

Ik moet hieraan toevoegen dat het Hof van Justitie van de Europese Unie in zijn jurisprudentie heeft geoordeeld dat de behoefte aan waarborgen des te groter is wanneer persoonsgegevens worden onderworpen aan geautomatiseerde verwerking (([Advies 1/2015](#), EU-Canadese overeenkomst inzake persoonsgegevens van passagiers) , 141):

*"De betrokken regeling die de inmenging bevat, voldoet slechts aan dit vereiste indien zij duidelijke en nauwkeurige regels over de reikwijdte en de toepassing van de betrokken maatregel bevat die minimale eisen opleggen, zodat degenen van wie de gegevens zijn doorgegeven over voldoende garanties beschikken dat hun persoonsgegevens doeltreffend worden beschermd tegen het risico van misbruik. Zij moet in het bijzonder aangeven in welke omstandigheden en onder welke voorwaarden een maatregel die voorziet in de verwerking van dergelijke gegevens kan worden genomen, en aldus waarborgen dat de inmenging tot het strikt noodzakelijke wordt beperkt. **De noodzaak om over dergelijke garanties te beschikken is des te groter wanneer de persoonsgegevens geautomatiseerd worden verwerkt. Deze overwegingen gelden inzonderheid wanneer het gaat om de bescherming van een bijzondere categorie persoonsgegevens, te weten gevoelige gegevens."***

In haar reactie van 15 juli 2021 op mijn verzoek van 3 januari 2021 (kopieën ter verduidelijking bijgevoegd) heeft de Belastingdienst het volgende vermeld:

"De uitspraak 'Schrems II' heeft geen directe gevolgen voor de gegevensuitwisseling in het kader van de FATCA. De Belastingdienst baseert zich bij deze uitwisseling niet op een adequaatheids besluit (hier: Privacy Shield; deze is in 'Schrems II' door het Hof van Justitie van de Europese Unie ongeldig verklaard) of modelovereenkomst. Deze grondslagen tot uitwisseling kwamen specifiek ter sprake in de uitspraak 'Schrems II'. De Belastingdienst baseert zich, zoals hierboven is toegelicht, op artikel 49 van de AVG voor deze uitwisseling. In 'Schrems II' ging het om een uitwisseling uitgevoerd door een commerciële

partij (Facebook), terwijl het hier gaat om een uitwisseling tussen overheidspartijen/landen; hierop zijn andere grondslagen van toepassing.”

Echter:

- De principes die zijn vastgelegd in de AVG zijn zowel van toepassing op commerciële organisaties als op overheidsinstanties. Artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens verwijst specifiek naar inmenging van overheidsinstanties ('openbaar gezag').
- Artikel 49 AVG is onderworpen aan de algemene beginselen die zijn vervat in Art. 5 AVG, evenals de beperkingen vervat in Art. 7, 8 en 52 van het EU-Handvest van de grondrechten en Art. 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens die individuen beschermen tegen inmenging in hun fundamentele rechten op gegevensbescherming en privacy, tenzij ze voldoen aan de beginselen van wettigheid en noodzakelijkheid.
- Op het noodzakelijkheidsvraagstuk kom ik hieronder later terug, aangezien ik van mening ben dat NL-FATCA niet nodig, noch proportioneel is.

Concluderend heeft de Belastingdienst niet toegelicht hoe de verwerking van mijn gegevens onder NL-FATCA in het algemeen, en in relatie tot de verdere behandeling in de VS in het bijzonder, aan adequate waarborgen is onderworpen.

Het antwoord van de Belastingdienst bevat namelijk geen enkele toelichting en beperkt zich tot de stelling dat de verwerking van mijn gegevens onder NL-FATCA 'afhangt van art. 49 AVG'.

De bewijslast ligt echter bij de Belastingdienst om aan te tonen dat de verwerking van mijn gegevens in het kader van FATCA 'noodzakelijk is om gewichtige redenen van algemeen belang' (zie art. 49(1)(d) AVG) - zie de [MEP-kostenzaak op §§ 72-77](#)).

In casu heeft de Belastingdienst de op haar rustende bewijslast niet vervuld.

4. Schending van het transparantiebeginsel

Ik moet hieraan toevoegen dat de Belastingdienst mij niet heeft geïnformeerd over hun voornemen om mijn persoonsgegevens te verwerken en deze aan de IRS door te geven. Daarmee heeft de Belastingdienst haar verplichtingen op grond van [art. 5\(1\)\(a\) AVG](#) (volgens welke persoonsgegevens op transparante wijze worden verwerkt ("transparantie")) en [Art. 14 AVG](#) ('Informatie te verstrekken indien persoonsgegevens niet van de betrokkene zijn verkregen').

5. Schending van het noodzakelijkheidsbeginsel en dataminimalisatie

[Artikel 5\(1\)\(c\) AVG](#) bepaalt dat persoonsgegevens adequaat, relevant en beperkt zijn tot wat nodig is in verband met de doeleinden waarvoor ze worden verwerkt ('gegevensminimalisatie');

Het beginsel van gegevensminimalisatie is een voortvloeisel van de noodzaak- en evenredigheidsbeginselen die zijn vastgelegd in art. 52 van het EU-Handvest van de grondrechten en art. 8(2) van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.

Artikel. 52 van het [Handvest van de grondrechten van de EU](#) luidt als volgt:

"Beperkingen op de uitoefening van de dit Handvest erkende rechten en vrijheden moeten bij wet worden gesteld en de inhoud van die rechten worden ingevoerd. de Unie doelstellingen van algemeen belang van aan de eisen van de rechten en vrijheden van anderen."

Zo ook art. 8, lid 2, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens luidt als volgt:

"Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid van het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen."

In zijn voortdurende jurisprudentie heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie herhaald dat het noodzakelijkheidsbeginsel strikt moet worden geïnterpreteerd. Het is daarom niet voldoende dat een maatregel die ingrijpt in de persoonsgegevens van een persoon nuttig of behulpzaam is om het gestelde doel te bereiken. In plaats daarvan moet het noodzakelijk zijn om het gestelde doel te bereiken.

Gerelateerde zaken:

- [C 293/12 en C 594/12 Digital Rights Ireland §52](#);
- [Zaak C-362/14 Schrems I, §§92-93](#);
- [Tele2 Sverige, §109](#);
- [Zaken T-639/15 tot T-666/15 MEP-kostenzaak, §88](#);
- [Zaak C-746/18 Strafzaak tegen HK, §38](#).

Wat FATCA betreft, is het gebrek aan evenredigheid aan de orde gesteld door de EU-werkgroep voor gegevensbescherming 'Artikel 29', de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming, het Europees Parlement, de Europese Bankfederatie.

Interne documenten vrijgegeven aan Sophie in 't Veld MEP en geanalyseerd door advocatenkantoor Mishcon de Reya LLP tonen aan dat de Europese Commissie al in 2011 en 2012 'verontrustende' zorgen over gegevensbescherming aan de orde stelde, dwz voordat Nederland besloot door te gaan en de IGA te ondertekenen in 2013.

Article 29 Working Party (here)	<i>"FATCA must be mutually recognised as necessary from an EU perspective.... A bulk transfer and the screening of all these data is not the best way to achieve such a goal. More selective, less broad measures should be considered in order to respect the privacy of law-abiding citizens, particularly; an examination of alternative, less privacy-intrusive means must be carried out to demonstrate FATCA's necessity"</i>
European Data Protection Supervisor (here)	<i>"The exchange of information on a certain number of accounts on an annual basis confirms our view that the information exchange is independent of the detection of any actual risk of tax evasion, thus questioning the proportionality"</i>

	<i>of the measure itself."</i>
European Parliament (here)	<i>"So essentially the issue is about requirement (iii), i.e. whether FATCA restrictions operating within the EU through IGAs are necessary and proportionate measures. (...) In conclusion, FATCA restrictions operating within the EU through IGAs at the current stage and under certain circumstances appear to be neither proportionate, nor necessary in so far they fail to narrow down the reporting obligations to individuals suspected of tax evasion. By contrast, these FATCA restrictions would constitute "necessary and proportionate measures" upon the condition that the U.S. provided, on a case-by-case basis, specific evidence that U.S. expatriates are using the EU financial system to engage in offshore tax evasion. Lacking such evidence FATCA restrictions appear to go beyond what is strictly necessary to achieve the goal of fighting against offshore tax evasion."</i>
European Commission (here)	<i>"There are certain aspects of FATCA which are raising concerns within the EU. The Commission certainly supports the objective of FATCA... But there are possible issues of conflict with EU and Member States laws, in particular those on data protection. In addition, the compliance costs are... worrying."</i>
European Banking Federation	<i>"FATCA was intended to recover tax from high net worth US individuals with significant offshore assets, but has lost sight of this and is now indiscriminately impacting all types of client (US and non-US, high worth and low worth) at huge cost to those clients and foreign intermediaries and for very limited return...FATCA implementation measures and rules are not proportionate to its essential aims...[putting] Foreign Financial Institutions at a competitive disadvantage against US financial intermediaries."</i>

6. Aanvullende informatie

Het advocatenkantoor Mishcon de Reya LLP [publiceerde](#) inmiddels meer dan 80 brieven aan de EDPB, de Europese Commissie, de OESO en nationale gegevensbeschermingsautoriteiten, waaronder een brief aan de Nederlandse AP van 1 augustus 2021 over deze problematiek en de wijze waarop verantwoordelijke partijen en controlerende instanties onjuiste informatie vertrekken en/of zich achter een andere partij verschuilen.

Onder de gegeven omstandigheden zou ik verwachten dat mijn klacht weggehouden wordt van de stapel gewone AVG-klachten waarvan ik zeker weet dat ze op de bureaus van behandelend ambtenaren op de loer liggen en dat deze met spoed wordt behandeld.

Hoogachtend,

R.M. Gerretsen
Stevinstraat 18
1171XX Badhoevedorp
06-5495.7897