Universiteit Leiden
The Netherlands

Rechtsbescherming tegen bestuurlijke gegevensverwerkingen: toegang, toetsing en schadevergoeding

Çapkurt, F.

Citation

Çapkurt, F. (2024, December 4). *Rechtsbescherming tegen bestuurlijke gegevensverwerkingen: toegang, toetsing en schadevergoeding*. *Staats- en Bestuursrecht Wetenschap*. Wolters Kluwer, Deventer. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/4171048

Version:	Publisher's Version
License:	Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/4171048

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

HOOFDSTUK 4

Praktijk versus typologie: risicoprofilering

4.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is een typologie van de bestuurlijke gegevensverwerking geformuleerd. Hieruit volgt dat de wijze waarop een betrokkene toegang tot rechtsbescherming kan verkrijgen om de rechtmatigheid van een bestuurlijke gegevensverwerking ter discussie te stellen, afhangt van het *doel* dat hij met het bezwaar en beroep nastreeft. In dat verband is een onderscheid gemaakt tussen de situatie waarin hij autonoom opkomt tegen de bestuurlijke gegevensverwerking en die waarin hij dat accessoir doet. De eerste situatie doet zich voor wanneer de betrokkene enkel de rechtmatigheid van de gegevensverwerking zelf in bezwaar en beroep ter discussie stelt via het informatieverzoek-besluitmodel. Van de tweede situatie is sprake wanneer de betrokkene de rechtmatigheid van de gegevensverwerking in relatie tot het Awb-besluit ten behoeve waarvan de gegevens zijn verwerkt aanvecht via het klassiek besluitmodel. Aan deze typologie ligt de veronderstelling ten grondslag dat bij voorbaat duidelijk is of een bestuurlijke gegevensverwerking een autonoom of accessoir karakter heeft, zodat helder is wanneer aan de betrokkene transparantie over deze verwerking moet worden geboden. Dat is echter lang niet altijd het geval.

Een belangrijk voorbeeld vormen gegevensverwerkingen die bestuursorganen verrichten voor risicoprofileringsdoeleinden. De afgelopen jaren hebben verschillende casus waarin burgers zijn geprofileerd het nieuws gehaald.[1] Een illustratie biedt *Risicoprofilering DUO*. Uit onderzoek van *Investico*, *Trouw* en de *Groene Amsterdammer* is gebleken dat DUO met 'een zelfbedacht risicoprofiel zonder wetenschappelijke onderbouwing' de onderzoekswaardigheid heeft bepaald van studenten die een uitwonendenbeurs ontvangen.[2] Inmiddels is duidelijk geworden dat vooral werd geprofileerd in buurten met een hoog aandeel bewoners met een migratieachtergrond.[3] Tevens had de profilering tot gevolg dat met name mbo-studenten met een niet-Nederlands klinkende naam voor controle werden geselecteerd.[4] Ook op andere terreinen worden burgers door het bestuur geprofileerd. Zo is uit onderzoek van onder meer *Argos* gebleken dat het Rotterdamse college van B&W met een algoritme heeft berekend hoe groot de kans is dat bijstandsontvangers, gezien hun achtergrond, eigenschappen en gedrag, zouden frauderen.[5] Met name jonge moeders en

1 Paragraaf 3.4.3.
2 Belleman, Heilbron & Kootstra 2023.
3 PwC 2024, p. 12.
4 PwC 2024, p. 12.
5 Tromp, 2023.

mensen die de Nederlandse taal niet volledig machtig waren kwalificeerde dit algoritme als een frauderisico. Ook in de Toeslagenaffaire zijn burgers op grote schaal geprofileerd door de Belastingdienst en als fraudeur geregistreerd op een zwarte lijst. Onderzoek van het College voor de Rechten van de Mens heeft uitgewezen dat toeslagontvangers met een migratieachtergrond structureel vaker algoritmisch zijn geselecteerd voor nader onderzoek dan toeslagontvangers met een Nederlandse afkomst.[6] De gemene deler van deze casus is dat de betrokkenen niet wisten dat hun gegevens waren verwerkt voor profileringsdoeleinden. Dit is pas achteraf, onder andere door journalistiek graafwerk, aan het licht gekomen.

In dit hoofdstuk wordt aan de hand van verschillende casus geïllustreerd dat de verwerking van persoonsgegevens door het bestuur voor profileringsdoeleinden zich lastig laat vangen door de typologie van de bestuurlijke gegevensverwerking. Daardoor bestaat rechtsonzekerheid over de vraag hoe het Europees gegevensbeschermingsrecht kan doorwerken in het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Als gevolg hiervan is het voor betrokkenen lang niet altijd duidelijk hoe zij toegang tot bestuursrechtelijke rechtsbescherming kunnen verkrijgen om te ageren tegen een verwerking die voor profileringsdoeleinden heeft plaatsgevonden. Uit de analyse zal blijken dat hiervoor verschillende redenen kunnen worden aangewezen, waaronder het feit dat dit een type gegevensverwerking betreft waarop het bestuursrecht en het gegevensbeschermingsrecht moeilijk grip kunnen krijgen.

De opzet van het hoofdstuk is als volgt. Eerst wordt stilgestaan bij het fenomeen 'risicoprofilering'. In dat kader wordt aandacht besteed aan een ontwikkeling die risicoprofilering mogelijk heeft gemaakt: de 'vernetwerking' van de overheidsinformatiehuishouding (par. 4.2).[7] Vervolgens wordt het juridisch kader – in het bijzonder artikel 22, eerste lid, AVG – geanalyseerd (par. 4.3). Aan deze bepaling ontleent de betrokkene het recht om niet te worden onderworpen aan een uitsluitend op geautomatiseerde verwerking, waaronder profilering, gebaseerd besluit. Daarna komt de *SyRI*-uitspraak aan bod (par. 4.4). De Rechtbank Den Haag heeft hierin namelijk belangrijke piketpalen geslagen over de mate waarin het bestuur aan de burger transparantie moet bieden inzake de wijze waarop het bestuur zijn gegevens voor profileringsdoeleinden heeft verwerkt.[8] Hierna wordt bekeken op welke wijze volgens de typologie in theorie rechtsbescherming zou kunnen worden georganiseerd tegen bestuurlijke gegevensverwerkingen voor profileringsdoeleinden (par. 4.5). Aan de hand van twee casus wordt vervolgens inzichtelijk gemaakt dat in de praktijk gegevensverwerkingen ten behoeve van profileringsdoeleinden door bestuursorganen uiteenlopend worden gewaardeerd (par. 4.6). Zo is de Belastingdienst in de Toeslagenaffaire geenszins transparant geweest over het feit dat op grote schaal persoonsgegevens van burgers zijn verwerkt om hun onderzoekswaardigheid te bepalen. Burgers hebben daarom niet kunnen controleren of hun gegevens op rechtmatige gronden zijn verwerkt. Als gevolg hiervan heeft de bestuursrechter geen grenzen kunnen stellen aan deze verwerkingen. Reeds gepubliceerde jurisprudentie inzake het socialezekerheidsrecht laat zien dat dit ook anders kan.

6 College voor de Rechten van de Mens 2022.
7 Groothuis 2004; WRR 2011; Prins 2011; WRR 2017; Raad van State 2021. Zie ook: *Kamerstukken II* 2017/18, 26643, nr. 557, p. 1-42, in het bijzonder p. 5; *Kamerstukken II* 2017/18, 26643, nr. 549, bijlage.
8 Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865 (*SyRI*).

Hier zijn bestuursorganen doorgaans transparanter over het feit dat risicoprofilering een rol heeft gespeeld in de bestuurlijke besluitvorming. Daardoor kunnen burgers hiertegen in rechte opkomen, wat blijkens de op www.rechtspraak.nl gepubliceerde jurisprudentie door de jaren heen ook is gebeurd.[9] Om die reden hebben bestuursrechters wel grenzen kunnen stellen aan de bestuurlijke verwerking van persoonsgegevens in het kader van risicoprofilering op het terrein van de sociale zekerheid. Dat wil overigens niet zeggen dat toegang tot rechtsbescherming altijd vlekkeloos verloopt. Afgesloten wordt met een conclusie (par. 4.7).

4.2 Profilering en de vernetwerkte overheidsinformatiehuishouding

Eerder is opgemerkt dat het bestuur pas een Awb-besluit kan nemen als het de benodigde kennis heeft over de relevante feiten. Maar hoe vergaart het deze informatie? Gaan ambtenaren, zoals de wetgever ten tijde van de codificatie van de Awb voor ogen had, per individueel te nemen besluit op zoek naar de benodigde gegevens? In de praktijk zal dit per besluitvormingstraject verschillen. Ongetwijfeld zullen er ook nu nog ambtenaren zijn die in opdracht van het bestuur zelf feitenonderzoek verrichten, de betrokken belangen afwegen, de relevante wetgeving toepassen en een Awb-besluit nemen.[10] Zouridis en Bovens zouden hen omschrijven als *street-level-bureaucraten.*[11] Onder invloed van de voortschrijdende digitalisering van de overheid zijn veel van deze *street-level-bureaucraten* in betrekkelijk korte tijd echter veranderd in *screen-level-bureaucraten.*[12] Hierdoor is hun handelingsruimte om zelfstandig informatie te vergaren en deze te waarderen ingeperkt.[13]

> "Voorzover uitvoeringsambtenaren directe contacten met burgers hebben, verlopen die altijd in de aanwezigheid van of via een computerscherm. De ambtenaar kan zich niet meer vrij over straat begeven, maar is via zijn computer altijd met de organisatie verbonden. De gegevens van cliënten moeten via vaste patronen op de elektronische formulieren worden ingevuld. Kennismanagementsystemen en digitale beslisbomen hebben de discretionaire ruimte sterk ingeperkt. Veel beslissingen worden niet meer op straatniveau, door de contactambtenaar genomen, maar liggen al vast op het niveau van de computer, in de inrichting van de software."[14]

In het rapport *iOverheid* (2011) staat de WRR uitvoerig stil bij de vraag welke impact digitalisering heeft op de informatiehuishouding van de overheid. Vanwege ontwikkelingen in de technologie kan informatie binnen de overheid steeds eenvoudiger over traditionele (beleids)grenzen heen vloeien.[15] De informatiesystemen van overheidsinstanties raken daardoor steeds meer met elkaar vervlochten.[16] Informatie kan hierdoor in ketens makkelijker worden verspreid en door verschillende instanties worden gebruikt.[17] Overheidsinformatie raakt, met andere woorden, vernetwerkt. Dat wil zeggen dat een netwerk van actoren, met

9 Paragraaf 4.6.2.
10 Widlak 2021, p. 18.
11 Bovens & Zouridis 2002a; Bovens & Zouridis 2002b. Zie in dat verband ook een geactualiseerde versie van hun artikel dat zij in 2018 samen met Van Eck hebben gepubliceerd: Van Eck, Bovens & Zouridis 2018.
12 Bovens & Zouridis 2002a; Bovens & Zouridis 2002b.
13 Bovens & Zouridis 2002b, p. 70-74; WRR 2011, p. 125-126.
14 Bovens & Zouridis 2002b, p. 68.
15 WRR 2011, p. 12. Zie hierover ook Widlak 2021, p. 19 en 179.
16 WRR 2011, p. 120.
17 WRR 2011, p. 12.

uiteenlopende taken en doelstellingen, gebruikmaakt van elkaars 'gepoolde informatie'.[18] Deze informationele vernetwerking beïnvloedt het karakter van de overheid. De WRR stelt dat de "overheid stapje voor stapje, besluit na besluit, onder invloed van digitalisering fundamenteel van karakter verandert. De facto en bijna ongemerkt heeft zich een praktijk ontwikkeld, waarin samenhangende informatiestromen het karakter van de overheid domineren."[19]

Vanuit het perspectief van de overheid heeft deze informatievernetwerking ten minste twee grote voordelen: efficiëntie en effectiviteit.[20] "De toenemende mogelijkheden om via ict gemakkelijk en snel informatie te delen, houden voor de bedrijfsvoering van de overheid de belofte in van een verhoogde effectiviteit en efficiëntie", aldus de WRR.[21] Maar deze informationele vernetwerking is vanuit het burgerperspectief niet zonder risico. Deze vernetwerking, zo legt de WRR uit, 'wordt veelal aangemerkt als niets meer dan een technische exercitie'.[22] Maar zij creëert ook kwetsbaarheden voor burgers. Zo signaleert de WRR dat informatie weliswaar is *vernetwerkt*, maar dat tegelijkertijd de verantwoordelijkheid voor informatieprocessen binnen de overheid is versplinterd, en soms zelfs verdwenen.[23] Dat komt volgens de WRR doordat de gemaakte 'informatietechnologische slag' simpelweg niet is vertaald in 'verantwoordelijkheidsverdeling'.[24] Met name wanneer informatiebestanden in uiteenlopende contexten worden hergebruikt of vervuild zijn geraakt kunnen volgens de WRR problemen ontstaan voor burgers.[25] Deze worden vergroot door het multipliereffect van ICT: niet alleen *correcte* informatie heeft een hoge omloopsnelheid binnen de digitale overheid, ook *incorrecte* informatie.[26] Omdat de verantwoordelijkheid voor de juistheid van informatie binnen de vernetwerkte overheid niet scherp is geregeld, lopen burgers het risico dat hun onjuist verwerkte gegevens binnen de overheid een eigen leven gaan leiden.[27] De administratieve werkelijkheid en de realiteit kunnen daardoor sterker dan voorheen uiteenlopen: fouten kunnen zich sneller verspreiden, waarna ze moeilijker te herstellen zijn.[28] De burger kan hierdoor 'verst(r)ikt raken in de datakluwen van de overheid'.[29] Vaak is informationele vernetwerking niet zichtbaar voor de burger, waardoor die niet kan controleren of zijn gegevens wel juist en rechtmatig worden verwerkt.[30]

Deze ambivalentie komt onder meer tot uiting in de profileringspraktijken van de overheid. Aan de ene kant is het positief dat overheidsinstanties over meer informatie kunnen beschikken. Dit stelt hen bijvoorbeeld in staat om gegevens over burgers te verzamelen, te koppelen en aan de hand van technologieën zoals *data mining* te analyseren om bijvoorbeeld

18 WRR 2011, p. 12.
19 WRR 2011, p. 13.
20 WRR 2011, p. 33; Widlak 2021, p. 19.
21 WRR 2011, p. 33.
22 WRR 2011, p. 120.
23 WRR 2011, p. 120.
24 WRR 2011, p. 120.
25 WRR 2011, p. 216. Zie hierover ook Widlak 2021, p. 179-183.
26 WRR 2011, p. 216.
27 WRR 2011, p. 13.
28 WRR 2011, p. 216.
29 WRR 2011, p. 14.
30 WRR 2011, p. 27.

toekomstig gedrag te voorspellen.[31] Overheidsinstanties hebben namelijk lang niet altijd de menskracht om toezicht te houden op de naleving van wetgeving. Door middel van profilering kunnen zij in (massale) besluitvormingsprocessen prioriteiten stellen en de beperkte capaciteit efficiënter inzetten.[32] Tevens kunnen zij profilering aanwenden om dienstverlening te verbeteren die burgers ten goede komt.[33] Want profilering, zo constateert de WRR "wint in de publieke sector met name aan populariteit vanuit de wens tot proactief handelen. Daarmee zet de overheid overigens soms ook stappen die verdergaan dan alleen burgers identificeren en typeren. De ambitie is om aan de hand van de gegenereerde kennis ook een voorschot op de toekomst te nemen. Met behulp van profileringstechnieken zijn plichten, rechten en noden van specifieke burgers niet alleen in een vroeg stadium in te schatten, maar kan ook tijdig gehandeld en (bij)gestuurd worden."[34] Ter illustratie kan worden gewezen op de profileringspraktijk van de Belastingdienst/Toeslagen:

> "Ook Dienst Toeslagen maakt gebruik van geautomatiseerde selectietechnieken. Dit is niet alleen van belang voor het toezicht, maar tevens een belangrijk instrument om de dienstverlening te verbeteren, onder meer doordat de inzet van geautomatiseerde selectietechnieken bijdragen aan het voorkomen van terugvorderingen. Zo worden aanvragen waarvan de opgegeven informatie niet overeenkomt met voor Dienst Toeslagen beschikbare gegevens uit andere bronnen, en waarbij sprake is van een hoog bedrag aan toeslagen, eerder geselecteerd voor een handmatige behandeling om te voorkomen dat in de voorschotfase hoge bedragen worden uitgekeerd die later moeten worden teruggevorderd. Ook wanneer bijvoorbeeld een aanvraag wordt gedaan voor kinderopvangtoeslag voor de dagopvang van een kind dat een hogere leeftijd heeft dan de maximale leeftijd voor dagopvang, wordt deze geselecteerd voor handmatige behandeling. Zo wordt voorkomen dat de burger later te maken krijgt met hoge terugvorderingen."[35]

Bezien vanuit het burgerperspectief kleven aan profilering ook risico's. Net als Bovens en Zouridis, constateert de WRR dat beslissingen over en voor burgers in toenemende mate worden 'beïnvloed en bepaald door profielen en automatisch gegeneerde beelden die de overheid van haar burgers heeft'.[36] Hierdoor kan echter een cultuur van *dataveillance* ontstaan: 'niet de directe waarneming van een persoon bepaalt de aard van het toezicht, maar het verzamelen en bewerken van reeds opgeslagen informatie over personen en gedrag'.[37] *Dataveillance* kan zelfs leiden tot het ontstaan van *datadoubles.* Daarmee wordt gedoeld op de mogelijkheid dat een profiel, samengesteld op grond van verschillende datafragmenten, na verloop van tijd een eigen leven kan gaan leiden in overheidssystemen en daarmee een eigen realiteit kan gaan vormen.[38] "Het gevaar van deze ontwikkeling", zo

31 WRR 2011, p. 62-63 en 196.
32 WRR 2011, p. 63; Van Eck, Bovens & Zouridis 2018, p. 3012-3013; Çapkurt 2019, p. 120; Widlak 2021, p. 190-191.
33 WRR 2011, p. 15-16, 63 en 196.
34 WRR 2011, p. 63.
35 Brief van de Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst en de Staatssecretaris van Financiën – Toeslagen en Douane van 13 februari 2024, kenmerk 2024 – 0000164006, p. 2. Van Hout heeft reeds in haar oratie uit 2019 gewezen op de mogelijke risico's van de profilering in het fiscale domein. Zie: Van Hout 2019, p. 19-20.
36 WRR 2011, p. 125-126. Zie hierover ook Prins 2009, p. 301-302; Widlak 2021, p. 20.
37 WRR 2011, p. 69-70. Citron en Pasquale spreken in dit verband over een scored society: een maatschappij waarin tussen categorieën burgers wordt gedifferentieerd op basis van een risicoscore: Citron & Pasquale 2014, p. 27.
38 WRR 2011, p. 70 en 196.

stelt Prins, "is dat het soms maar de vraag is, of nauwelijks valt te overzien, of die beelden wel kloppen. Immers, informatie krijgt betekenis en kleur in een specifieke context en hangt nauw samen met de betekenis van de verschillende attributen in die context. Wanneer de informatie uit deze context wordt gehaald en wordt gecombineerd met gegevens die hun betekenis krijgen in een geheel andere context, vormt dit een bron van fouten."[39]

Profilering kan ook stigmatisering, achterstelling en discriminatie tot gevolg hebben.[40] "Burgers worden immers veel sterker het product van hun verleden dan ze in het papieren tijdperk waren", aldus de WRR. "'Eens een dief, altijd een dief' loopt het gevaar een digitale eeuwigheidswaarde te krijgen."[41] Profilering kan tevens problematisch zijn als de informatie waarmee het profiel wordt gevoed onjuist is dan wel foutief wordt geïnterpreteerd. Burgers kunnen zich hiertegen volgens de WRR nauwelijks verweren. Zij weten immers lang niet altijd dat zij worden geprofileerd.[42] En wanneer zij dit wél weten, dan staan ze 'veelal met lege en machteloze handen als die informatie foutief is, of foutief wordt uitgelegd'.[43] Bezien tegen deze achtergrond concludeert de WRR dat 'een veel grotere mate van openheid en transparantie richting burgers noodzakelijk [is] om hen inzicht te bieden in de informatie die over hen is vergaard en hen tevens te faciliteren de informatie waar nodig te corrigeren'.[44] In het rapport *Big Data voor een vrije en veilige samenleving* uit 2017 heeft de WRR deze boodschap herhaald:

> "Om te beginnen weten burgers vaak niet welke gegevens er van hen bewaard en/of verzameld worden, hoewel deze gegevens gebruikt worden om risicoprofielen te construeren en overtredingen en strafbare feiten te traceren. Vervolgens zijn de meeste analyses letterlijk een black box: alleen de direct betrokkenen weten welke gegevens erin gaan, welke indicatoren en wegingsfactoren worden gebruikt, en welke 'hits' dat oplevert. Tot slot is onduidelijk welke rol en welk gewicht de uitkomsten in de besluitvorming spelen. Zijn het enkel aanwijzingen voor nader onderzoek of worden ze al min of meer als bewijs beschouwd?"[45]

Ook de Afdeling advisering heeft zich in een advies over de impact die digitalisering heeft op de rechtsstatelijke verhouding tussen burger en overheid, uitgelaten over de profileringspraktijk van de overheid.[46] Dit betrof een ongevraagd advies, een relatieve zeldzaamheid. Het advies bevestigt grotendeels de bevindingen van de WRR. Zo constateert ook de Afdeling advisering dat de vernetwerking van overheidsinformatie nuttig kan zijn: 'het verhoogt de kans dat gegevens correct zijn en het is meestal efficiënt voor overheid en burgers'. Tegelijkertijd merkt zij op, in nog scherpere bewoordingen dan de WRR, dat dit vanuit het burgerperspectief kan zorgen voor bestuursrechtelijke problemen. Zo stelt zij dat het denkbaar is dat de burger in toenemende mate wordt geconfronteerd met

39 Prins 2009, p. 302.
40 Prins 2009, p. 301; WRR 2011, p. 220. In *Big Data in een vrije en veilige samenleving* werkt de WRR dit punt nader uit. In dit rapport stelt de WRR wederom dat het risico op stigmatisering met name op de loer licht, wanneer voorspellende uitspraken worden gedaan op basis van profilering. Zie in dat verband: WRR 2017, p. 112.
41 WRR 2011, p. 220.
42 Artikel 29 Werkgroep 2017, p. 11.
43 WRR 2011, p. 191; Schuurmans 2017, p. 394.
44 WRR 2011, p. 16.
45 WRR 2017, p. 70.
46 Afdeling advisering van de Raad van State 2018.

Awb-besluiten waarvan niet meer kan worden achterhaald hoe deze exact tot stand zijn gekomen. In dat kader wijst zij expliciet op besluiten die tot stand zijn gekomen aan de hand van risicoprofilering. De burger, zo signaleert de Afdeling advisering, dreigt te worden geconfronteerd met "besluiten die berusten op profilering en statistische verbanden. Er is dan niet aangetoond dat de burger verwijtbaar heeft gehandeld; er is alleen een vermoeden op basis van algemene kenmerken. Er ontstaat een statistische werkelijkheid die afwijkt van de concrete feiten."[47] De Afdeling advisering stelt daarom voor de rechtspositie van de burger die geconfronteerd wordt met besluitvorming die deels het product is van algoritmische profilering te versterken, onder meer door de bestuursrechtelijke beginselen van behoorlijk bestuur verscherpt te interpreteren.[48] Daarbij gaat bijzondere aandacht uit naar het motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel. Het motiveringsbeginsel zou bijvoorbeeld zo kunnen worden geïnterpreteerd, dat in een besluit onder meer moet worden toegelicht of het mede voortbouwt op een algoritmische toepassing, zoals profilering.[49]

4.3 Profilering: het wettelijk kader

4.3.1 De AVG en de Uitvoeringswet AVG

Aan artikel 22, eerste lid, AVG ontleent de betrokkene het recht om niet te worden onderworpen 'aan een uitsluitend op geautomatiseerde verwerking, waaronder profilering, gebaseerd besluit waaraan voor hem rechtsgevolgen zijn verbonden of dat hem anderszins in aanmerkelijke mate treft'. Deze bepaling is geformuleerd als een subjectief recht van de betrokkene. Volgens het Hof van Justitie neemt dit niet weg dat zij een 'fundamenteel verbod' instelt, 'waarvan de schending niet individueel door een dergelijke betrokkene hoeft te worden aangevoerd'.[50] Dit heeft het Hof verduidelijkt in *Schufa I*, zijn eerste uitspraak over artikel 22 AVG, die in paragraaf 4.3.2 uitgebreid aan bod komt.

Is er sprake van op profilering gebaseerde geautomatiseerde besluitvorming in de zin van artikel 22 AVG, dan dient de verwerkingsverantwoordelijke te voldoen aan additionele transparantieverplichtingen. Zo moet hij aan de betrokkene informatie verstrekken over het bestaan van geautomatiseerde besluitvorming, met inbegrip van profilering. Tevens dient hij nuttige informatie te verschaffen over de onderliggende logica, alsmede het belang en de verwachte gevolgen van die verwerking voor de betrokkene. Deze transparantieplichten worden herhaald in drie bepalingen, te weten artikel 13, tweede lid, onder f, AVG, artikel 14, tweede lid, onder g, AVG en artikel 15, eerste lid, onderdeel h, AVG.

Het verbod op besluitvorming die gebaseerd is op profilering, als bedoeld in artikel 22, eerste lid, AVG, is van toepassing als aan drie cumulatieve vereisten is voldaan. In de eerste plaats moet er sprake zijn van een *besluit*. Hoewel de verordening dit begrip niet definieert staat volgens de Nederlandse wetgever buiten kijf dat het AVG-besluit niet samenvalt met het Awb-besluit. "Het begrip 'besluit' in de zin van deze verordening dient hierbij ruimer te worden gelezen dan het besluitbegrip uit de Awb: ook private partijen vallen

47 Afdeling advisering van de Raad van State 2018, p. 2.
48 Afdeling advisering van de Raad van State 2018, p. 13-15.
49 Afdeling advisering van de Raad van State 2018, p. 13-14.
50 HvJ EU 7 december 2023, ECLI:EU:C:2023:957, r.o. 52 (*Schufa I*).

onder de reikwijdte van deze bepaling wanneer ze gebruik maken van geautomatiseerde besluitvorming."[51]

In de tweede plaats moet dit besluit uitsluitend gebaseerd zijn op een geautomatiseerde verwerking, met inbegrip van *profilering*. In artikel 4, onderdeel 4, AVG wordt profilering omschreven 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;'.

> In considerans 71 van de AVG benadrukt de Uniewetgever dat de verwerkingsverantwoordelijke technische en organisatorische maatregelen moet treffen om de behoorlijkheid en transparantie te borgen van de gegevensverwerkingen die worden verricht om iemand te profileren. Volgens hem dient de verwerkingsverantwoordelijke in ieder geval 'passende wiskundige en statistische procedures te hanteren en technische en organisatorische maatregelen te treffen waarmee factoren die aanleiding geven tot onjuistheden van persoonsgegevens worden gecorrigeerd en het risico op fouten wordt geminimaliseerd, en de persoonsgegevens zodanig te bewaren dat rekening wordt gehouden met de potentiële risico's voor de belangen en rechten van de betrokkene en dat onder meer wordt voorkomen dat zulks voor natuurlijke personen discriminerende gevolgen zou hebben op grond van ras of etnische afkomst, politieke overtuiging, godsdienst of levensbeschouwelijke overtuigingen, lidmaatschap van een vakbond, genetische of gezondheidsstatus, of seksuele gerichtheid, of gevolgen zou hebben die leiden tot maatregelen met een vergelijkbaar effect'.

Tot slot moet het besluit voor de betrokkene *rechtsgevolgen* hebben of hem *anderszins in aanmerkelijke mate treffen*. De AVG maakt niet duidelijk wanneer aan dit criterium is voldaan. In considerans 71 wordt wel gesteld dat de automatische weigering van een online ingediende kredietaanvraag en de verwerking van sollicitaties via het internet zonder menselijke tussenkomst voorbeelden zijn van handelingen die onder het AVG-besluitbegrip vallen. De Artikel 29 Werkgroep heeft zich wel over deze materie gebogen. In haar richtsnoeren voor artikel 22 AVG licht zij toe dat 'rechtsgevolg' in dit verband betekent dat 'het besluit, dat uitsluitend op automatische verwerking is gebaseerd, van invloed is op iemands wettelijke rechten, zoals de vrijheid van vereniging, het stemrecht en het recht om rechtsmiddelen in te stellen'.[52] Ter illustratie wijst de Artikel 29 Werkgroep op de situatie waarin een geautomatiseerd besluit over een persoon leidt tot 'het recht op of de weigering van een bepaalde wettelijk toegekende sociale uitkering, zoals kinderbijslag of huurtoeslag'.[53] Volgens de Artikel 29 Werkgroep treft een gegevensverwerking de betrokkene in aanmerkelijke mate 'wanneer de effecten van de verwerking groot of belangrijk genoeg zijn om aandacht te verdienen'.[54] Het besluit moet dan het potentieel hebben om 'een langdurig of blijvend effect' te hebben op de betrokkene.[55] In dit opzicht erkent de Artikel 29 Werkgroep dat het lastig is om met nauwkeurigheid 'te bepalen wat als ernstig genoeg wordt beschouwd om de drempel van aanmerkelijke mate te halen'.[56]

51 *Kamerstukken II* 2017/18, 34851, nr. 3, p. 46.
52 Artikel 29 Werkgroep 2017, p. 25.
53 Artikel 29 Werkgroep 2017, p. 25.
54 Artikel 29 Werkgroep 2017, p. 26.
55 Artikel 29 Werkgroep 2017, p. 26.
56 Artikel 29 Werkgroep 2017, p. 26.

Volgens haar zouden besluiten die zien op iemands financiële situatie echter binnen deze categorie vallen.[57]

Het verbod in artikel 22 AVG op besluitvorming die gebaseerd is op profilering heeft grote betekenis voor het type bescherming dat de verordening kan bieden. Richtlijn 95/46 en de Wbp beperkten zich namelijk, in de woorden van Prins, tot 'enkelvoudige verwerkingen (losse persoonsgegevens)'.[58] Beide instrumenten bevatten echter geen directe aanknopingspunten om meervoudige verwerkingen te normeren die worden verricht om burgers te profileren.[59] Sinds de komst van de AVG is dit wél het geval. In artikel 4, onderdeel 4, AVG en artikel 22, eerste lid, AVG, wordt de verwerking van persoonsgegevens voor profileringsdoeleinden aan banden gelegd.[60] Kortom: anders dan Richtlijn 95/46 en de Wbp, is de AVG in staat om meervoudige verwerkingen te normeren die voor profileringsdoeleinden worden verricht.

De Uitvoeringswet AVG

Het in artikel 22, eerste lid, AVG neergelegde verbod op geautomatiseerde besluitvorming is niet absoluut. De AVG biedt een drietal gronden om hiervan af te wijken.[61] Voor de publieke sector is vooral relevant dat het verbod niet geldt indien de geautomatiseerde besluitvorming, inclusief profilering, is toegestaan op basis van een lidstatelijke of Unierechtelijke bepaling.[62] Wel moet deze bepaling voorzien in passende maatregelen ter bescherming van de rechten, vrijheden en gerechtvaardigde belangen van de betrokkene.

In artikel 40 Uitvoeringswet AVG heeft de Nederlands wetgever deze ruimte deels benut. Uit deze bepaling volgt dat het verbod van artikel 22, eerste lid, AVG niet van toepassing is als 'de in die bepaling bedoelde geautomatiseerde individuele besluitvorming, anders dan op basis van profilering, noodzakelijk is om te voldoen aan een wettelijke verplichting die op de verwerkingsverantwoordelijke rust of noodzakelijk is voor de vervulling van een taak

57 Artikel 29 Werkgroep 2017, p. 26.
58 Prins 2004, p. 45; Prins 2009, p. 300.
59 Prins 2009, p. 300. In Richtlijn 95/46 was ook een bepaling opgenomen over geautomatiseerde besluitvorming. Art. 15 droeg lidstaten op om aan de betrokkene het recht toe te kennen om niet te worden onderworpen aan geautomatiseerde besluitvorming. Deze bepaling implementeerde de Nederlandse wetgever in art. 42 Wbp. Maar in de richtlijn en de Wbp waren geen specifieke bepalingen over profilering neergelegd.
60 Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State inzake de Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming en het bijbehorende Nader rapport, *Kamerstukken II* 2017/18, 34851, nr. 4, p. 4.
61 Art. 22, tweede lid, AVG.
62 Art. 22, tweede lid, onderdeel b, AVG.

van algemeen belang'.[63] Belangrijk om op te merken is dat de generieke uitzonderingsgrond van artikel 40 Uitvoeringswet AVG uitsluitend ziet op geautomatiseerde besluiten die *niet* gebaseerd zijn op profilering. Volgens de Nederlandse wetgever moet in het kader van het bestuursrecht worden gedacht aan de uitoefening van gebonden bestuursbevoegdheden, waarbij het bestuur 'geringe beoordelingsruimte' heeft.[64] Voorbeelden zijn besluiten over studiefinanciering, kinderbijslag of verkeersboetes.[65] Artikel 40 Uitvoeringswet AVG heeft dus geen betrekking op profilering.

In de wetsgeschiedenis bij de Uitvoeringswet AVG heeft de wetgever gesteld dat deze generieke uitzonderingsgrond in lijn is met het Unierecht. Hij brengt eerst de kerngedachte achter het verbod op geautomatiseerde besluitvorming in herinnering door te wijzen op considerans 71 van de verordening. De ratio achter dit verbod zou volgens hem zijn dat

> "[n]iemand mag worden onderworpen aan de gevolgen van een besluit enkel en alleen op basis van kenmerken van een bepaalde groep waartoe hij of zij behoort. De ratio van deze bepaling is dat het in dit licht bijzonder kwetsbaar is om besluitvorming te baseren op enkele persoonskenmerken (…). De negatieve kenmerken van een bepaalde groep worden op deze wijze immers tegengeworpen aan een individu, die deze kenmerken helemaal niet hoeft te hebben."[66]

Wanneer op basis van een gebonden bestuursbevoegdheid geautomatiseerd een besluit wordt genomen zou volgens hem geen sprake zijn van 'het tegenwerpen van generieke kenmerken aan een persoon, of van verwerkingen van persoonsgegevens die risicovol zijn in het licht van potentiële discriminatie'.[67] Er zou dan geen reden zijn om 'vanuit het belang van bescherming van persoonsgegevens' geautomatiseerde besluitvorming te verbieden.[68]

---

63 In de evaluatie van de Uitvoeringswet AVG wordt gesteld dat art. 40 Uitvoeringswet AVG "niet strookt met de tekst, de plaats en de toelichting van de Europese wet (…) Uit de memorie van toelichting bij de UAVG blijkt dat de wetgever art. 22 AVG ziet als een verbod op profilering en geautomatiseerde besluitvorming. Weliswaar geen algemeen of absoluut verbod, maar wel een verbod. De letterlijke tekst van art. 22 AVG spreekt echter niet over een verbod. In art. 22 AVG, dat bovendien is geplaatst in hoofdstuk III Rechten van betrokkene, staat dat de betrokkene het recht heeft om niet te worden onderworpen aan een uitsluitend op geautomatiseerde verwerking, waaronder profilering, gebaseerd besluit waaraan voor hem rechtsgevolgen zijn verbonden of dat hem anderszins in aanmerkelijke mate treft." Zie hierover Pro Facto & Hooghiemstra en Partners 2022, p. 115. In de wetsevaluatie wordt verwezen naar Tosoni 2021, p. 145-162; Bygrave 2021, p. 96-101. In *Schufa I* buigt het Hof zich over de vraag of art. 22 AVG een *recht* of een *verbod* bevat. Het Hof brengt in herinnering dat art. 22 AVG aan de betrokkene het *recht* toekent om niet te worden onderworpen aan een besluit dat gebaseerd is op profilering dan wel automatische gegevensverwerking. Deze terminologie kan doen vermoeden dat de betrokkene een actief beroep moet doen op dit artikel. Net als de A-G, stelt het Hof echter dat dit niet het geval is. Art. 22 AVG 'stelt een fundamenteel verbod in, waarvan de schending niet individueel door een dergelijke betrokkene hoeft te worden aangevoerd': HvJ EU 16 maart 2023, ECLI:EU:C:2023:220, r.o. 31 (*Schufa I* (conclusie A-G Pikamäe)). Zie ook: HvJ EU 7 december 2023, ECLI:EU:C:2023:957, r.o. 53 (*Schufa I*).

64 *Kamerstukken II* 2017/18, 34851, nr. 3, p. 120.

65 *Kamerstukken II* 2017/18, 34851, nr. 3, p. 120-121.

66 *Kamerstukken II* 2017/18, 34851, nr. 3, p. 46.

67 *Kamerstukken II* 2017/18, 34851, nr. 3, p. 120.

68 *Kamerstukken II* 2017/18, 34851, nr. 3, p. 121.

Ten aanzien van profilering ligt de zaak anders. In de Uitvoeringswet AVG heeft de wetgever welbewust niet voorzien in een algemene wettelijke grondslag voor geautomatiseerde besluitvorming die gebaseerd is op profilering.[69] Bij dergelijke besluiten, zo valt in de memorie van toelichting te lezen, zouden de risico's die in considerans 71 van de AVG worden benoemd – potentiële discriminatie en het tegenwerpen van generieke kenmerken aan een persoon – zich juist wél kunnen voordoen.[70]

In een reactie op het advies van de Afdeling advisering over de Uitvoeringswet AVG stelt het kabinet dat profilering zich er naar haar aard niet toe leent om te worden genormeerd door middel van algemene wetgeving. De Uitvoeringswet AVG maakt het niet mogelijk "om als er sprake is van profilering af te wijken van artikel 22 AVG. Als de routineuze geautomatiseerde besluitvorming immers niet is gebaseerd op objectief vastgestelde criteria maar op statistische patronen en profielen dan is het onmogelijk om in een algemene wettelijke regeling als de onderhavige het besluitvormingsproces zodanig zorgvuldig in te richten dat de menselijke tussenkomst kan worden gemist."[71] Kortom: op profilering gebaseerde geautomatiseerde besluitvorming in de zin van artikel 22, eerste lid, AVG is alleen toegestaan als deze te herleiden is tot een specifieke grondslag in sectorale wetgeving.

4.3.2 Het Schufa *arrest*

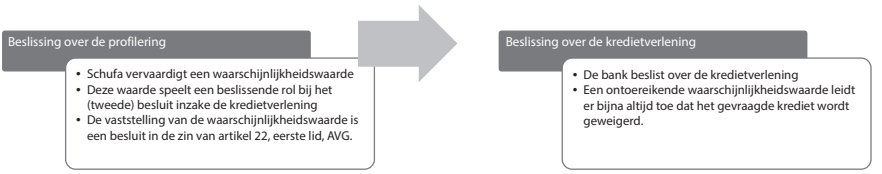
In *Schufa I* heeft het Hof van Justitie zich voor het eerst gebogen over de reikwijdte van artikel 22 AVG.[72] Deze zaak ziet op een vordering die is ingesteld tegen een kredietbureau – Schufa – dat scores vaststelt over de kredietwaardigheid van consumenten. Aan de hand van een wiskundig-statistische methode voorspelt dit kredietbureau of een consument een lening kan terugbetalen.[73] Deze gegevensanalyse resulteert in een *waarschijnlijkheidswaarde* die wordt verstrekt aan derden, zoals banken. Bij een hoog risico werd de kredietaanvraag bijna altijd afgewezen. Deze afwijzing vond handmatig plaats, ná menselijke interventie. In casu weigert een bank een kredietaanvraag, nadat zij van Schufa negatieve informatie heeft ontvangen over de betrokkene. In de procedure die hierna volgt, gaat het Hof stapsgewijs na of het geautomatiseerd vaststellen van een waarschijnlijkheidswaarde over het vermogen van de betrokkene om een lening af te lossen geldt als een op profilering gebaseerd besluit in de zin van artikel 22, eerste lid, AVG.

Allereerst onderzoekt het Hof van Justitie of sprake is van een *besluit*.[74] Volgens het Hof is dit het geval. Het constateert dat de Uniewetgever heeft nagelaten dit begrip in de AVG te omschrijven. Toch leidt het Hof uit de verordening af dat dit begrip een ruime strekking heeft.[75] Dit oordeel baseert het op de bewoording van artikel 22, eerste lid, AVG en considerans 71. In navolging van A-G Pikamäe constateert het op grond van artikel 22, eerste lid, AVG dat

69 *Kamerstukken II* 2017/18, 34851, nr. 3, p. 122.
70 *Kamerstukken II* 2017/18, 34851, nr. 3, p. 122.
71 Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State inzake de Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming en het bijbehorende Nader rapport, *Kamerstukken II* 2017/18, 34851, nr. 4, p. 46.
72 HvJ EU 7 december 2023, ECLI:EU:C:2023:957, r.o. 14 (*Schufa I*).
73 HvJ EU 7 december 2023, ECLI:EU:C:2023:957 (*Schufa I*).
74 HvJ EU 7 december 2023, ECLI:EU:C:2023:957, r.o. 44 (*Schufa I*).
75 HvJ EU 7 december 2023, ECLI:EU:C:2023:957, r.o. 44-46 (*Schufa I*).

een besluit 'verschillende handelingen kan omvatten die de betrokkene op verschillende manieren kunnen treffen'.[76] Tevens stelt het Hof dat '[d]e ruime strekking van het begrip "besluit" wordt bevestigd door considerans 71 van de AVG, volgens welke een besluit over persoonlijke aspecten betreffende een persoon (…) 'een maatregel kan behelzen […] waaraan voor hem rechtsgevolgen zijn verbonden' of 'hem op vergelijkbare wijze aanmerkelijk [kan treffen]'. Bezien tegen het voorgaande stelt het Hof dat het AVG-besluitbegrip 'voldoende ruim [is] om ook te zien op het resultaat van de solvabiliteitsberekening van een persoon in de vorm van een waarschijnlijkheidswaarde die gebaseerd is op het vermogen van die persoon om in de toekomst betalingsverplichtingen na te komen'.[77]

> Belangrijk om hier voor ogen te blijven houden is dat er in casu sprake is van twee besluiten. Allereerst is er een besluit om te profileren van Schufa. Dit betreft een AVG-besluit in de zin van artikel 22, eerste lid, van de verordening. Tevens is er een besluit inzake de kredietverlening door de bank. Dit betreft een private rechtshandeling.



Vervolgens bekijkt het Hof of er sprake is van profilering. Net als de A-G stelt het kort en bondig dat hiervan in casu sprake is.[78] Schufa verwerkt persoonsgegevens onder andere om te voorspellen of een betrokkene in de toekomst in staat is om een lening af te lossen. Daarmee verricht dit kredietbureau een gegevensverwerking waarmee bepaalde persoonlijke aspecten van de betrokkene worden geëvalueerd. Deze verwerking valt aldus onder de definitie van profilering zoals neergelegd in artikel 4, onderdeel 4, AVG.[79]

Tot slot gaat het Hof na of er sprake is van een besluit met *rechtsgevolgen* dan wel een besluit dat de betrokkene *in aanmerkelijke mate treft.* Uit de informatie die het heeft ontvangen van de nationale rechter volgt volgens het Hof dat de handelswijze van de bank 'hoofdzakelijk' wordt bepaald door de waarschijnlijkheidswaarde van Schufa. Een ontoereikende waarde heeft immers in 'bijna alle gevallen' weigering van de kredietaanvraag tot gevolg.[80] Op basis hiervan stelt het Hof dat de waarschijnlijkheidswaarde die aan de bank is verstrekt door Schufa een *beslissende rol* speelt bij de kredietverlening.[81] De profilering werkt immers door in de private rechtsverhouding tussen de betrokkene en de bank. Deze constatering indachtig, concludeert het Hof dat Schufa een op profilering gebaseerd besluit in de zin

76 De A-G heeft, in lijn met art. 22 AVG, een onderscheid gemaakt tussen besluiten die rechtsgevolgen hebben en besluiten die de betrokkene anderszins treffen. Dit laatste houdt in dat de gevolgen van het besluit 'niet noodzakelijkerwijs juridisch, maar eerder economisch en sociaal zijn'. Zie hierover HvJ EU 16 maart 2023, ECLI:EU:C:2023:220, r.o. 38 (*Schufa I* (conclusie A-G Pikamäe)).

77 HvJ EU 7 december 2023, ECLI:EU:C:2023:957, r.o. 46 (*Schufa I*).

78 HvJ EU 16 maart 2023, ECLI:EU:C:2023:220, r.o. 33 (*Schufa I* (conclusie A-G Pikamäe)); HvJ EU 7 december 2023, ECLI:EU:C:2023:957, r.o. 47 (*Schufa I*).

79 Dit werd in de procedure ook niet betwist. Zie: HvJ EU 16 maart 2023, ECLI:EU:C:2023:220, r.o. 33 (*Schufa I* (conclusie A-G Pikamäe)).

80 HvJ EU 7 december 2023, ECLI:EU:C:2023:957, r.o. 48 (*Schufa I*).

81 HvJ EU 7 december 2023, ECLI:EU:C:2023:957, r.o. 50 (*Schufa I*).

van artikel 22, eerste lid, AVG heeft genomen dat 'op zijn minst in aanmerkelijke mate gevolgen heeft voor de betrokkene'.[82] Dat het uiteindelijke besluit over de kredietverlening door de bank door middel van menselijke interventie werd genomen, doet hieraan niet af.

> In de *SyRI*-uitspraak – die in paragraaf 4.4 uitgebreid aan bod komt – heeft de Rechtbank Den Haag overwogen dat de verwerking van persoonsgegevens voor risicoprofileringsdoeleinden de betrokkene al snel in aanmerkelijke mate raakt in zijn privéleven. "Hoewel naar het oordeel van de rechtbank de inzet van SyRI (…) als zodanig niet op rechtsgevolg is gericht – niet civielrechtelijk en evenmin bestuurs- of strafrechtelijk – heeft een risicomelding wel een aanmerkelijk effect op het privéleven van degene op wie de melding betrekking heeft. (…) Dat een risicomelding niet steeds tot verder onderzoek hoeft te leiden, of tot een (bestuursrechtelijke of strafrechtelijke) sanctie en ook niet als enige basis voor een handhavingsbesluit mag worden gebruikt, doet niet af aan het aanmerkelijke effect op het privéleven van een betrokkene."[83]

Later in de uitspraak verricht het Hof een gedachte-experiment: zou artikel 22, eerste lid, AVG ook restrictief kunnen worden geïnterpreteerd? Dan zou de instantie die beslist over de kredietverlening – de bank – de verwerkingsverantwoordelijke zijn die het AVG-besluit zou nemen. Het Hof stelt echter dat in dat geval 'een leemte ontstaat in de rechtsbescherming'.[84] Dat geldt met name voor de verwezenlijking van de AVG-transparantieverplichtingen. Uit artikel 15, eerste lid, onderdeel h, AVG volgt als gezegd dat de betrokkene onder meer het recht heeft om informatie te ontvangen over het bestaan van geautomatiseerde besluitvorming, inclusief profilering, en nuttige informatie over de onderliggende logica. Als de waarschijnlijkheidswaarde die het kredietbureau vervaardigt niet wordt gezien als een AVG-besluit, dan kan de betrokkene jegens dit bureau geen beroep doen op artikel 15, eerste lid, onderdeel h, AVG. Als de betrokkene zich vervolgens wendt tot de bank, dan kan hij dit recht evenmin effectueren. De bank zal namelijk meestal niet beschikken over de in artikel 15, eerste lid, onderdeel h, genoemde informatie.[85] Om die reden acht het Hof van belang dat de instantie die de profilering verricht – in casu Schufa – zelf door de betrokkene kan worden aangesproken op de verrichte profilering.

4.3.3 Profilering en het bestuursrecht

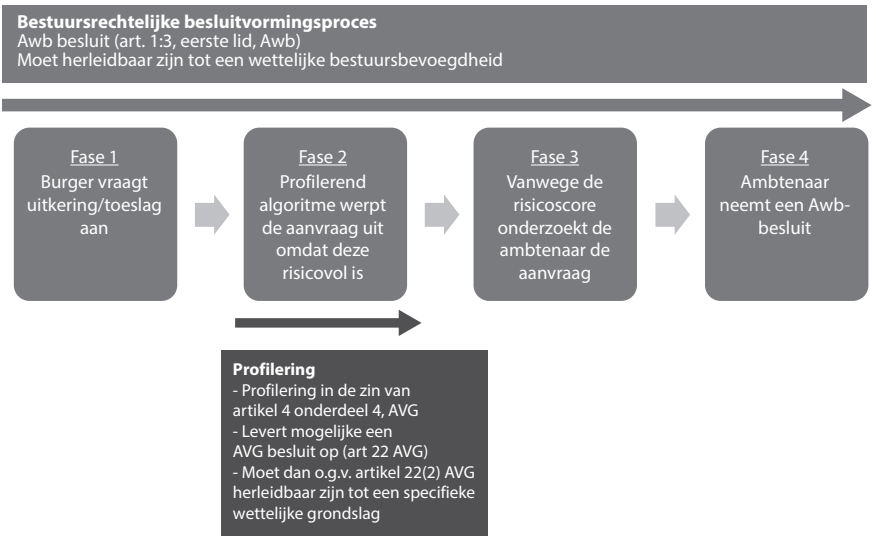
Hoewel de uitspraak *Schufa I* ziet op risicoprofilering door twee partijen in de private sector, heeft zij ook relevantie voor de profileringspraktijken van Nederlandse bestuursorganen. Dit geldt ook voor situaties waarin de profilering binnen één en dezelfde organisatie plaatsvindt. Het Hof heeft in deze uitspraak immers voor het eerst verduidelijkt wanneer het vervaardigen van een risicoscore resulteert in een op profilering gebaseerd besluit in de zin van artikel 4, onderdeel 4, AVG en artikel 22, eerste lid, AVG. Deze verduidelijking beperkt zich niet tot de situatie waarin meerdere partijen bij de profilering zijn betrokken.

Wat betreft artikel 4, onderdeel 4, AVG zal moeten worden nagegaan of een bestuursorgaan middels de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens persoonlijke aspecten

82 HvJ EU 7 december 2023, ECLI:EU:C:2023:957, r.o. 49 (*Schufa I*).
83 Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, r.o. 6.59 (*SyRI*). Zie hierover ook Hof Amsterdam 4 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:793, r.o. 3.19 (*X/Uber*).
84 HvJ EU 7 december 2023, ECLI:EU:C:2023:957, r.o. 61 (*Schufa I*).
85 HvJ EU 7 december 2023, ECLI:EU:C:2023:957, r.o. 63 (*Schufa I*).

van de betrokkene evalueert. Zoals reeds toegelicht in paragraaf 4.2, zetten Nederlandse bestuursorganen risicoprofilering veelal in om te bepalen hoe de bestuurlijke capaciteit in de primaire besluitvormings- of handhavingsfase zal worden ingezet. Onderzoekswaardige casus die het systeem uitwerpt, worden door ambtenaren veelal extra gecontroleerd. In de terminologie van artikel 4, onderdeel 4, AVG doet het bestuur in dat geval een voorspelling over het gedrag en de betrouwbaarheid van de betrokkene.[86]

Wat betreft de vraag of de profilering resulteert in een besluit in de zin van artikel 22 AVG, zal moeten worden verduidelijkt welk effect het heeft gesorteerd in het besluitvormingsproces. Belangrijk om op te merken is dat hier twee besluitbegrippen door elkaar lopen. Ten eerste is er sprake van een besluit als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, Awb. Ten tweede is hier (mogelijk) sprake van een op profilering gebaseerd besluit in de zin van artikel 22, eerste lid, AVG (AVG-besluit).



Zoals bovenstaand schema laat zien, bestaat een besluitvormingsproces uit verschillende fases. Stel, een burger vraagt om een besluit, bijvoorbeeld ten behoeve van een bijstandsuitkering (fase 1). De gegevens die voor de aanvraag zijn verstrekt worden vervolgens door een profilerend algoritme verwerkt. Uit het algoritme volgt dan een score, waaruit blijkt dat de aanvraag risicovol is en extra gecontroleerd moet worden (fase 2). Vervolgens onderzoekt een ambtenaar de uitgeworpen aanvraag (fase 3). Tot slot neemt het bestuur naar aanleiding van de initiële aanvraag een Awb-besluit (fase 4). De vraag of de profilering die in fase 2 wordt verricht valt binnen de reikwijdte van artikel 22, eerste lid, AVG, kan

86 Zie hierover ook Rb. Amsterdam 11 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1019, r.o. 4.45 (*Ola*).

in abstracto niet worden beantwoord.[87] Het antwoord zal, *Schufa I* indachtig, afhangen van de wijze waarop het besluitvormingsproces is opgezet.[88] Gekeken moet worden naar de feitelijke interne werkpraktijk van het bestuur en de regels die hiervoor gelden. Meer specifiek moet worden bezien welke feitelijke effecten de profilering heeft in fase 3 en 4. Wordt de handelswijze van de ambtenaar die de risicoscore ontvangt 'hoofdzakelijk' bepaald door deze score, dan is vermoedelijk sprake van een besluit waaraan rechtsgevolgen zijn verbonden dan wel een besluit dat de betrokkene in aanmerkelijke mate treft. Nationale rechters en het Hof van Justitie zullen dit hoofdzakelijkheidscriterium, eventueel met behulp van de eerdergenoemde richtsnoeren van de Artikel 29 Werkgroep, per casus moeten invullen. In dat geval zullen zij moeten kunnen reconstrueren of en, zo ja, welke rol de profilering heeft gespeeld in het bestuurlijke besluitvormingsproces.

> Hoewel het niet mogelijk is om in abstracto een oordeel te vellen over de toelaatbaarheid van profileringspraktijken van Nederlandse bestuursorganen, is het wel mogelijk om dit vraagstuk op grond van de piketpalen die in *Schufa* zijn geslagen nader te doordenken. Stel dat een interne bestuurlijke werkinstructie is opgesteld waaruit volgt dat een uitworp uit het systeem leidt tot stopzetting van een toeslag of uitkering door een ambtenaar. Er wordt geen additioneel onderzoek gedaan naar mogelijk frauduleus handelen van de aanvrager. In dat geval is er sprake van een besluit in de zin van artikel 22 AVG (n.a.v. de profilering) en een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb (n.a.v. de stopzetting van de toeslag of uitkering). Het Awb-besluit om de uitkering stop te zetten wordt dan immers bepaald door de middels geautomatiseerde verwerking vastgestelde profilering.
>
> Als het verband tussen de profilering en het Awb-besluit verder verwijderd is, kan de zaak mogelijk anders liggen. Stel dat de uitworp uit het profileringssysteem ertoe leidt dat het bestuur op basis van zijn wettelijke onderzoeksbevoegdheden nieuwe informatie opvraagt bij de burger of op andere wijze deze inzet om extra onderzoek te doen. Het effect van de uitworp moet dan in kaart worden gebracht. Gaat het bestuur nadat de uitworp heeft plaatsgevonden enkel op zoek naar bewijs dat het eigen vermoeden bevestigt ('de geprofileerde burger is een fraudeur')?[89] Is dat het geval, dan zal vanwege het hoofdzakelijkheidscriterium vermoedelijk sprake zijn van een besluit in de zin van artikel 22 AVG. Dat hoeft echter niet het geval te zijn als het bestuur op zoek gaat naar ontlastend bewijs omdat het bijvoorbeeld rekening houdt met het scenario dat de aanvrager onbewust een vergissing heeft gemaakt.
>
> Ten aanzien van alle bovenstaande scenario's is het maar de vraag in hoeverre door middel van bijvoorbeeld schriftelijke werkinstructies is gedocumenteerd hoe in het besluitvormingsproces moet worden omgegaan met dergelijke profilering. Als deze documentatie ontbreekt, dan zal het voor de betrokkene vermoedelijk niet mogelijk zijn om te achterhalen wat voor effect de profilering heeft gehad.

Profilering in de sociale zekerheid

Als gezegd biedt de Uitvoeringswet AVG geen grondslag voor het nemen van een op profilering gebaseerd besluit in de zin van artikel 22 AVG. De wetgever heeft daar welbewust

87 Zie hierover ook A-G Pikamäe: "Mijns inziens dient per geval te worden onderzocht of een ten aanzien van de betrokkene ingenomen standpunt als een 'besluit' kan worden aangemerkt, en dient hierbij rekening te worden gehouden met de specifieke omstandigheden en de ernst van de gevolgen voor de juridische, economische en sociale positie van de betrokkene." HvJ EU 16 maart 2023, ECLI:EU:C:2023:220, r.o. 39 (*Schufa I* (conclusie A-G Pikamäe)).

88 Zie in vergelijkbare zin: HvJ EU 16 maart 2023, ECLI:EU:C:2023:220, r.o. 42 (*Schufa I* (conclusie A-G Pikamäe)).

89 In dat geval treedt mogelijk confirmation (automation) bias op. Zie hierover in detail paragraaf 4.5.1.

van afgezien omdat profilering zich naar haar aard niet leent voor normering middels algemene wetgeving.[90] In de Awb en bijzondere (sectorale) wetgeving zijn evenmin specifieke grondslagen opgenomen over een eventuele profileringsbevoegdheid van Nederlandse bestuursorganen. Zoals reeds toegelicht in paragraaf 4.1 en 4.2, maken zij in de praktijk echter wel gebruik van profilering om de onderzoekswaardigheid van burgers te bepalen. Dit gebeurt bijvoorbeeld in het socialezekerheidsrecht. De bestuursrechter heeft zich inmiddels meermaals gebogen over de toelaatbaarheid van zulke profilering.[91] Deze jurisprudentie van de bestuursrechter komt aan bod in paragraaf 4.6. Voor nu volstaat het om op te merken dat de bestuursrechter dergelijke profilering in beginsel toestaat. Met het oog op efficiëntie, effectiviteit, kostenbesparing en het belang van fraudebestrijding zijn bestuursorganen bevoegd om bij het toepassen van hun *algemene onderzoeksbevoegdheid* risicoprofilering te gebruiken.[92] Dit heeft de Centrale Raad van Beroep (CRvB) geoordeeld in *X/College van B&W Schiedam,* al wordt in de uitspraak niet geëxpliciteerd of met deze algemene onderzoeksbevoegdheid wordt gedoeld op artikel 3:2 Awb.[93]

> De betrokkenen ontvangen een bijstandsuitkering naar de norm voor gehuwden. Het Schiedamse college van B&W stelt in het kader van de pilot *Onderzoek naar Vermogen in het Buitenland* een risicoprofiel op waarmee het bijstandsontvangers controleert. Burgers die op 1 januari 2011 ouder dan 50 jaar zijn, een bijstandsuitkering ontvangen, uit een ander land dan Nederland afkomstig zijn en vakantiemeldingen hebben van dertig dagen of langer in één of meerdere kalenderjaren vanaf januari 2009 worden extra onderzocht. Het onderzoek dat op de profilering volgt, wijst uit dat de betrokkenen in Turkije een appartement en een stuk grond hebben ter waarde van meer dan € 90.000. Dit leidt tot intrekking van de uitkering. De betrokkenen stellen dat het college deze bevindingen niet ten grondslag mag leggen aan het besluit, omdat dit bewijs onrechtmatig verkregen is.
>
> Volgens de CRvB is het gebruik van risicoprofielen voor het doen van gericht onderzoek toegestaan. In dat kader benadrukt hij vooral het fraudebestrijdingsbelang van de staat: "[m]et de uitvoering van de bijstandswetgeving zijn immers aanzienlijke publieke middelen gemoeid. Om te bereiken dat die middelen op de juiste wijze worden besteed, en dat misbruik wordt voorkomen, en aldus te bewerkstelligen dat het maatschappelijk draagvlak voor de uitvoering in stand blijft, is controle, en nadien indien nodig handhaving, van zeer groot belang. De kosten van controle kunnen, uitgedrukt in menskracht en geld, zeer hoog zijn, niet alleen voor het bestuursorgaan, bijvoorbeeld in gevallen als deze met onderzoeken in het buitenland, maar ook voor degenen, die met de controle worden geconfronteerd. Het bijstandsverlenend orgaan kan daarom in de uitoefening van de algemene onderzoeksbevoegdheid in beginsel niet de ruimte worden ontzegd om redenen van efficiëntie en effectiviteit gerichte vormen van onderzoek te beperken tot bepaalde groepen bijstandsgerechtigden waar, gelet op de kenmerken van die groep en vorm van onderzoek, een grotere kans bestaat dat het onderzoek bijdraagt aan de juiste uitvoering van de bijstandswetgeving."[94]

In de zaak *Verwonderadressen,* die in paragraaf 4.6.2 aan bod zal komen, heeft de CRvB vervolgens verduidelijkt dat de risicoprofilering die het bestuur verricht niet in strijd mag

90 Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State inzake de Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming en het bijbehorende Nader rapport, *Kamerstukken II* 2017/18, 34851, nr. 4, p. 46.
91 Paragraaf 4.6.2.
92 CRvB 14 april 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1229, r.o. 4.3.1-4.3.3 (*X/College van B&W Schiedam*).
93 CRvB 14 april 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1229 (*X/College van B&W Schiedam*).
94 CRvB 14 april 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1229, r.o. 4.3.3 (*X/College van B&W Schiedam*).

zijn met de beginselen van behoorlijk bestuur, het recht op respect voor het privéleven (art. 8 EVRM) en het discriminatieverbod (art. 14 EVRM en artikel 1 Protocol 12 bij het EVRM).[95]

Opvallend aan deze rechtspraak is dat de AVG (voorheen de Wbp) schittert door afwezigheid. Artikel 22 AVG wordt nauwelijks als rechtsbron gebruikt door procespartijen of de bestuursrechter.[96] "[H]oewel er in het bestuursrecht veel geprocedeerd wordt bij geschillen over primaire geautomatiseerde besluiten", zo stellen de onderzoekers die de Uitvoeringswet AVG hebben geëvalueerd, "is zelden waar te nemen dat artikel 40 UAVG (en 22 AVG) als rechtsbron wordt gebruikt."[97] Experts die hebben bijgedragen aan deze wetsevaluatie hebben aangegeven dat dit vermoedelijk "is veroorzaakt doordat er geen expliciete relatie is gelegd met sectorale wetgeving of de Algemene wet bestuursrecht. Als algemeen punt geldt dit breder voor het bestuursrecht. De geschiedenis laat zien dat het gegevensbeschermingsrecht en het bestuursrecht twee gescheiden werelden bleven. Dit is dan ook geen verrassende conclusie maar wel een die met ongewijzigde keuzen niet als vanzelf tot veranderingen leidt."[98]

Het is thans onduidelijk waarom artikel 22 AVG nauwelijks een rol speelt in bestuursrechtelijke procedures waarin de inzet van risicoprofilering door bestuursorganen ter discussie wordt gesteld. Ook is het maar de vraag in hoeverre dit in lijn is met artikel 8:69 Awb. Zelfs wanneer een procespartij nalaat gronden over het verbod van artikel 22 AVG aan te voeren, zou de bestuursrechter uit eigen beweging moeten nagaan of dit verbod van toepassing is. Op grond van artikel 8:69, tweede lid, Awb dient hij immers ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen. Dit betekent dat de bestuursrechter binnen de feitelijke grondslag van het geding 'de gronden van het beroep in juridische termen [dient] te vertalen'.[99] Binnen de reikwijdte van de feitelijke grondslag van het geding dient hij het 'gehele objectieve recht' – waaronder ook hoger recht zoals het Unierecht – toe te passen op het geschil.[100] Dat de bestuursrechter geschillen over profilering alleen beslecht op basis van het EVRM en de beginselen van behoorlijk bestuur, maar nauwelijks acht slaat op de AVG is lastig verenigbaar met deze rechterlijke plicht. In het licht van de effectieve doorwerking van Unierecht – waarvoor de bestuursrechter als Europese *juge commune* verantwoordelijkheid draagt – zou meer duidelijkheid moeten worden gecreëerd over de toelaatbaarheid van deze praktijk.

Niet alleen in de rechtspraak, maar ook in de uitvoeringspraktijk lijkt artikel 22 AVG nauwelijks een rol te spelen. Deels zou dit te maken hebben met het gebrek aan kennis over de vraag wat profilering in de zin van de AVG precies inhoudt, waardoor in de praktijk al snel de conclusie wordt getrokken dat van profilering geen sprake is.[101] Zo verkeerden de Belastingdienst en de Dienst Toeslagen sinds 2018 in de veronderstelling

95 CRvB 14 april 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1229, r.o. 4.4.2 (*X/College van B&W Schiedam*); CRvB 8 december 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:3294, r.o. 4.4 (*Verwonderadressen*).
96 Dit wordt bevestigd in de evaluatie van de Uitvoeringswet AVG: Pro Facto & Hooghiemstra en Partners 2022, p. 118.
97 Pro Facto & Hooghiemstra en Partners 2022, p. 118.
98 Pro Facto & Hooghiemstra en Partners 2022, p. 118.
99 Brugman 2010, p. 119. Zie hierover in detail hoofdstuk 6, paragraaf 6.2.2.
100 Ortlep & Widdershoven 2017, p. 416.
101 Rekenkamer Metropool Amsterdam 2023, p. 42 en 115-117.

dat de profilering die werd verricht om de onderzoekswaardigheid van toeslagaanvragen en aangiften te beoordelen, geen profilering in de zin van de AVG behelsde.[102] Zelfs als zou worden aangenomen dat er sprake was van profilering, dan zou artikel 22 AVG volgens hen nog steeds niet van toepassing zijn omdat de profilering als zodanig niet resulteert in een geautomatiseerd Awb-besluit. "Dit omdat werd geoordeeld dat de selectie van aangiften dan wel aanvragen op zichzelf niet leidt tot een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) of een besluit dat de belanghebbende anderszins in aanmerkelijke mate treft. Het besluit om bijvoorbeeld na een selectie van een ingediende aangifte af te wijken, geschiedt in beginsel immers altijd na menselijke tussenkomst."[103] Naar aanleiding van *Schufa I* hebben de Belastingdienst en Dienst Toeslagen zich beraden op de vraag of hun profileringspraktijken vallen onder de reikwijdte van artikel 22, eerste lid, AVG. Is dat het geval, dan kan deze profilering ingevolge artikel 22, tweede lid, AVG alleen rechtmatig plaatsvinden als in bijzondere wetgeving hiervoor een grondslag te vinden is.

> In de nasleep van de toeslagenaffaire is door verschillende partijen, waaronder het College voor de Rechten van de Mens, de AP en PwC, onderzoek gedaan naar de profileringspraktijken van de Belastingdienst en de Dienst Toeslagen.[104] Deze onderzoeken, die in paragaaf 4.6 aan bod komen, laten zien dat het lastig is om te reconstrueren hoe deze profilering in het verleden heeft plaatsgevonden en wat haar precieze effect is geweest. Illustratief is een rapport van PwC over de profilering van burgers die aangiften inkomstenbelasting hebben gedaan. "Veel noodzakelijke documentatie, waarvan de onderzoekers hadden verwacht deze aan te treffen, bleek niet te bestaan. De inhoudelijke kennis van de motivatie en totstandkoming van de query's en de analyse aan de Poort was beperkt tot een kleine kring van medewerkers. Binnen deze kring werd veel mondeling gewisseld en vond structurele vastlegging van keuzes en besluiten niet plaats. Daarnaast bleken op grond van de AVG alle resultaten van de analyse aan de Poort te zijn verwijderd uit de systemen van de Belastingdienst. Door beperkte vastlegging van de werkprocessen van de detectie aan de Poort is niet meer te achterhalen om welke reden een aangifte van een burger is aangemerkt voor behandeling in intensief toezicht."[105] Desondanks is inmiddels duidelijk dat de profilering die aan de Poort plaatsvond werd vastgelegd in de fraudeapplicatie FSV. In totaal waren 102.000 FSV-registraties afkomstig uit de profilering aan de Poort.[106] Circa 40% van de burgers die in de FSV waren geregistreerd, hadden de indicatie '1x1'.[107] Deze indicatie werd door verschillende onderdelen van de Belastingdienst uiteenlopend geïnterpreteerd. Ze had als gevolg dat medewerkers van de afdeling Invordering en het Landelijk Incasso Centrum onderzoek zouden moeten doen omdat mogelijk sprake zou zijn van fraude.[108] Binnen sommige onderdelen van de Dienst werd de indicatie echter opgevat als bewezen fraude. Volgens PwC hebben FSV-registraties voor burgers mogelijk (grote) financiële consequenties gehad. Zo zijn burgers die in deze fraudeapplicatie waren opgenomen uitgesloten van de Minnelijke Schuldregeling Natuurlijke Personen (MSNP) of een persoonlijke betalingsregeling.[109] Ook valt niet uit te sluiten dat FSV-registraties als zodanig hebben geleid tot ambtshalve stopzettingen en correcties van toeslagen.[110]

102 Brief van de Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst en de Staatssecretaris van Financiën – Toeslagen en Douane van 13 februari 2024, kenmerk 2024 – 0000164006, p. 4.
103 Brief van de Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst en de Staatssecretaris van Financiën – Toeslagen en Douane van 13 februari 2024, kenmerk 2024 – 0000164006, p. 4.
104 PwC 2021a; PwC 2021b; Autoriteit Persoonsgegevens 2021; College voor de Rechten van de Mens 2022; PwC 2022.
105 PwC 2022, p. 9.
106 PwC 2022, p. 7.
107 PwC 2021a, p. 29.
108 PwC 2021a, p. 29 en 35.
109 PwC 2021a, p. 29-30.
110 PwC 2021a, p. 64; Parlementaire enquêtecommissie Fraudebeleid en Dienstverlening 2024, p. 57.

Niet alleen de Belastingdienst en de Dienst Toeslagen hebben zich niet gerealiseerd dat de profilering die zij verrichten mogelijk onder de reikwijdte van artikel 22 AVG valt. Ook bij andere bestuursorganen lijkt dit besef weinig te zijn ingedaald. Zo is uit onderzoek van de Amsterdamse Rekenkamer gebleken dat het Amsterdamse college van B&W ten minste drie profilerende algoritmen hanteert – Detectie illegale passagiersvaart, Detectie illegale onderhuur en Behandeling aanvraag Bbz-uitkering – die voldoen aan de AVG-definitie van proflering.[111] Het college vond echter ten tijde van de implementatie van deze algoritmen dat geen sprake was van profilering. Daardoor is ook niet onderzocht of deze profilering juridisch is toegestaan en zijn betrokkenen hierover niet geïnformeerd. Als verklaring hiervoor wijst de Amsterdamse Rekenkamer op het feit dat deze in gesprekken met de betrokken partijen heeft gemerkt "dat de term 'profilering' als negatief of (bestuurlijk) gevoelig wordt ervaren. De ambtelijke organisatie en de leveranciers willen liever niet (dat hun algoritme) met profilering wordt geassocieerd."[112]

4.4 Transparant profileren: *SyRI*

De vorige paragraaf stond in het teken van het verbod op geautomatiseerde besluitvorming, inclusief profilering, in artikel 22, eerste lid, AVG. In deze paragraaf wordt stilgestaan bij een ander onderwerp dat met profilering verband houdt, te weten het vraagstuk van transparantie. Wanneer een bestuursorgaan voor profileringsdoeleinden persoonsgegevens verwerkt, dan dient het zich te houden aan het Europees gegevensbeschermingsrecht. Dit betekent dat de informatieverstrekkingsplichten en het transparantiebeginsel uit de AVG, die in hoofdstuk 2 aan bod zijn gekomen, ook van toepassing zijn op deze verwerkingen.[113] Zoals echter reeds is gebleken, zijn deze transparantievereisten niet absoluut. Zij kunnen, met een beroep op onder meer artikel 23, eerste lid, AVG, rechtmatig ter zijde worden geschoven.

Dit roept een belangrijke vraag op: in welke gevallen kan het bestuur op legitieme gronden weigeren aan de betrokkene transparantie te bieden over de gegevensverwerkingen die het heeft verricht voor profileringsdoeleinden?

Deze vraag staat centraal in de *SyRI*-uitspraak van de rechtbank Den Haag. *SyRI* was, kort gezegd, een risicoprofileringssysteem waarmee onder meer bijstandsfraude werd opgespoord.[114] De staat weigerde inzichtelijk te maken hoe ten behoeve hiervan persoonsgegevens werden verwerkt. De Rechtbank Den Haag heeft de staat hierin echter teruggefloten. Zij oordeelde dat de wetgeving die *SyRI* van een grondslag voorzag in strijd was met artikel 8 EVRM. De rechtbank is daardoor niet meer toegekomen aan de vraag of de profilering die ten behoeve van *SyRI* werd verricht gold als een op profilering gebaseerd besluit in de zin van artikel 22 AVG.[115] Desondanks is de *SyRI*-uitspraak van groot belang voor de profileringspraktijken

111 Rekenkamer Metropool Amsterdam 2023, p. 116.
112 Rekenkamer Metropool Amsterdam 2023, p. 117.
113 Zie hierover paragraaf 2.3.1.
114 Art. 64 en 65 Wet SUWI.
115 Wel heeft de Rechtbank Den Haag geconstateerd dat SyRI voldoet aan de definitie van profilering zoals neergelegd in art. 4, onderdeel 4, AVG. Zie: Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, r.o. 6.56 en 6.60 (*SyRI*).

van Nederlandse bestuursorganen. De Rechtbank Den Haag heeft namelijk verduidelijkt dat aan de burger een zekere mate van transparantie moet worden geboden over het feit dat zijn gegevens in het kader van fraudeonderzoek voor profileringsdoeleinden zijn verwerkt. In deze paragraaf worden de rechtsoverwegingen uit deze uitspraak die zien op het vraagstuk van transparantie nader belicht. Om deze overwegingen adequaat te kunnen duiden, is het echter van belang om eerst de totstandkoming en wettelijke vormgeving van *SyRI*, en de rol die transparantie daarbij heeft gespeeld, te bespreken.

De wetgeving die SyRI wettelijk verankerde – artikel 64 en 65 SUWI en hoofdstuk 5a Besluit SUWI (SyRI-wetgeving) – werd aangenomen in het Wbp-tijdperk.[116] De *SyRI*-uitspraak van de Rechtbank Den Haag is echter gewezen in het AVG-tijdperk. Om die reden wordt in het vervolg van deze paragraaf soms naar de Wbp en soms naar de AVG verwezen.

4.4.1 Wettelijke vormgeving

SyRI was een instrument dat was ontwikkeld ter voorkoming, opsporing en bestrijding van fraude op het terrein van de sociale zekerheid, inkomensafhankelijke regelingen, belastingen, premies en arbeidswetten. Het betrof een systeem waarin op grote schaal persoonsgegevens van burgers werden gekoppeld en geanalyseerd om risicomeldingen te genereren.[117] Een dergelijke melding impliceerde dat een natuurlijke persoon[118] onderzoekwaardig was in verband met mogelijke fraude, onrechtmatig gebruik of niet-naleving van wetgeving.[119]

SyRI was allerminst een nieuw systeem: het betrof een voortzetting van het systeem *Black box* waarin sinds 2008 aan de hand van geautomatiseerde gegevenskoppelingen risicoprofielen werden gecreëerd om fraude met publieke voorzieningen op te sporen.[120] Om redenen van 'transparantie en heldere taak- en verantwoordelijkheidsverdeling' koos de wetgever, ruim zes jaar nadat *Black Box* het daglicht zag, ervoor dit systeem van een wettelijke grondslag te voorzien.[121] Dit resulteerde uiteindelijk in *SyRI*.

Artikel 65, eerste lid, Wet SUWI, bood de rechtsgrondslag voor de verwerking van gegevens in *SyRI*. Het bepaalde dat de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) hiervoor verantwoordelijk was.[122] Uit dit artikel volgde dat de Minister van SZW eveneens verantwoordelijk was voor het uitvoeren van de risicoanalyses en voor het vaststellen

116 *Stb.* 2013, 405. Besluit van 1 september 2014 tot wijziging van het besluit SUWI in verband met regels voor fraudeaanpak door gegevensuitwisseling en het effectief gebruik van binnen de overheid bekend zijnde gegevens met inzet van SyRI (Besluit SyRI).

117 *Kamerstukken II* 2012/13, 33579, nr. 3, p. 3.

118 Dat kon ook een rechtspersoon zijn. In het vervolg van deze analyse wordt echter enkel in ogenschouw genomen op welke wijze de inzet van SyRI invloed had op natuurlijke personen.

119 *Kamerstukken II* 2012/13, 33579, nr. 3, p. 3.

120 In opdracht van de Landelijke Stuurgroep Interventieteams en met toestemming van het CBP trok de Sociale Inlichtingen en Opsporingsdienst (SIOD), een bijzondere opsporingsdienst van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, hier de kar. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 17060, nr. 390, p. 4; *Kamerstukken II* 2007/08, 17050, nr. 346, p. 1-2; *Kamerstukken II* 2014/15, Aanhangsel van de Handelingen, nr. 428, p. 1-3, het convenant tussen de sociale Inlichtingen- en Opsporingsdienst en de Stichting Inlichtingenbureau van 19 januari 2009, *Stcrt.* 2009, 11 en Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2010, p. 63.

121 *Kamerstukken II* 2014/15, Aanhangsel van de Handelingen, nr. 428, p. 3.

122 *Kamerstukken II* 2012/13, 33579, nr. 3, p. 2-6.

van de risicomodellen. Hij kon echter alleen op verzoek van een samenwerkingsverband analyses met behulp van *SyRI* verrichten. Op grond van artikel 64, eerste lid, Wet SUWI kon een dergelijk verband in ieder geval worden gevormd door verschillende soorten overheidsinstanties, waaronder het UWV, de SVB, gemeentebesturen, de Belastingdienst, de IND en toezichthouders zoals de Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid (Inspectie SZW). De deelnemers aan een dergelijk samenwerkingsverband dienden, mits de Minister van SZW hun verzoek had gehonoreerd, aan hem bestanden met persoonsgegevens te leveren. In wetgeving was vastgelegd dat in het kader van *SyRI* zeventien categorieën van persoonsgegevens konden worden verwerkt: arbeidsgegevens, gegevens inzake bestuursrechtelijke maatregelen en sancties, detentiegegevens, fiscale gegevens, gegevens over roerende en onroerende goederen, handelsgegevens, huisvestingsgegevens, identificerende gegevens, inburgeringsgegevens, nalevingsgegevens, onderwijsgegevens, pensioengegevens, re-integratiegegevens, schuldenlastgegevens, uitkerings- toeslagen- en subsidiegegevens, gegevens over vergunningen en ontheffingen, en zorgverzekeringsgegevens.[123]

> De uiteindelijke gegevensanalyse ten behoeve van *SyRI* vond plaats in twee fases.[124] Eerst pseudonimiseerde het Inlichtingenbureau – waarvan de juridische positie in paragraaf 4.5 wordt besproken – de persoonsgegevens. Dit betekende dat dit bureau de informatie waarmee iemands identiteit kan worden vastgesteld, zoals een bsn-nummer, verving door een code, het pseudoniem. Hierdoor waren de gegevens niet meer herleidbaar tot een natuurlijke persoon. Vervolgens werden de gepseudonimiseerde gegevens getoetst aan het risicoprofiel en de bijbehorende risico-indicatoren. Hieruit volgden potentiële 'treffers': personen die een verhoogd frauderisico vormden. Het Inlichtingenbureau maakte vervolgens de pseudonimisering ten aanzien van hen ongedaan. In de tweede fase onderzocht de analyse-eenheid van de Inspectie SZW de ontsleutelde gegevens. Deze analyse leidde uiteindelijk tot een definitieve risicoselectie. Op basis hiervan genereerde de Minister van SZW een risicomelding die voor twee jaar werd vastgelegd in het 'Register risicomeldingen'. Dit betrof een passieve informatieplicht. "Zo kan de betrokkene desgevraagd worden geïnformeerd over inzake hem verstrekte risicomeldingen", aldus de wetgever.[125]

Werden betrokkenen wier persoonsgegevens in *SyRI* waren verwerkt, hiervan op de hoogte gebracht? Nee. De wetgever erkende dat zij krachtens de informatieverstrekkingsplichten van artikel 33 en 34 Wbp – thans artikel 13 en 14 AVG – geïnformeerd moesten worden over deze verwerkingen. Maar hieraan kon volgens hem ook worden voldaan als in 'algemene zin' voorlichting over de gegevensverwerking in het kader van *SyRI* zou worden gegeven.[126] "Naast de algemene kenbaarheid van de wet zelf", zo overwoog de wetgever, "worden burgers en bedrijven via de gebruikelijke voorlichtingsactiviteiten (brochures, websites, e.d.) van de desbetreffende bestuursorganen erop gewezen dat hun persoonsgegevens kunnen worden uitgewisseld en kunnen worden gekoppeld."[127] Individuen wier persoonsgegevens voor fraude-opsporingsdoeleinden waren verwerkt in *SyRI*, werden dus noch van de gegevensverwerking, noch van de risicomelding persoonlijk op de hoogte

123 Volgens de Afdeling advisering van de Raad van State waren deze categorieën dermate ruim en veelomvattend, dat er nauwelijks gegevens te bedenken waren die niet voor verwerking in aanmerking komen. Zie Afdeling advisering van de Raad van State, W12.14.0102/III, 15 mei 2014, par. 1.

124 *Kamerstukken II* 2012/13, 33579, nr. 3, p. 4-6.

125 *Kamerstukken II* 2012/13, 33579, nr. 3, p. 39.

126 *Kamerstukken II* 2012/13, 33579, nr. 3, p. 23.

127 *Kamerstukken II* 2012/13, 33579, nr. 3, p. 23.

gebracht. Uit zowel de tekst van, als de toelichting op, artikel 33 en 34 Wbp volgde echter dat de betrokkene in beginsel *zelf* van de verwerking op de hoogte moest worden gebracht.[128] Van een gedetailleerde belangenafweging pro en contra het bieden van transparantie aan de betrokkene was in de wetsgeschiedenis echter geen sprake. In de memorie van toelichting benadrukte de wetgever vooral dat het individueel informeren van betrokkenen een onevenredige inspanning zou vergen van de overheid en dat dit mogelijk 'de modus operandi van het systeem zou vrijgeven waardoor calculerende burgers hun gedragingen daarop zouden kunnen aanpassen'.[129] De wetgever heeft echter niet gemotiveerd waarom het bieden van transparantie een onevenredige inspanning zou vergen.

Maar hoe zat het dan met situaties waarin bestuursorganen naar aanleiding van een risicomelding actie ondernamen, een onderzoek startten en daaruit wél een Awb-besluit voortvloeide, zoals de stopzetting en terugvordering van een bijstandsuitkering? Diende het bestuur de burger dan wél te informeren over het feit dat risicoprofilering een rol had gespeeld in de besluitvorming? De passage uit de memorie van toelichting die hierop betrekking had was ambigu. Enerzijds stelde de wetgever: "[i]n het geval van een risicomelding waarop een vervolgactie van handhavers volgt (…) [zal] het belang van het toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften (art. 43, onder d, van de Wbp) al snel in de weg staan om openheid van zaken aan de betrokkene te geven."[130] Meteen daarna stelde hij echter dat de burger 'doorgaans op de hoogte [zal] worden gesteld op het moment dat een formeel onderzoek tegen hem wordt gestart'.[131]

De parlementaire behandeling van het voorstel dat *SyRI* wettelijk verankerde gaf, al met al, nauwelijks aanleiding tot een fundamenteel debat over de inzet van het systeem en de beperkte transparantie jegens de burger. De leden van de Tweede Kamer maakten zich vooral zorgen om de staatskas: zullen de kosten die gemoeid zijn met de uitvoering van SyRI hoger of lager uitvallen dan de boeteopbrengst?[132] Uiteindelijk werd het wetsvoorstel als een hamerstuk afgedaan: tijdens de plenaire vergadering wenste niemand hierover het woord te voeren, met als gevolg dat het zonder stemming werd aanvaard. Het wetsvoorstel werd vermoedelijk als weinig controversieel gezien.

De Afdeling advisering had echter stevige kritiek op de juridische vormgeving van *SyRI*.[133] Deze kritiek had onder andere betrekking op de beperkte transparantie over de gegevensverwerkingen en de risicomeldingen. Zij benadrukte in haar advies dat een risicomelding niet betekenisloos was: 'het gaat om een aanwijzing dat wettelijke voorschriften niet zijn nageleefd'.[134] Indien zij niet leidt tot bestuurlijke maatregelen of straffen, dan zal de burger niet weten dat ten aanzien van hem een risicomelding is gedaan en dat hij voorwerp van onderzoek is geweest. Daarom zal hij volgens de Afdeling advisering 'dus

128 *Kamerstukken II* 1997/98, 25892, nr. 3, p. 18-19, 149-152.
129 *Kamerstukken II* 2012/13, 33579, nr. 3, p. 23.
130 *Kamerstukken II* 2012/13, 33579, nr. 3, p. 23.
131 *Kamerstukken II* 2012/13, 33579, nr. 3, p. 23.
132 Kaal & Hoetink 2020, p. 53.
133 Afdeling advisering van de Raad van State, Ontwerpbesluit houdende regels voor fraudeaanpak door gegevensuitwisselingen en het effectief gebruik van binnen de overheid bekend zijnde gegevens (*Besluit SyRI*), *Stcrt*. 2014, nr. 26306 (Advies Afdeling advisering SyRI).
134 Advies Afdeling advisering SyRI, p. 5.

ook niet op het idee komen te informeren of hij in het register staat vermeld'.[135] Zij gaf de regering daarom ter overweging om de individuele burger wél te informeren over het feit dat ten aanzien van hem een risicomelding was gegenereerd.[136] Tevens zette de Afdeling advisering vraagtekens bij het gebrek aan transparantie over de manier waarop de gegevens in *SyRI* werden verwerkt. Zij constateerde dat geenszins duidelijk was op basis van welke indicatoren en risicomodellen de verwerking zou plaatsvinden.[137] Hierdoor lag volgens haar het gevaar op de loer dat de gegevensanalyses zouden kunnen leiden tot willekeur of een *fishing expedition*.[138] Dit kon volgens de Afdeling advisering worden voorkomen door het *select before you collect*-principe toe te passen bij het opstellen van de risicomodellen. De regering sloeg deze adviezen echter grotendeels in de wind. Dat gold vooral voor het advies om burgers te informeren over de risicomelding. Zij overwoog wederom slechts in algemene termen dat dit een onevenredige inspanning zou vergen van de overheid en dat het de modus operandi van *SyRI* zou vrijgeven waardoor calculerende burgers hun gedrag tactisch konden aanpassen.[139]

4.4.2 De SyRI-*uitspraak*

Pas jaren later vond de kritiek van de Afdeling advisering gehoor in het parlement.[140] Gedreven door het rapport *Big Data in een vrije en veilige samenleving* – waarin de WRR *SyRI* omschreef als een 'omstreden analysesysteem'[141] – verzochten de leden van de Tweede Kamer de regering de gegevensbestanden, algoritmen en analyseermethoden die aan *SyRI* ten grondslag lagen te openbaren.[142] Enige tijd hierna sleepte een brede coalitie bestaande uit maatschappelijke burgerrechtenorganisaties zoals het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten (NJCM), Platform Bescherming Burgerrechten, de FNV en de schrijvers Tommy Wieringa en Maxim Februari de staat inzake *SyRI* voor de civiele rechter. Inzet van het geding was om de SyRI-wetgeving onverbindend te laten verklaren wegens strijd met onder andere artikel 8 EVRM en de AVG.

De coalitie heeft succes geboekt in de rechtszaal: de Rechtbank Den Haag heeft de SyRI-wetgeving onverbindend verklaard. Dat oordeel heeft zij onder andere gebaseerd op artikel 8 EVRM en artikel 5 AVG. Zo heeft de rechtbank gesteld dat de staat in de SyRI-wetgeving het gegevensbeschermingsrechtelijke transparantiebeginsel (art. 5 AVG) onvoldoende in acht heeft genomen.[143] Voordat de rechtbank tot de inhoudelijke toetsing overgaat, schetst zij het juridische kader waarbinnen dit geschil zal worden beslecht. Net als de staat overweegt zij dat fraude met publieke middelen de solidariteit van het stelsel van sociale

135 Advies Afdeling advisering SyRI, p. 5.
136 Advies Afdeling advisering SyRI, p. 5.
137 Advies Afdeling advisering SyRI, p. 3.
138 Advies Afdeling advisering SyRI, p. 3.
139 Nader rapport (reactie op het advies van de Afdeling advisering inzake SyRI) van 14 augustus 2014.
140 Kaal & Hoetink 2020, p. 53.
141 Meuwese 2023, p. 5.
142 *Kamerstukken II* 2017/18, 32761, nr. 118 en *Kamerstukken II* 2017/18, 32761, nr. 112 en Kaal & Hoetink 2020, p. 53-54.
143 Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, r.o. 6.87 (*SyRI*). Deze analyse is deels gebaseerd op Çapkurt & Schuurmans 2021.

zekerheid aantast en dat fraudebestrijding noodzakelijk is om dit stelsel te behouden.[144] Tevens constateert zij dat de overheid door de ontwikkeling van nieuwe technologieën meer mogelijkheden heeft om gegevens van burgers te verzamelen en deze met algoritmen voor profileringsdoeleinden te analyseren.[145]

> Dit is overigens in lijn met vaste jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep (CRvB). Volgens de CRvB mag een bestuursorgaan bij het toepassen van zijn algemene onderzoeksbevoegdheid in beginsel gebruikmaken van risicoprofilering.[146] Dit is toegestaan om redenen van effectiviteit, efficiëntie, kostenbesparing en wegens het grote belang van bestrijding van fraude met overheidsgelden.

De ontwikkeling van nieuwe technologieën heeft volgens de rechtbank echter ook een keerzijde: 'het verzamelen en analyseren van gegevens met behulp van die nieuwe technologieën kan diep ingrijpen op het privéleven van degenen op wie die gegevens betrekking hebben'. De rechtbank stelt dat daarom 'in toenemende mate betekenis toekomt aan het recht op bescherming van persoonsgegevens'.[147] In haar inhoudelijke beoordeling van het geschil constateert ze dat de SyRI-wetgeving op geen enkele manier voorziet in informatie over de profilering, waaronder de gehanteerde risicomodellen of risicoanalyses. Daardoor is onduidelijk welke objectieve feitelijke gegevens gerechtvaardigd tot de conclusie kunnen leiden dat sprake is van een verhoogd frauderisico.[148] Tijdens het proces heeft de staat nagelaten dit inzichtelijk te maken. Hierdoor heeft de rechtbank niet kunnen controleren hoe de 'eenvoudige beslisboom' waarover de staat in het kader van *SyRI* sprak, daadwerkelijk functioneert. Deze transparantiegebreken creëren volgens de rechtbank ten minste twee problemen.

Allereerst kunnen burgers ten aanzien van wie een risicomelding is gedaan zich hiertegen onmogelijk verdedigen. Wegens dit gebrek aan transparantie kunnen zij niet controleren hoe hun persoonsgegevens zijn verwerkt en of deze verwerking in lijn met het gegevensbeschermingsrecht is. Dat geldt ook voor burgers wier gegevens wel in *SyRI* zijn verwerkt, maar die niet hebben geleid tot een risicomelding. Het feit dat hun gegevens binnen vier weken worden vernietigd doet volgens de rechtbank 'niet af aan de vereiste transparantie ten aanzien van die verwerking'.[149] De rechtbank vindt dit gebrek aan transparantie jegens beide categorieën burgers onacceptabel want 'het recht op respect voor het privéleven houdt ook in dat een betrokkene in redelijke mate in staat moet worden gesteld zijn of haar gegevens te volgen'.[150] Daarom zou de wetgever zich juist méér moeten inspannen om voor de burger inzichtelijk te maken of en, zo ja, hoe zijn persoonsgegevens worden verwerkt en wat het effect hiervan op zijn privéleven is.[151]

Ten tweede ligt door dit gebrek aan transparantie volgens de rechtbank het gevaar van stigmatisering op de loer. Omdat zowel het risicomodel als de gehanteerde risico-indicatoren

144 Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, r.o. 6.3 (*SyRI*).
145 Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, r.o. 6.4 (*SyRI*).
146 CRvB 14 april 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1229 (*X/College van B&W Schiedam*).
147 Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, r.o. 6.5 (*SyRI*).
148 Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, r.o. 6.87 (*SyRI*).
149 Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, r.o. 6.90 (*SyRI*).
150 Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, r.o. 6.90 (*SyRI*).
151 Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, r.o. 6.85 (*SyRI*).

tijdens het proces geheim zijn gebleven, heeft de rechtbank niet kunnen controleren of deze (onbedoeld) discriminatoir zijn. Toch is voor haar wel aannemelijk dat de inzet van *SyRI* mogelijk een stigmatiserend en discriminerend effect heeft. Aangezien het systeem vooral in probleemwijken is ingezet, bestaat immers het risico dat onbedoeld verbanden worden gelegd op grond van bias, zoals een lagere sociaal-economische status of een migratieachtergrond.[152] De eisers krijgen op dit punt ook bijval uit Wenen. Philip Alston, rapporteur bij de Verenigde Naties op het gebied van extreme armoede en mensenrechten, heeft zich gewend tot de rechtbank om zijn zorgen te uiten over deze 'digitale stigmatisering' van hulpbehoevende en kwetsbare burgers.[153]

De *SyRI*-uitspraak laat zien dat de wetgever een goede balans moet vinden tussen, enerzijds, de voordelen van de verwerking van gegevens met behulp van risicoprofilering bij de opsporing van fraude en, anderzijds, de controleerbaarheid van deze verwerking.[154] De Rechtbank Den Haag laat er geen twijfel over bestaan: transparantie over de gegevensverwerking, risicoprofilering en fraudeopsporing zijn wel degelijk verenigbaar. Sterker, ze moeten ook daadwerkelijk met elkaar worden verenigd om rechtsbescherming te kunnen verkrijgen tegen profileringspraktijken van het openbaar bestuur. Deze conclusie heeft later bevestiging gevonden in het rapport *Blind voor mens en recht* van de Parlementaire enquêtecommissie Fraudebeleid en Dienstverlening.

> "De commissie constateert dat er bij het uitwisselen, gebruiken en koppelen van persoonsgegevens door de overheid lange tijd onvoldoende aandacht was voor de bescherming van persoonsgegevens. De commissie concludeert dat in de beleids- en uitvoeringspraktijk een valse tegenstelling is gecreëerd tussen fraudebestrijding en de bescherming van persoonsgegevens. Gevolg hiervan was dat de bescherming van persoonsgegevens ondergeschikt is gemaakt aan fraudebestrijding."[155]

4.5 Rechtsbescherming tegen verwerkingen ten behoeve van profilering: de theorie

Uit de *SyRI*-uitspraak volgt dat op grond van onder meer het transparantiebeginsel (art. 5 AVG) de betrokkene moet worden geïnformeerd over de verwerking van zijn gegevens in het kader van profilering.[156] Dat geldt niet alleen voor betrokkenen die volgens het model een verhoogd frauderisico vormen. Ook betrokkenen wier gegevens zijn verwerkt, maar geen frauderisico vormen, moeten hierover worden geïnformeerd.[157] De rechter heeft zich in de *SyRI*-uitspraak echter niet gebogen over de vraag hoe de betrokkene, nadat hem deze transparantie is geboden, toegang tot rechtsbescherming kan verkrijgen om te ageren tegen de verwerking van zijn gegevens voor profileringsdoeleinden. In deze paragraaf wordt gepoogd deze vraag wel te beantwoorden.

152 Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, r.o. 6.85 (*SyRI*).
153 P. Alston, 'Letter by the United Nations Special Rapporteur on extreme poverty and human rights as Amicus Curiae in the case of NJCM/De Staat der Nederlanden (SyRI) before the District Court of The Hague, case number C/09/5509/82, HA ZA 18//388', www.ohchr.org, 2019.
154 Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, r.o. 6.6 (*SyRI*).
155 Parlementaire enquêtecommissie Fraudebeleid en Dienstverlening 2024, p. 56.
156 Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, r.o. 6.89 en 6.90 (*SyRI*). Zie in dat kader ook: Çapkurt & Schuurmans 2021, p. 594-609.
157 Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, r.o. 6.90 (*SyRI*).

In paragraaf 2.5 is toegelicht dat iedere betrokkene middels het informatieverzoek-besluitmodel autonoom kan opkomen tegen de verwerking van zijn gegevens door een bestuursorgaan. Ook de verwerkingen die het bestuursorgaan heeft verricht voor profileringsdoeleinden kunnen via dit model ter discussie worden gesteld. Als bijvoorbeeld een bijstandsverlenend orgaan profilering verricht en hiervoor persoonsgegevens verwerkt, dan kan de geprofileerde betrokkene zich hiertegen in theorie verzetten op basis van artikel 34 Uitvoeringswet AVG.

Kan de betrokkene dan echter ook accessoir – dat wil zeggen: via het klassiek besluitmodel – ageren tegen deze verwerking? Voor het antwoord op deze vraag is het relevant of de gegevensverwerking die ten behoeve van de profilering is verricht deel uitmaakt van de feitenvaststelling van een Awb-besluit. In dat verband wordt, met het oog op de organisatie van rechtsbescherming, in de volgende subparagrafen een onderscheid gemaakt tussen vier scenario's.

4.5.1 Scenario I: profilering in de primaire besluitvorming leidt tot een risicomelding en een Awb-besluit

Stel dat het bestuur in de primaire besluitvormingsfase op basis van risicoprofilering bepaalt in welke gevallen nader feitenonderzoek moet worden gedaan naar een nog te verlenen Awb-besluit. De profilering heeft aldus betrekking op de primaire besluitvorming. En stel nu dat hieruit blijkt dat burger X een hoog frauderisico vormt en daarom onderzoekswaardig is. Na deze risicomelding doet het bestuur feitenonderzoek dat uitmondt in een Awb-besluit. Kan de betrokkene de verwerking die het bestuur voor profileringsdoeleinden heeft verricht accessoir – dat wil zeggen: via dit besluit – in bezwaar en beroep ter discussie stellen? Het antwoord op die vraag hangt af van de wijze waarop de verwantschap tussen deze verwerking en het Awb-besluit bestuursrechtelijk wordt gewaardeerd. Maakt deze verwerking deel uit van de feitenvaststelling van het Awb-besluit, of niet?

Enerzijds kan worden gesteld dat het verband tussen de profilering en het besluit te gering is, waardoor de verwerking buiten de reikwijdte van het besluit valt. Het bestuur zou deze dan niet in het besluit in primo hoeven op te nemen. Het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel kunnen zo worden geïnterpreteerd dat het bestuur alleen transparant hoeft te zijn over *rechtsfeiten* die directe invloed hebben op de vaststelling van het besluit. Dat zijn gegevens die worden gebruikt om het besluit te onderbouwen. Gesteld kan worden dat de profilering en haar product – het fraudesignaal – strikt genomen geen rechtsfeiten zijn. Zij worden namelijk niet gebruikt als bewijsmiddel ter onderbouwing van het besluit, maar vormen enkel de *aanleiding* voor ambtenaren van het bestuur om onderzoek te doen. In het verlengde hiervan zou kunnen worden betoogd dat de profilering als zodanig niet resulteert in een Awb-besluit, nu in dit geval sprake is van menselijke tussenkomst. Anders gezegd: de profilering fungeert in de besluitvorming als een *selectiegrond* en niet als een *beslisgrond*.[158] Vanuit het idee dat de Awb van oudsher het besluit ziet als het ware moment van bestuurlijke machtsuitoefening dat genormeerd

158 Een vergelijkbaar onderscheid heeft de wetgever gehanteerd in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel inzake de 'Wijziging BRP Landelijke aanpak adreskwaliteit'. Zie: *Kamerstukken II* 2020/21, 35772, nr. 3, p. 9. Zie in vergelijkbare zin: Schuurmans & Oerlemans 2019, p. 1461.

moet worden, hoeft de profilering dan niet in het besluit te worden verantwoord. Door de profilering worden immers nog geen rechten beperkt of afgenomen. In dit geval kan de betrokkene tegen de gegevensverwerking die heeft geresulteerd in profilering enkel via het informatieverzoek-besluitmodel autonoom ageren.

Anderzijds kan worden gesteld dat de bestuurlijke verwerking in het kader van profilering zo nauw met het Awb-besluit is verbonden, dat zij wél binnen de reikwijdte van het besluit valt en via dit besluit accessoir moet kunnen worden aangevochten.[159]

Ten eerste kan profilering een aanmerkelijk effect hebben op de oordeelsvorming van het bestuur, zijn waardering van het bewijsmateriaal en de wijze waarop het de burger bejegent.[160] Wordt een aanvraag op basis van profilering geselecteerd voor nader onderzoek, dan zal in beginsel een ambtenaar het dossier nader onderzoeken.[161] Er is aldus sprake van menselijke tussenkomst. Het is echter de vraag of deze interventie betekenisvol zal zijn. De kans bestaat immers dat degene die na een fraudesignaal van een profileringssysteem feitenonderzoek doet, dit proces niet geheel neutraal benadert. De eerste waarneming, te weten het fraudesignaal, heeft namelijk invloed op zijn denkraam en kan mogelijk een stempel op dit proces drukken.[162] Dit fenomeen staat in de cognitieve psychologie bekend als het *primacy effect*.[163] Het feit dat een burger wordt gezien als frauderisico wordt zo het frame waarmee het bestuur het bewijsmateriaal waardeert. Ook ligt het risico van *confirmation of automation bias* op de loer: besluitnemers zijn doorgaans geneigd informatie te zoeken die in lijn is met bestaande opvattingen.[164] Dit verkleint de kans dat de besluitnemer nog op zoek gaat naar ontlastend bewijsmateriaal of alternatieve hypothesen.[165] De WRR spreekt in dit verband van *redlining*. Dit fenomeen wijst op het feit dat wanneer profilering leidt tot een negatief advies, in de praktijk zelden hiervan wordt afgeweken.[166] Kortom: gesteld zou kunnen worden dat de menselijke interventie die plaatsvindt na een uitworp door een profilerend algoritme in de voorbereidingsfase slechts 'schijnveiligheid' biedt.[167]

159 Çapkurt & Schuurmans 2019, p. 264.
160 Deze analyse is ontleend aan: Çapkurt & Schuurmans 2021, p. 606-607. Zie in dat verband ook Meuwese, "Los van de definitiekwestie komen er steeds meer datagedreven, of in ieder geval data-intensieve toepassingen die in theorie alleen een ondersteunende rol spelen. We weten echter uit journalistiek en wetenschappelijk onderzoek dat de toxische combinatie van computer, bureaucratie en menselijk gedrag er soms toe leidt dat deze toepassingen toch meer invloed hebben op het uiteindelijke besluit dan zou moeten": Meuwese 2023, p. 5.
161 Deze menselijke tussenkomst vindt echter lang niet altijd plaats. Zie hierover Meuwese 2022, p. 59.
162 Wigboldus 2010, p. 46-55.
163 Enneking, Giesen & Rijnhout 2013, p. 1066.
164 Enneking, Giesen & Rijnhout 2013, p. 1049; Giest & Grimmelikhuijsen 2020, p. 409-417; Peeters 2020, p. 507-522; Goossens, Hirsch Ballin & Van Vugt 2021, p. 8; Young e.a. 2021, p. 251. Alon-Barkat en Busuoic concluderen op basis van empirisch onderzoek waaraan 2854 participanten hebben deelgenomen, dat er geen bewijs is gevonden dat 'automation bias' zich zou hebben voorgedaan. Zij stellen dat het toegenomen bewustzijn over de risico's van algoritmische profilering onder ambtenaren hier mogelijk een rol bij heeft gespeeld. Zie: Alon-Barkat & Busuioc 2023, p. 164-166.
165 Çapkurt & Schuurmans 2021, p. 606-607.
166 WRR 2017, p. 46.
167 Meuwese 2022, p. 59.

Ten tweede bestaat er een causaal verband tussen de profilering en het feitenonderzoek dat uitmondt in het Awb-besluit. De profilering en het product ervan – het fraudesignaal – vormen voor het bestuur immers de aanleiding om feitenonderzoek te doen en vervolgens een besluit te nemen.[168] De profilering, zo kan worden betoogd, maakt daarmee onderdeel uit van de bestuurlijke onderzoeksmethode. Op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel moet deze profilering dan in het besluit worden toegelicht.[169] Het zorgvuldigheidsbeginsel vereist immers dat het bestuursorgaan bij de voorbereiding van een besluit zorgvuldig feitenonderzoek verricht. De burger moet kunnen controleren of de door het bestuur gehanteerde onderzoeksmethode – waaronder de profilering – rechtmatig, objectief en verifieerbaar is. Volgens het motiveringsbeginsel moet het bestuur in het besluit het feitenonderzoek dat hieraan ten grondslag ligt, waaronder de profilering die heeft plaatsgevonden, kenbaar maken.[170] Dit zorgt ervoor dat het bestuur uit eigen beweging verantwoording aflegt over de verrichte profilering en dat het ontstaan van een ongelijkwaardige procespositie tussen partijen wordt vermeden.[171] Conform het beginsel van 'equality of arms' wordt de burger dan in staat gesteld om te controleren of en, zo ja, hoe zijn gegevens voor profileringsdoeleinden zijn verwerkt, en of het bestuur het feitenonderzoek rechtmatig is gestart.[172] Pas als deze transparantie over de profilering is geboden, kan de bestuursrechter hiertegen betekenisvolle rechtsbescherming bieden. Dit kan met name relevant zijn als de bestuurlijke profilering ziet op (deels) onvervreemdbare eigenschappen, zoals ras, gender, nationaliteit of geloof.[173] Afhankelijk van de gehanteerde risico-indicatoren, kan de profilering een ongelijke behandeling tot gevolg hebben, wat mogelijk in strijd is met artikel 14 EVRM en artikel 1 Protocol 12 bij het EVRM. Op het bestuur rust dan de verantwoordelijkheid om te bewijzen dat dit onderscheid objectief gerechtvaardigd is. Kan het dit niet bewijzen, dan kleeft aan de feitenvaststelling een onrechtmatigheid en kan het besluit vanwege een zorgvuldigheidsgebrek mogelijk worden vernietigd.

Het argument om de verwerkingen die het bestuur verricht om een burger te profileren op basis van het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel in het Awb-besluit te verantwoorden is niet nieuw. Dit vindt ook erkenning in het rapport *Digitalisering, wetgeving en bestuursrechtspraak* waaraan beide afdelingen van de Raad van State hebben bijgedragen.[174] Hierin constateren zij dat burgers worden geconfronteerd "met besluiten die berusten op profilering en statistische verbanden. Er is dan niet aangetoond dat de burger verwijtbaar

168 Zie in dat verband ook A-G Niessen: Conclusie A-G Niessen 17 juni 2021, ECLI:NL:PHR:2021:617, r.o. 5.6 (*FSV I*).

169 Zie hierover Schuurmans 2005, p. 48.

170 Anders is het immers niet mogelijk om vast te stellen of het bestuur zorgvuldig feitenonderzoek heeft verricht.

171 Dit was wél het geval ten aanzien van besluitvorming die gebaseerd was op de programmatische aanpak stikstof. Zie hierover ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 14.3 en 14.4 (*AERIUS I*).

172 Bovendien is deze benadering in lijn met de rechtsregel uit *AERIUS I*, waarin de Afdeling het bestuur verplichtte volledig, tijdig en uit eigen beweging de in de programmatische aanpak stikstof gemaakte keuzes op een passende wijze openbaar te maken, zodat hiertegen reële bestuursrechtelijke rechtsbescherming kan worden geboden. Zie hierover ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 14.3 en 14.4 (*AERIUS I*).

173 WRR 2017, p. 112.

174 Raad van State 2021, p. 88.

heeft gehandeld; er is alleen een vermoeden op basis van algemene kenmerken. Er ontstaat een statistische werkelijkheid die afwijkt van de concrete feiten."[175] Deze constatering indachtig adviseert de Raad van State om 'de beginselen van behoorlijk bestuur, en in het bijzonder het motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel, verscherpt te interpreteren in de context van digitalisering'. In het Awb-besluit zou dan moeten worden gemotiveerd welke algoritmen en gegevens het bestuur ten behoeve hiervan heeft gebruikt.

Het pleidooi om het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel te herinterpreteren in de context van digitalisering heeft in de literatuur veel bijval geoogst.[176] De vraag hoe deze herinterpretatie kan worden geoperationaliseerd heeft echter aanzienlijk minder aandacht gekregen.[177] Een mogelijk antwoord bieden de beginselen van gegevensverwerking uit artikel 5 AVG.[178] Het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel vereisen dat bestuursorganen bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis en relevante feiten vergaren en het besluit motiveren. De AVG kan deze vereisten ten aanzien van persoonsgegevensverwerkingen nader vormgeven. Artikel 5, eerste lid, AVG bevat namelijk zes beginselen van gegevensverwerking: 1) rechtmatigheid; 2) behoorlijkheid en transparantie; 3) doelbinding; 4) dataminimalisatie; 5) juistheid en opslagbeperking; en 6) integriteit en vertrouwelijkheid. Wanneer het bestuur persoonsgegevens verwerkt in het kader van besluitvormingsprocedures kleuren deze het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel in. Tezamen vormen zij de spelregels waaraan het bestuur zich moet houden bij het verwerken van persoonsgegevens. Bovendien moet het bestuur op grond van artikel 5, tweede lid, AVG de naleving van deze beginselen kunnen aantonen. Wanneer risicoprofilering uitmondt in een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, Awb, dan vormt dit Awb-besluit hiervoor een uitstekend instrument. In het besluit zou het bestuur kunnen motiveren hoe de beginselen van gegevensverwerking bij de verrichte profilering in acht zijn genomen. Expliciete verantwoording over de wijze waarop deze AVG-beginselen zijn nageleefd kan de kans verkleinen dat bestuursorganen hun risicoprofielen baseren op onrechtmatige, onjuiste of verouderde gegevens. Tevens worden de mogelijkheden voor de burger om zich hiertegen in rechte te verzetten vergroot. Met deze relatief kleine stap kan de rechtspositie van de geprofileerde burger aan het begin van de rechtsketen – wanneer het bestuur een primair besluit neemt – zo aanzienlijk worden versterkt.[179] Als het bestuur de profilering verantwoordt in het Awb-besluit, dan kan hij immers hiertegen accessoir opkomen. Dit betekent dat hij via het klassiek besluitmodel bezwaar en beroep kan instellen tegen zowel de profilering als het besluit. Hij kan aldus in één en dezelfde procedure de verwerking die voor profileringsdoeleinden heeft plaatsgevonden en het Awb-besluit aanvechten.

175 Raad van State 2021, p. 88.
176 De Poorter & Goossens 2019, p. 3307-3309; Wolswinkel 2020, p. 32-34; Passchier 2020, p. 926.
177 Zie in dit verband ook Van Eck, Bovens en Zouridis: "Om zowel sturing als verantwoording mogelijk te maken zou er wat ons betreft een actieve transparantieplicht moeten komen die verder gaat dan openbaarmaking in de strikte zin van de Wet openbaarheid van bestuur en wellicht ook verder gaat dan nu in de jurisprudentie gebeurt. Het gaat om het actief inzichtelijk en toegankelijk maken van de beslisregels, van de feitenbasis die wordt gebruikt voor de besluitvorming, inclusief het moment waarop iets als feit wordt beschouwd, en van de wetsinterpretatie die in de systemen besloten ligt." Van Eck, Bovens & Zouridis 2018, p. 3016.
178 Deze analyse bouwt voort op Çapkurt 2021a.
179 Çapkurt 2021a, p. 143-144.

4.5.2 Scenario II: profilering in de primaire besluitvorming leidt niet tot een risicomelding, maar wel een Awb-besluit

Stel dat het bestuur in een primaire besluitvormingsprocedure de burger profileert, maar dat hieruit volgt dat hij niet onderzoekswaardig is. Er wordt dan geen nader onderzoek naar deze burger verricht. Kan de burger tegen de bestuurlijke gegevensverwerking in het kader van deze profilering toegang tot rechtsbescherming verkrijgen?

> Het college van B&W van de gemeente Amsterdam profileert iedere aanvrager van een bijstandsuitkering aan de hand van het algoritme 'slimme bijstandscheck'.[180] De onderzoekswaardige aanvragen worden apart behandeld. Naar niet-onderzoekswaardige wordt geen additioneel onderzoek verricht. Hier wordt in beginsel de bijstand conform de aanvraag verstrekt.

Uit *SyRI* volgt dat burgers wier gegevens wel zijn verwerkt voor profileringsdoeleinden, maar niet hebben geleid tot een risicomelding, in beginsel van deze verwerking op de hoogte moeten worden gebracht. In principe kan het bestuur zelf bepalen hoe het voldoet aan deze transparantieplicht. Het kan bijvoorbeeld burgers op grond van artikel 13 of 14 AVG – afhankelijk van hoe deze persoonsgegevens zijn verkregen – schriftelijk informeren over deze verwerkingen.[181] Maar in deze casus kan het meer voor de hand liggen om in het Awb-besluit ten behoeve waarvan is geprofileerd, verantwoording af te leggen over de verrichtte profilering. Aan de hand van het Awb-besluit dat toch al wordt genomen kan zo aan deze transparantieverplichting die volgt uit de AVG worden voldaan.

Doorredenerend op het voorbeeld inzake de 'slimme bijstandscheck' zal het niet voor de hand liggen dat de betrokkene accessoir opkomt tegen deze profilering. Hij heeft de gevraagde bijstand immers conform de aanvraag verkregen en zal hiertegen geen bezwaar aantekenen. Dit neemt echter niet weg dat de betrokkene nadere informatie zou kunnen willen ontvangen over de profilering die het bestuur heeft verricht. In dat geval kan hij middels het informatieverzoek-besluitmodel van artikel 34 Uitvoeringswet AVG deze informatie opvragen.

4.5.3 Scenario III: profilering in het handhavingstoezicht leidt tot een Awb-besluit

Bestuursorganen maken niet alleen in de primaire besluitvorming gebruik van algoritmen om burgers te profileren. Ook als een besluit reeds is genomen en formele rechtskracht heeft verkregen, zetten zij in het kader van toezicht en handhaving algoritmen in om te bepalen of de wettelijke regels op grond waarvan het besluit is verleend nog in acht worden genomen. Stel dat het Amsterdamse gemeentebestuur ook in het kader van handhavingstoezicht gebruikmaakt van risicoprofilering om fraude met bijstandsuitkeringen te detecteren. Kan een bijstandsontvanger wiens persoonsgegevens ten behoeve van deze profilering zijn verwerkt, opkomen tegen deze verwerking? Hier is iets bijzonders aan de hand. De toegang tot bestuursrechtelijke rechtsbescherming hangt in dit geval af van de vraag of de

180 https://algoritmeregister.amsterdam.nl/onderzoekswaardigheid-slimme-check-levensonderhoud/.
181 Ervan uitgaande dat, conform *de SyRI*-uitspraak, de uitzonderingsgronden van art. 23 AVG, op grond waarvan de transparantieverplichtingen in art. 13 en 14 AVG terzijde kunnen worden geschoven, niet gelden.

verwerking uiteindelijk deel zal uitmaken van de feitenvaststelling van een Awb-besluit, bijvoorbeeld de stopzetting of terugvordering van de bijstandsuitkering.

Als uit de profilering ten aanzien van de bijstandsontvanger een risicomelding wordt gegenereerd waaruit blijkt dat hij *onderzoekswaardig* is, dan zal het gemeentebestuur vermoedelijk een handhavingsonderzoek starten. Mocht dit onderzoek uitmonden in een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, Awb om de uitkering op te schorten of te stoppen, dan kan worden betoogd dat de gegevensverwerking ten behoeve van de profilering deel uitmaakt van dit besluit. In dit geval kan een zekere vergelijking worden getrokken met scenario I. De bestuurlijke gegevensverwerking die heeft plaatsgevonden voor profileringsdoeleinden is in dit geval zo nauw met het besluit verbonden, dat zij wél binnen de reikwijdte van het besluit valt. In dat geval kan in beginsel accessoir tegen deze gegevensverwerking worden opgekomen. De bijstandsontvanger kan zo de profilering evenals het Awb-besluit (de stopzetting van de uitkering) via het klassiek besluitmodel aanvechten.

4.5.4 Scenario IV: profilering in het handhavingstoezicht leidt niet tot een Awb-besluit

Tot slot kan het zo zijn dat een bestuursorgaan burgers in het kader van handhavingstoezicht profileert, maar dat hieruit volgt dat zij *niet onderzoekswaardig* zijn. In dit geval wordt er ten aanzien van hen geen risicomelding gegenereerd. Doorredenerend op de casus die in de vorige subparagraaf centraal stond, heeft het gemeentebestuur dan wel persoonsgegevens van burgers verwerkt voor profileringsdoeleinden, maar deze verwerking heeft *niet* geresulteerd in een Awb-besluit. De verwerking kwalificeert in deze situatie enkel als een zuiver feitelijke bestuurshandeling. Er is dan geen appellabel Awb-besluit op grond waarvan de burger accessoir tegen de gegevensverwerking kan opkomen. De bijstandsontvanger kan, mits hij op de hoogte is van de persoonsgegevensverwerking, hiertegen wel autonoom opkomen via het informatieverzoek-besluitmodel.

4.6 Rechtsbescherming tegen verwerkingen ten behoeve van profilering: de praktijk

De afgelopen jaren zijn verschillende casus aan het licht gekomen waarin het bestuur, gebruikmakend van risicoprofilering, de onderzoekswaardigheid van rechtssubjecten heeft bepaald.

Hieruit is gebleken dat het per geval kan verschillen of het bestuur transparant is over het feit dat het gegevens van burgers heeft verwerkt voor profileringsdoeleinden in besluitvormingstrajecten. Zo is in de nasleep van de Toeslagenaffaire duidelijk geworden dat (de vele onderdelen van) de Belastingdienst persoonsgegevens van burgers hebben verwerkt om risicoprofielen op te stellen en daarmee hun onderzoekswaardigheid te bepalen. Zo zijn vooral financieel kwetsbare burgers en burgers met een tweede nationaliteit door de Belastingdienst geprofileerd. Zij werden zonder onderzoek – en op basis van onjuiste gegevens – als fraudeur aangemerkt waardoor hun rechten werden ingeperkt. Bovendien konden zij zich hiertegen niet verweren, omdat de profilering geheim was. Hun *data-doubles*

leidden een eigen leven binnen de systemen van de Belastingdienst en bepaalden hoe streng zij werden bejegend. In het socialezekerheidsrecht zijn gemeentebesturen daarentegen doorgaans wél transparant over het feit dat zij aan de hand van profilering de onderzoekswaardigheid van bijstandsontvangers bepalen, met als gevolg dat burgers hiertegen in theorie zowel accessoir als autonoom kunnen opkomen.

In de hierop volgende paragrafen wordt bij beide casus stilgestaan. Hieruit zal blijken dat de vraag of een betrokkene toegang tot rechtsbescherming kan verkrijgen om te ageren tegen een bestuurlijke gegevensverwerking in het kader van risicoprofilering, en welke wegen hij daartoe dient te bewandelen (autonoom of accessoir opkomen), in de praktijk afhangt van verschillende factoren. In het bijzonder het moment en de wijze waarop het bestuur aan de betrokkene transparantie biedt over de gegevensverwerking blijken twee cruciale factoren te zijn.

4.6.1 De Toeslagenaffaire

In 2016 heeft Eva González Pérez, een advocate die cliënten bijstaat waarvan de kinderopvangtoeslag is stopgezet, de Autoriteit Persoonsgegevens verzocht om onderzoek te doen naar de verwerking van een tweede nationaliteit door de Dienst Toeslagen. De toezichthouder heeft dit verzoek niet in behandeling genomen omdat Toeslagen niet zou beschikken over deze informatie. In deze opvatting werd de toezichthouder gesteund door de Staatssecretaris van Financiën. In een debat met de Tweede Kamer in 2019 stelde hij: "[i]k probeer hier dus even het gevoel weg te nemen dat je via een soort kafkasysteem op een lijst wordt gezet zonder dat je weet waarom."[182] Inmiddels is bekend dat een dergelijk systeem wel degelijk bestond.[183] In de Fraude Signalering Voorziening (FSV) legde de Belastingdienst fraudesignalen vast. Tot 2009 werden deze geregistreerd in papieren dossiers en bijgehouden in het dagboek *Persoonsgericht Intensief Toezicht*.[184] Dit was een Excel-toepassing die lokale belastingkantoren gebruikten. In de periode na 2012, toen de Bulgarenfraude aan het licht kwam, werd de registratie van fraudesignalen gecentraliseerd en gedigitaliseerd in de FSV.[185]

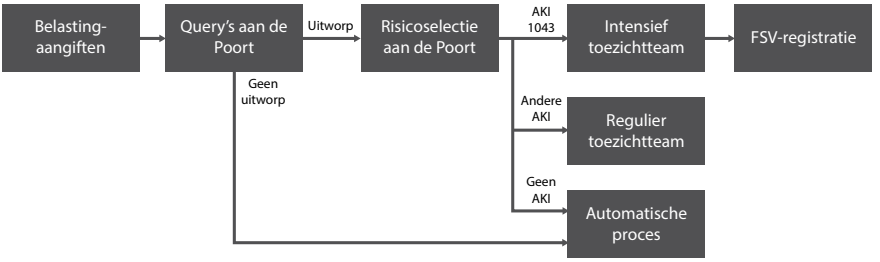
4.6.1.1 De Fraude Signalering Voorziening

De FSV werd onder meer ingezet voor het beoordelen van belastingaangiften, toeslagaanvragen en informatieverzoeken van andere overheidsinstanties.[186] Zij was breed inzichtelijk: verschillende onderdelen van de Belastingdienst maakten ervan gebruik. Medewerkers van Belastingdienst/Toeslagen, de directie MKB, de FIOD, het Landelijk Incassobureau en Datafundamenten & Analytics hadden hiertoe toegang.[187] Meer dan 200.000 burgers waren

182 *Handelingen II* 2018/19, nr. 65, item 9, p. 20.
183 *Kamerstukken II* 2020/21, 35510, nr. 46, bijlage bij vraag 195, p. 21 en Autoriteit Persoonsgegevens, *De verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag,* juli 2020, p. 19 e.v.
184 KPMG 2020b, p. 24.
185 KPMG 2020b, p. 25. Zie ook: *Kamerstukken II* 2019/20, 31066, nr. 632, p. 3.
186 *Kamerstukken II* 2019/20, 31066, nr. 632, p. 3. Het functioneren van de FSV is uitvoerig omschreven in: Autoriteit Persoonsgegevens 2021.
187 Autoriteit Persoonsgegevens 2021, p. 11.

in de FSV opgenomen.[188] In totaal hadden circa 4200 medewerkers van de Belastingdienst toegang tot de FSV, waarvan 3700 niet geautoriseerd waren.[189]

Een burger kon, kort gezegd, langs twee wegen in de FSV worden geregistreerd: door een extern of intern fraudesignaal.[190] Externe signalen werden bijvoorbeeld vervaardigd als iemand de Belastingdienst tipte over vermeend frauduleus handelen.[191] De interne fraudesignalen waren grotendeels gebaseerd op risicoprofilering die de Belastingdienst zelf verrichtte. Meer dan de helft van de interne signalen kwam voort uit profilering die plaatsvond in het kader van de controle op de aangiften inkomstenbelasting, de zogeheten *Query's aan de Poort* (de Poort).[192] De Belastingdienst beoordeelt jaarlijks miljoenen aangiften. Alleen al in 2022 zijn 8,2 miljoen belastingaangiften verwerkt.[193] Aangezien deze niet allemaal handmatig kunnen worden beoordeeld, wordt een groot deel ervan – de *gladde gevallen* – geautomatiseerd vastgesteld.[194] Zo zijn in 2022 7,8 miljoen aanslagen conform de aangifte opgelegd. Het systeem werpt echter de *niet-gladde gevallen* uit voor handmatig onderzoek.[195] Werd bijvoorbeeld de aangifte van een burger vanuit deze profilering aan de Poort onderzocht wegens het vermoeden van fraude, dan kreeg hij een *AKI-1043-signaal*. Dit leidde vervolgens tot een *FSV-registratie*.[196]



Figuur 1: schematische weergave Query's aan de Poort[197]

De selectie aan de Poort zag niet alleen op fiscale risico's, maar was ook gericht op persoonskenmerken van burgers, zoals nationaliteit, woonwijk en uiterlijk voorkomen.[198] Zo volgde uit de Handleiding giftenquery dat giften waarin de tekst 'moskeeën' voorkwam, golden als frauderisico.[199] In het document *Boeven vangen aan de Poort* werd het 'daderprofiel' dat aan de Poort moest worden gedetecteerd, omschreven. Het profiel zag op burgers met een 'laag inkomen volgens de contra-informatie, bovenmodaal loon volgens aangifte, doorgaans jong (18-35), vaak geen fiscale partner, veelal man en vaak van buitenlandse komaf'.[200] Uit een

188 Het precieze aantal fluctueert tussen 240.000 en 270.000. Zie *Kamerstukken II* 2020/21, 31066, nr. 826 en Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 17 juni 2021, nr. 2021-0000117558.
189 Autoriteit Persoonsgegevens 2021, p. 36; PwC 2021a, p. 14.
190 PwC 2021a, p. 27.
191 PwC 2021a, p. 24.
192 PwC 2021a, p. 13.
193 Belastingdienst 2023, p. 10.
194 Van Eck, Van Hout & Weijers 2022, p. 1607.
195 Van Eck, Van Hout & Weijers 2022, p. 1607.
196 PwC 2021a, p. 12-13.
197 Afbeelding is afkomstig uit: PwC 2021a, p. 25.
198 PwC 2022, p. 8, 19 en 25.
199 PwC 2022, p. 25.
200 PwC 2022, p. 8, in het bijzonder voetnoot 10.

steekproef van het College voor de Rechten van de Mens (CRvM) is gebleken dat in 2014 burgers met een buitenlandse afkomst in relatieve zin vijf keer vaker in de FSV stonden dan burgers met een Nederlandse afkomst.[201]

Registraties in de FSV werden door de verschillende onderdelen van de Belastingdienst uiteenlopend geïnterpreteerd.[202] Zo waren in deze fraudeapplicatie iets minder dan 40.000 burgers opgenomen met de indicatie 'fraude'. De directie Particulieren hanteerde deze indicatie ingeval van een *fraudevermoeden*. De Dienst Toeslagen gebruikte deze indicatie echter als er sprake was van *opzet of grove schuld.* De fraude werd dan juist *bewezen geacht*. Daardoor ontstond het risico dat medewerkers de indicatie 'fraude' opvatten als *bewezen fraude*, terwijl er slechts sprake was van een 'attendering op lopend onderzoek'.[203] Het label 'opzet/grove schuld' had veel impact op de rechtspositie van burgers. Burgers die een toeslag moesten terugbetalen hadden in de regel een aantal rechten, zoals de beslagvrije voet, kwijtschelding, een persoonlijke afbetalingsregeling en het recht op minnelijke schuldsanering.[204] Maar burgers die het label 'opzet/grove schuld' hadden gekregen, hadden deze rechten niet. Zij moesten de terugbetaling binnen 24 maanden verrichten. Lukte dit niet, dan volgde beslaglegging en dwanginvordering. Hoewel dit label grote impact had op de positie van burgers, werd onzorgvuldig omgegaan met de toekenning ervan. Zo vermeldde de Staatssecretaris van Financiën dat de kwalificatie 'opzet/grove schuld' in 96% van de gevallen ten onrechte is toegekend.[205] Zo kreeg iedere ouder met een terugvordering van meer dan € 3000 bij de kinderopvangtoeslag automatisch, zonder enig onderzoek, het label 'opzet/grove schuld'.[206]

Een FSV-registratie had een olievlekwerking.[207] Haar impact was namelijk niet beperkt tot één belastingjaar.[208] Een burger die via risicoprofilering aan de Poort bijvoorbeeld een AKI-1043-registratie had gekregen en in de FSV werd opgenomen, werd zes jaar lang intensief gecontroleerd.[209] Zijn aangifte werd ieder jaar door het systeem uitgeworpen en onderzocht door zogeheten *intensieve toezichtteams*. Het opleggen van de definitieve aanslag werd uitgesteld totdat de burger in kwestie nader bewijs had geleverd.[210] Bovendien werkten FSV-registraties door in andere besluitvormingstrajecten. Uit onderzoek is gebleken dat informatie uit de FSV ten minste 535 keer is gedeeld met derde partijen in

201 College voor de Rechten van de Mens 2022, p. 41-42.
202 PwC 2021a, p. 14 en 35.
203 PwC 2021a, p. 14 en 35.
204 *Kamerstukken II* 2019/20, 31066, nr.681, p. 4-7. KPMG 2020b, p. 33; Omtzigt 2021, p. 125-126; PwC 2021a, p. 14.
205 *Kamerstukken II* 2020/21, 31066, nr. 715, p. 21.
206 *Kamerstukken II* 2020/21, 31066, nr. 739, p. 1-2.
207 Aldus Van Eck, Van Hout & Weijers 2022.
208 Van Eck, Van Hout & Weijers 2022, p. 1608.
209 PwC 2021a, p. 33.
210 PwC 2021a, p. 33-34.

de publieke én private sector.[211] In ongeveer 90% van de gevallen werden deze gegevens verstrekt aan instanties zoals het UWV, SVB en gemeenten.[212]

Maar ook binnen de Belastingdienst werd FSV-informatie hergebruikt. Zo trainde de Belastingdienst/Toeslagen een van zijn profileringssystemen, het risicoclassificatiemodel, op basis van FSV-gegevens.[213] Dit model werd in de aanvraag- en voorschotfase ingezet om fraude op te sporen. Naar aanleiding van de Bulgarenfraude werd hieraan de indicator 'Nederlanderschap Ja/Nee' toegevoegd.[214] Dit gebeurde omdat medewerkers van de Belastingdienst/Toeslagen stelden te ervaren dat burgers zonder Nederlandse nationaliteit vaker fouten maakten in toeslagaanvragen.[215] Uit onderzoek in de nasleep van de Toeslagenaffaire is gebleken dat de hoogste risicoscores werden toegekend aan burgers die één of meer van de volgende kenmerken hadden: 'wonen in een stedelijk gebied, niet in het bezit van de Nederlandse nationaliteit, met een gezinsinkomen onder de € 20.000, zonder partner, met meerdere kinderen in de opvang, met veel opvanguren en een grote afstand tussen woon- en opvangadres'.[216] Ook in de fase van de definitieve toekenning van kinderopvangtoeslagen werd geprofileerd.[217] Een voorbeeld hiervan vormde de 'Hoge Toeslag Hoog Risico-regel' (HOTHOR). De toepassing hiervan had tot gevolg dat in geval van de toekenning van een hoog bedrag aan kinderopvangtoeslag, de toeslagontvanger automatisch werd geselecteerd voor onderzoek.[218] In de praktijk betekende dit dat het profileringssysteem ouders met een laag inkomen, en daarom een hoog voorschot kinderopvangtoeslag, vaker uitwierp.

Het CRvM heeft onderzocht welke gevolgen fraudesignalen uit het risicoclassificatiemodel en HOTHOR konden hebben voor burgers. Gebleken is dat zij konden leiden tot terugvorderingsbesluiten en bestuurlijke boetes.[219] Burgers met een buitenlandse afkomst werden aanzienlijk vaker onderworpen aan extra controles dan burgers met een Nederlandse afkomst.[220] Het CRvM heeft gesteld dat er 'voldoende feiten zijn die kunnen vermoeden dat de werkwijze en processen van de Belastingdienst/Toeslagen in het bijzonder aanvragers van kinderopvangtoeslag met een buitenlandse afkomst hebben getroffen (indirect onderscheid)'.[221] Hierdoor is vast komen te staan dat de Belastingdienst/Toeslagen burgers met een Nederlandse afkomst vermoedelijk anders heeft behandeld dan burgers met een buitenlandse afkomst. Per zaak moet worden onderzocht wat de relatie is tussen de fraudesignalen en de genomen Awb-besluiten.[222]

211 Volgens PwC zijn daarbij "vier gevallen van gegevensdeling aangetroffen waarin de persoonsgegevens van grotere aantallen burgers zijn gedeeld. Deze vier gevallen bevatten vijf export-bestanden met de persoonsgegevens behorende bij 11.211 BSN's. De overige 532 delingen van informatie bevatten gezamenlijk de gegevens behorende bij 851 BSN's. Daarmee zijn met de 536 delingen de persoonsgegevens van in totaal ruim 12.000 burgers gemoeid." Zie: PwC 2021b, p. 4.
212 PwC 2021b, p. 5.
213 KPMG 2020, p. 60; PwC 2021a, p. 15; Autoriteit Persoonsgegevens 2021, p. 12.
214 *Kamerstukken II* 2021/22, 31066, nr. 923, p. 6.
215 *Kamerstukken II* 2021/22, 31066, nr. 923, p. 6.
216 *Kamerstukken II* 2021/22, 31066, nr. 923, p. 7.
217 College voor de Rechten van de Mens 2022, p. 19.
218 College voor de Rechten van de Mens 2022, p. 19.
219 College voor de Rechten van de Mens 2022, p. 21.
220 College voor de Rechten van de Mens 2022, p. 44-45.
221 College voor de Rechten van de Mens 2022, p. 45.
222 Loof 2021, p. 153.

Blinde vlek voor risicoprofilering

De voorzitter van de Autoriteit Persoonsgegevens heeft de Afdeling bestuursrechtspraak verweten dat zij de discriminatoire profileringspraktijk van de Belastingdienst/Toeslagen niet heeft opgemerkt.[223] Volgens hem is de Afdeling daarom medeplichtig aan discriminatie. De Afdeling had volgens hem moeten opmerken dat zaken over kinderopvangtoeslag vrijwel alleen betrekking hadden op mensen met een dubbele nationaliteit. Burgers noch bestuursrechters wisten dat in fiscale besluitvormingsprocedures werd geprofileerd. Achteraf is gebleken dat deze informatie bewust buiten het zicht van de bestuursrechter is gehouden. Een beleidsinstructie van de Belastingdienst, waarin werd aangegeven hoe processtukken moesten worden opgesteld, stelde namelijk dat informatie over fraudeonderzoeken uit het besluitvormingsdossier moest worden verwijderd.[224] Daarmee werden artikel 7:4, tweede lid, en artikel 8:42 Awb, waaruit volgt dat het bestuur de op de zaak betrekking hebbende stukken aan de wederpartij en de bestuursrechter moet verstrekken, buitenspel gezet. Volgens de Werkgroep Reflectie Toeslagenaffaire Rechtbanken had de Belastingdienst gegevens die verband hielden met fraudeonderzoek moeten aanmerken als op de zaak betrekking hebbende stukken:

> "Achteraf moet worden geconcludeerd dat het handelen van de Belastingdienst in die gevallen op gespannen voet stond met de wet. Voor zover er een direct verband bestond met fraudeonderzoek hadden de daarover bestaande geschriften namelijk moeten worden beschouwd als op de zaak betrekking hebbende stukken. Daarvan had, tenzij er gewichtige redenen zouden zijn geweest voor geheimhouding, ook de andere partij kennis mogen nemen en had die daar zijn beroepsgronden op kunnen richten. Indicaties dat de Belastingdienst stukken achterhield en dat er dus reden zou zijn om die stukken op te vragen, hadden de rechtbanken in die zaken echter niet."[225]

Ook de Afdeling heeft zich over deze kwestie gebogen in een reflectierapport. In de paragraaf over toetsing benadrukt zij dat de bestuursrechter voor het beantwoorden van rechtsvragen feiten nodig heeft. Die feiten, zo merkt de Afdeling op, zijn te vinden in de stukken die partijen inbrengen. De bestuursrechter kan weliswaar zelf onderzoek doen, maar enkel in het verlengde van de stellingen van partijen. Volgens de Afdeling bestond er in de toeslagenzaken geen aanleiding voor eigen feitenonderzoek. Bovendien wisten bestuursrechters niet dat de Belastingdienst/Toeslagen voor hen stukken achterhield.[226] Sterker, zo merkt de Afdeling in dit reflectierapport op: "[e]venmin is aan het licht gekomen dat de Belastingdienst/Toeslagen zich heeft bediend van ongeoorloofde praktijken door de inzet van risicoprofielen en onderzoeksmethoden waarbij gebruik is gemaakt van de registratie van (dubbele) nationaliteit en door een 'zwarte lijst' aan te leggen."[227]

223 Betoogd is dat deze uitspraak getuigt van weinig kennis van de rol van de bestuursrechter in het Nederlandse staatsbestel. Sterker, ze laat zien dat de voorzitter van de AP zich niet bewust is van zijn eigen rol en positie in dat bestel. Zie hierover Çapkurt 2021b.

224 *Kamerstukken II* 2020/21, 35510, nr. 46, antwoord bij vraag 15 op p. 5-6. Zie ook: bijlage bij vraag 15, bijlage 965320, *Inwerkplan cluster inventarisatielijsten voor nieuwe krachten op de afdeling beroepen*, p. 3.

225 Werkgroep Reflectie Toeslagenaffaire Rechtbanken 2021, p. 37.

226 Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 2021, p. 28.

227 Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 2021, p. 26.

4.6.1.2 De FSV-arresten

Inmiddels zijn de eerste zaken gewezen waarin de rechter is gevraagd een oordeel te vellen over risicoprofilering in de fiscale sfeer. Zo heeft de Hoge Raad zich gebogen over de vraag of, en zo ja, welke consequenties verbonden moeten worden aan belastingaanslagen ten behoeve waarvan iemand op onrechtmatige gronden is geprofileerd.[228] In *FSV I* heeft de Hoge Raad in de context van het belastingrecht eerste piketpalen geslagen ten aanzien van de gevolgen die onrechtmatige risicoprofilering kan hebben voor een fiscaal besluit.[229]

> De belanghebbende heeft in 2014 aangifte inkomstenbelasting gedaan. Daarin heeft hij zorg- en alimentatiekosten van zijn inkomen afgetrokken. Hierna heeft de inspecteur hem verzocht om meer bescheiden over te leggen. Nadat de belanghebbende op dit verzoek heeft gereageerd, is de definitieve aanslag voor 2014 opgelegd: de alimentatiekostenaftrek is geweigerd en de zorgkostenaftrek is lager vastgesteld dan in de aangifte is aangegeven. In cassatie stelt de belanghebbende dat het Hof ten onrechte geen rekening heeft gehouden met het feit dat de aangifte op onrechtmatige gronden, te weten in het kader van risicoselectie binnen project 1043, is geselecteerd voor nader onderzoek. De belanghebbende stelt dat deze vorm van fraudebestrijding in strijd met de AVG is en daarom niet kan fungeren als basis voor de correctie van de aangifte. Met andere woorden: de onrechtmatigheid van de selectie voor nader onderzoek zou doorwerken in de bestuurlijke besluitvorming.

De Hoge Raad heeft in *FSV I* niet geoordeeld over de vraag of de onrechtmatige FSV-registratie de rechtmatigheid van de aanslag aantast, omdat dit pas in cassatie is aangevoerd.[230] Wel vond hij het noodzakelijk om in een *obiter dictum* hierover algemene uitgangspunten te bieden.[231] De Hoge Raad stelt dat in beginsel de rechtmatigheid van een besluit van de belastinginspecteur om een aangifte te controleren niet wordt aangetast door de wijze waarop de inspecteur informatie over de belastingplichtige heeft verwerkt.[232] Dit ligt volgens de Hoge Raad echter anders wanneer

> 'de controle van de aangifte voortvloeit uit een risicoselectie, een verwerking van persoonsgegevens in een databank of een gebruik van een databank waarin persoonsgegevens zijn opgeslagen, op basis van een criterium dat jegens de belastingplichtige leidt tot een schending van een grondrecht zoals een schending van het verbod op discriminatie naar afkomst, geaardheid of geloofsovertuiging'.[233]

Leidt de risicoprofilering tot een dergelijke grondrechtenschending, dan valt niet uit te sluiten dat dit als gevolg heeft dat de controle van de aangifte van de belastingplichtige heeft plaatsgevonden op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat het gebruik van hetgeen bij die controle aan het licht is gekomen onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht.[234]

---

228 Conclusie A-G Niessen 17 juni 2021, ECLI:NL:PHR:2021:617 (*FSV I*); HR 10 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1748 (*FSV I*). Zie later: Conclusie A-G Niessen 17 juni 2021, ECLI:NL:PHR:2021:618 (*FSV II*); Conclusie A-G Niessen 17 juni 2021, ECLI:NL:PHR:2021:619 (*FSV III*); HR 14 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:12 (*FSV II*).

229 Conclusie A-G Niessen 17 juni 2021, ECLI:NL:PHR:2021:617, r.o. 2.1-2.11 (*FSV I*).

230 HR 10 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1748, r.o. 4.3.2 (*FSV I*).

231 HR 10 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1748, r.o. 5.2 (*FSV I*).

232 HR 10 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1748, r.o. 5.3 (*FSV I*).

233 HR 10 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1748, r.o. 5.3 (*FSV I*).

234 HR 10 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1748, r.o. 5.3 (*FSV I*).

De belastinginspecteur kan in deze uitzonderlijke situatie de aanslag dan niet meer verhogen op basis van bewijs dat tijdens de controle aan het licht is gekomen. Het bewijsmateriaal wordt dan door de onrechtmatige gedraging – de grondrechtenschending – als het ware 'besmet'.[235] Het bewijs kwalificeert als 'fruits of the poisonous tree' en dient te worden uitgesloten, met als gevolg dat de inspecteur de aanslag conform de aangifte moet vaststellen. Kortom: als aan de aanvang van het onderzoek naar de aangifte een ernstige onrechtmatigheid kleeft – meer specifiek een schending van een grondrecht zoals het discriminatieverbod –, dan geldt het daarna vergaarde bewijs als onrechtmatig en kan het niet aan de aanslag ten grondslag worden gelegd.

> Inmiddels heeft de Staatssecretaris van Financiën in een brief aan de Tweede Kamer gesteld dat aangiften die zijn geselecteerd in het kader van project 1043 opnieuw zullen worden beoordeeld. De aanleiding hiervoor vormde de bevinding van PwC dat het risico bestaat dat het selectieproces meer gericht was op kenmerken van de belastingplichtige dan op fiscale risico's. Als gevolg hiervan zou het kunnen zijn dat aangiften onder meer zijn geselecteerd op basis van niet-fiscaal relevante kenmerken. Mogelijk heeft dit geleid tot 'een schending van een grondrecht zoals een schending van het verbod op discriminatie naar afkomst of geloofsovertuiging', aldus de staatssecretaris.[236]

Wel nuanceert de Hoge Raad in het arrest dit uitgangspunt. Vloeit de controle voort uit een risicoselectie waarbij de belastinginspecteur *in strijd met de AVG* handelt, dan hoeft het na het onderzoek verkregen bewijsmateriaal niet zonder meer wegens onrechtmatigheid te worden uitgesloten. In dat geval hoeft de aanslag niet conform de aangifte te worden opgelegd. Er kan dan immers niet worden gesproken van een *uitzonderlijke situatie*. Dit betekent dat de inspecteur bewijsmateriaal, verkregen tijdens feitenonderzoek dat is gestart ná een onrechtmatige risicoselectie, ten grondslag kan leggen aan het besluit. Als deze rechtsfeiten verhoging van de aanslag rechtvaardigen, dan mag hij die aan de aanslag ten grondslag leggen. Volgens de Hoge Raad geldt dat wanneer de "Belastingdienst het recht van een belastingplichtige op bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer heeft geschonden door gegevens van die belastingplichtige te verwerken op een wijze die door de inhoud, het gebruik of de verspreiding van de desbetreffende bestanden – eventueel op onderdelen – in strijd is met de Wet bescherming persoonsgegevens of de AVG dit niet kwalificeert als een uitzonderlijke situatie. Indien zou worden geconstateerd dat de door deze regelingen beoogde bescherming van de persoonlijke levenssfeer door de verwerking van persoonsgegevens is geschaad, kan dat dus niet leiden tot een verlaging van een, in principe juist berekende, aanslag."[237]

> In deze passage ligt een belangrijke ambiguïteit besloten. De cassatierechter wijst namelijk op het *recht* van een belastingplichtige op bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer. In rechtsoverweging 5.4 blijft echter onduidelijk of dit recht ziet op het *grondrecht* op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, zoals neergelegd in artikel 10, eerste lid, Gw.[238] De overweging laat zich daardoor op twee manieren lezen. Enerzijds kan worden betoogd dat

235 Embregts 2003, p. 122-123.

236 Brief van de Staatssecretaris van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst, 4 november 2022, kenmerk 2022-0000269550, p. 2.

237 HR 10 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1748, r.o. 5.4 (*FSV I*).

238 De AVG heeft overigens niet enkel tot doel de persoonlijke levenssfeer van natuurlijke personen te beschermen. Zij beoogt tevens hun grondrechten en fundamentele vrijheden – met name het recht op gegevensbescherming – te beschermen. Zie in dat verband: art. 1, tweede lid, AVG.

de Hoge Raad stelt dat een schending van het *grondrecht* op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer – dat is neergelegd in artikel 10, eerste lid, Gw en mede tot uitdrukking wordt gebracht in de AVG – niet leidt tot bewijsuitsluiting. Dat is ook hoe het arrest in de literatuur is geïnterpreteerd.[239] Anderzijds kan worden gesteld dat de Hoge Raad hier het standpunt heeft willen innemen dat de enkele schending van de AVG niet leidt tot bewijsuitsluiting. Steun voor deze lezing is ook te vinden in rechtsoverweging 5.3. Hierin stelt de Hoge Raad dat de 'schending van een grondrecht, *zoals* (cursivering FÇ) een schending van het verbod op discriminatie naar afkomstig, geaardheid of geloofsovertuiging' leidt tot bewijsuitsluiting. Uit het gebruik van het woord 'zoals' kan worden gedestilleerd dat bewijsuitsluiting ook aan de orde is als een ander grondrecht dan het discriminatieverbod – zoals het grondrecht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer – is geschonden. In dit proefschrift wordt ervan uitgegaan dat de Hoge Raad voor deze tweede lezing heeft geopteerd.[240] Deze lezing is immers in lijn met vaste rechtspraak over het leerstuk van bewijsuitsluiting, waaruit volgt dat een schending van een fundamenteel recht leidt tot bewijsuitsluiting.

Kortom: in het licht van het leerstuk van onrechtmatig verkregen bewijs lijkt de Hoge Raad te differentiëren tussen twee soorten rechtsschendingen. Als de selectiegrond op basis waarvan is geprofileerd leidt tot een schending van 'een grondrecht zoals een schending van het verbod op discriminatie naar afkomst, geaardheid of geloofsovertuiging', dan kan bewijsuitsluiting plaatsvinden. In dat geval is immers niet uitgesloten dat 'de controle van de aangifte van de belastingplichtige heeft plaatsgevonden op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat het gebruik van hetgeen bij die controle aan het licht is gekomen onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht'.[241] Als de selectiegrond op basis waarvan is geprofileerd leidt tot een schending van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de belastingplichtige, zoals neergelegd in de AVG, hoeft niet zonder meer bewijsuitsluiting plaats te vinden.[242]

De redenering van de Hoge Raad is tot op zekere hoogte in lijn met de in paragraaf 3.5 besproken vaste rechtspraak over het leerstuk van bewijsuitsluiting. Is bewijs in strijd met grondrechten verkregen, dan volgt in de regel bewijsuitsluiting.[243] In *FSV I* bevestigt de Hoge Raad dit: vindt de risicoselectie plaats op grond van een criterium dat jegens de belastingplichtige leidt tot een schending van een *grondrecht*, zoals het discriminatieverbod, dan kan bewijsuitsluiting plaatsvinden. Daar staat tegenover dat bewijsuitsluiting niet hoeft plaats te vinden als de risicoselectie in strijd met de AVG heeft plaatsgevonden.

Hier gaat de redenering van de Hoge Raad echter te kort door de bocht. Het klopt dat niet iedere schending van de AVG leidt tot een inbreuk op een grondrecht.[244] Er kunnen zich echter situaties voordoen waarin dit wel het geval is. De bescherming van persoonsgegevens raakt, zoals uitvoerig in hoofdstuk 2 is toegelicht, aan het grondrecht op eerbiediging van

239 Zie hierover bijvoorbeeld de annotatie van Pechler bij *FSV I, BNB* 2022/41, par. 6.

240 Wel dient in dit verband te worden opgemerkt dat de redenering van de Hoge Raad getuigt van een beperkt begrip van het karakter van de AVG. De verordening is immers niet een regeling die de persoonlijke levenssfeer van burgers beoogt te beschermen. Zij heeft een bredere reikwijdte: elke verwerking van persoonsgegevens, ongeacht of deze raakt aan de persoonlijke levenssfeer, valt in beginsel onder haar toepassingsbereik.

241 HR 10 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1748 (*FSV I*).

242 HR 10 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1748, r.o. 5.4 (*FSV I*).

243 Parlementaire enquêtecommissie Fraudebeleid en Dienstverlening 2024, p. 495.

244 Hustinx 2024, p. 458.

de persoonlijke levenssfeer (art. 10 Gw), het recht op respect voor het privéleven (art. 8 EVRM en art. 7 EU-Grondrechtenhandvest) en het recht op gegevensbescherming (art. 8 EU-Grondrechtenhandvest). Dit wordt ook tot uitdrukking gebracht in artikel 1, tweede lid, AVG. Hieruit volgt dat de verordening tot doel heeft de grondrechten en fundamentele vrijheden van natuurlijke personen, en met name hun recht op bescherming van persoonsgegevens zoals neergelegd in artikel 8 EU-Grondrechtenhandvest, te beschermen.[245] De *cruciale* vraag die in dit verband rijst is de volgende: wanneer leidt een schending van de AVG tot een inbreuk op artikel 8 EVRM, artikel 10 Gw of artikel 7 en 8 EU-Grondrechtenhandvest?

Naar aanleiding van *FSV I* zullen de rechters van het gerechtshof zich op deze vraag moeten beraden. Zoals Hustinx reeds heeft betoogd, zal het formuleren van een antwoord geen sinecure zijn. Zo is het onduidelijk wanneer er sprake van een inbreuk op artikel 8 EU-Grondrechtenhandvest. Over het karakter en de inhoud van dit artikel, aldus Hustinx, 'bestaat nog veel verwarring die ook in de jurisprudentie van het Hof van Justitie doorklinkt'.[246] Desondanks tasten we op dit punt niet geheel in het duister. In het tweede lid van het artikel worden namelijk een aantal kernelementen van het gegevensbeschermingsrecht tot uitdrukking gebracht: persoonsgegevens moeten "eerlijk worden verwerkt, voor bepaalde doeleinden en met toestemming van de betrokkene of op basis van een andere gerechtvaardigde grondslag waarin de wet voorziet. Eenieder heeft recht van inzage in de over hem verzamelde gegevens en op rectificatie daarvan." Betoogd zou kunnen worden dat een schending van een van deze elementen, die ook in de AVG zijn opgenomen, tevens leidt tot een inbreuk op artikel 8 EU-Grondrechtenhandvest. Is de verwerking in strijd met de bepalingen die in hoofdstuk II AVG zijn neergelegd, – waaronder artikel 6 AVG (grondslagen) en artikel 5 AVG (beginselen van gegevensverwerking) –dan is ook sprake van een inmenging in artikel 8 EU-Grondrechtenhandvest.[247]

Op basis van deze redenering zijn er sterke indicaties dat de profilering die onderdelen van de Belastingdienst in het verleden hebben verricht strijdig is met artikel 8 EU-Grondrechtenhandvest. Inmiddels heeft de Autoriteit Persoonsgegevens vastgesteld dat voor de verwerking van persoonsgegevens in de FSV geen rechtsgrondslag bestond.[248] De verwerking van dubbele nationaliteit in het Toeslagen Verstrekkingen Systeem heeft eveneens zonder grondslag plaatsgevonden.[249] Mogelijk heeft deze profilering ook geresulteerd in een schending van het grondrecht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, zoals neergelegd in artikel 10, eerste lid, Gw. In het rapport *Blind voor mens en recht* heeft de parlementaire enquêtecommissie Fraudebeleid en Dienstverlening geconcludeerd dat dit

245 Art. 1, tweede lid, AVG en considerans 1 van de AVG.

246 Hustinx 2024, p. 455. Zie in het verlengde hiervan ook: HvJ EU 6 oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:791, r.o. 226 (*La Quadrature du Net e.a.*).

247 Zie hierover in het bijzonder de uitspraak *UZ/Bondsrepubliek Duitsland* van het Hof van Justitie. Het Hof verduidelijkt hierin dat niet iedere overtreding van de AVG leidt tot een onrechtmatige gegevensverwerking. Het differentieert hierin tussen enerzijds schendingen die raken aan hoofdstuk II AVG (beginselen) en anderzijds een niet-nakoming van de verordening die verband houden met afdeling 1 van hoofdstuk IV AVG. Deze constatering indachtig kan de niet-nakoming van bijvoorbeeld art. 26 en 30 AVG niet worden opgevat als een onrechtmatige verwerking. Zie: HvJ EU 4 mei 2023, ECLI:EU:C:2023:373, r.o. 54-69 (*UZ/Bondsrepubliek Duitsland*).

248 Autoriteit Persoonsgegevens 2021, p. 59.

249 Parlementaire enquêtecommissie Fraudebeleid en Dienstverlening 2024, p. 57.

grondrecht 'veelvuldig is geschonden in de uitvoeringspraktijk van risicogericht toezicht in de sociale zekerheid en toeslagen door het onrechtmatig verwerken van gegevens'.[250]

> "Ook de Belastingdienst heeft de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer geschonden. In het Toeslagen Verstrekkingen Systeem (TVS) was van 2016 tot 2020 de dubbele nationaliteit van Nederlanders geregistreerd. Hier bestond geen grondslag voor, want dubbele nationaliteit is, in tegenstelling tot nationaliteit, niet relevant voor het toekennen van toeslagen. Ook voor de verwerking van persoonsgegevens in de Fraude Signalering Voorziening (FSV) was geen wettelijke grondslag. Hierbij zijn de beginselen van rechtmatigheid, doelspecificatie, juistheid en opslagbeperking niet nageleefd en zijn incidenteel ook gezondheidsgegevens, nationaliteit en strafrechtelijke gegevens geregistreerd, wat verboden is. Bovendien werden fraudesignalen in FSV niet standaard geverifieerd door de Dienst Toeslagen. Toch zijn op basis van deze signalen toeslagen stopgezet en niet toegekend. Met financiële problemen en onzekerheid tot gevolg. Ten slotte maakte ook het risicoclassificatiemodel van de Dienst Toeslagen inbreuk op de persoonlijke levenssfeer door het onrechtmatig verwerken van het gegeven nationaliteit als risico-indicator in het model. Dit gebeurde tot oktober 2018. Ook dit is een niet noodzakelijke verwerking, die direct onderscheid maakte en heeft geleid tot ongelijke behandeling van mensen met een niet-Nederlandse nationaliteit."[251]
>
> De constatering van de parlementaire enquêtecommissie indachtig, valt niet uit te sluiten dat de Belastingdienst informatie over belastingplichtigen heeft verwerkt op basis van een criterium dat leidt tot een schending van een grondrecht, te weten dat op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.

Wanneer er echter sprake van een schending van de AVG ten aanzien van een element dat niet is opgenomen in artikel 8, tweede lid, EU-Grondrechtenhandvest, dan is bewijsuitsluiting en vernietiging van het besluit niet zonder meer gerechtvaardigd. Stel dat een bestuursorgaan wel beschikt over een grondslag om gegevens te verwerken (art. 6 AVG), maar het in strijd met de informatieverstrekkingsplicht uit de AVG de burger hierover niet direct informeert. In dat geval is niet gehandeld in strijd met een van de kernelementen van het gegevensbeschermingsrecht zoals neergelegd in artikel 8, tweede lid, EU-Grondrechtenhandvest. Steun voor deze redenering is de vinden in de uitspraak *Bestandsvergelijking Anw AOW*.[252]

> De betrokkene ontving uitkeringen op grond van de Algemene nabestaandenwet (Anw) en de Algemene Ouderdomswet (AOW). De Sociale Verzekeringsbank (SVB) besloot de woonsituatie van de betrokkene te onderzoeken en vroeg daarom bij het waterbedrijf haar verbruikgegevens op. Hieruit bleek dat er in de periode tussen 1 januari 2001 en 9 januari 2003 sprake was van een extreem laag waterverbruik. Hierna legden twee sociaal rechercheurs van de SVB een thuisbezoek af in de woning van de betrokkene. Op basis van dit onderzoek herzag de SVB de Anw- en AOW-uitkeringen van de betrokkene in het licht van de norm van een gehuwde.
>
> In beroep stond onder andere de vraag centraal of het waterbedrijf de gegevens over het waterverbruik op rechtmatige gronden had verstrekt aan de SVB. De bestuursrechter constateerde dat artikel 54 Wet SUWI een grondslag biedt voor deze verstrekking. Toch stelde hij vast dat de SVB in casu in strijd met de Wbp had gehandeld, omdat zij de betrokkene niet had geïnformeerd over deze verwerking. Dit was in strijd met de informatieverstrekkingsplicht van

250 Parlementaire enquêtecommissie Fraudebeleid en Dienstverlening 2024, p. 57.
251 Parlementaire enquêtecommissie Fraudebeleid en Dienstverlening 2024, p. 57.
252 Rb. Arnhem 23 juli 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BD9620 (*Bestandsvergelijking Anw AOW*).

> artikel 34 Wbp.[253] De SVB had immers de betrokkene niet direct over deze gegevensverkrijging geïnformeerd. Desondanks kon de betrokkene zich niet succesvol beroepen op het 'zozeer-indruist-criterium'. De bestuursrechter overwoog dat aan dit criterium niet was voldaan, omdat de SVB op grond van artikel 54 Wet SUWI kon beschikken over de persoonsgegevens. De SVB had, met andere woorden, wel een grondslag voor deze gegevensverwerking in een formele wet. Ondanks dat er sprake was van gegevens die in strijd met de Wbp waren verwerkt, kon de SVB deze gegevens aldus aan de besluitvorming ten grondslag leggen.

Een ander opvallend punt aan *FSV I* betreft de beperkte aandacht die de Hoge Raad heeft voor de procespositie van de geprofileerde belastingplichtige. Anders dan A-G Niessen, heeft de cassatierechter zich in het arrest niet gebogen over het feit dat het thans geen staande praktijk is om in een belastingaanslag te vermelden dat die mede tot stand is gekomen door risicoprofilering. De Hoge Raad merkt enkel op dat als een belastingplichtige gemotiveerd stelt dat de in dit arrest bedoelde uitzonderlijke situatie zich heeft voorgedaan – bijvoorbeeld omdat hij in strijd met het discriminatieverbod is geprofileerd –, de inspecteur aan de belastingplichtige en de rechter de gegevens moet verstrekken die voor de beoordeling hiervan van belang zijn.[254] Kern van het probleem is echter dat – althans in het verleden – de Belastingdienst niet uit eigen beweging transparantie heeft geboden over deze profilering.[255]

Nu zullen rechters na de Toeslagenaffaire zich meer bewust zijn van het feit dat bestuursorganen profileren. Sterker, de Werkgroep Reflectie Toeslagenaffaire Rechtbanken adviseert bestuursrechters zich actiever op te stellen als profilering mogelijk een rol in de besluitvorming heeft gespeeld, omdat dan een vermoeden van een 'sterk ongelijke positie' tussen partijen bestaat.[256] Effectief is deze gang van zaken echter niet, aangezien een rechter pas in (hoger) beroep deze interventie kan plegen. Problematisch is ook dat alleen rechtzoekenden die rechtsmiddelen hebben aangewend tegen een besluit deze rechtsbescherming verkrijgen. Rechtzoekenden die dat niet hebben gedaan, weten dan niet dat profilering een rol heeft gespeeld in het besluitvormingsproces. Omdat juist in bestuursrechtelijke zaken niet de rechter maar het bestuur de primaire feitenvaststeller is, ligt het daarom voor de hand dat aan het besluit in primo meer eisen worden gesteld. Zoals A-G Niessen heeft gesuggereerd, zou in dit besluit verantwoording moeten worden afgelegd over de rol die de profilering in de besluitvorming heeft gespeeld:[257]

> "Theoretisch lijkt denkbaar om voortaan bij belastingaanslagen te vermelden dat door de Belastingdienst desgevraagd informatie zal worden verstrekt over persoonsgegevens die betreffende de belastingplichtige zijn verkregen. Het zou dan vervolgens aan de belanghebbende zijn om te besluiten om de informatie al dan niet daadwerkelijk op te vragen en om een eventueel later opgelegde belastingaanslag aan te vechten wegens onrechtmatige selectie."

Het bieden van deze transparantie in de primaire besluitvorming zal tot gevolg hebben dat er een meer gelijkwaardige procespositie tussen de burger en het bestuur ontstaat. Dit maakt het voor de burger immers mogelijk om conform het verdedigingsbeginsel de

253 Rb. Arnhem 23 juli 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BD9620, r.o. 2 (*Bestandsvergelijking Anw AOW*).
254 HR 10 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1748, r.o. 5.3 (*FSV I*).
255 Conclusie A-G Niessen 17 juni 2021, ECLI:NL:PHR:2021:617, r.o. 5.61 (*FSV I*).
256 Werkgroep Reflectie Toeslagenaffaire Rechtbanken 2021, p. 59.
257 Conclusie A-G Niessen 17 juni 2021, ECLI:NL:PHR:2021:617, r.o. 5.60-5.64 (*FSV I*).

verwerkingen die ten behoeve van de besluitvorming hebben plaatsgevonden te beoordelen en zo nodig deze accessoir dan wel autonoom aan te vechten bij de rechter. Dit zou bovendien in lijn zijn met het in paragraaf 4.5.1 besproken pleidooi van onder meer de Raad van State om het zorgvuldigheidsbeginsel en motiveringsbeginsel in de context van digitalisering verscherpt te interpreteren.[258] Zo kan aan het begin van de rechtsbeschermingsketen, wanneer een besluit in primo wordt genomen, transparantie worden geboden over de risicoprofilering die het bestuur heeft verricht.

4.6.2 Risicoprofilering door het bestuur in het socialezekerheidsrecht

In tegenstelling tot het belastingrecht, bieden bestuursorganen in het socialezekerheidsrecht in sommige gevallen wél transparantie over het feit dat risicoprofilering de aanleiding heeft gevormd om onderzoek te doen naar een verleend dan wel nog te verlenen besluit.[259] Dit stelt de bestuursrechter in staat om de rechtmatigheid van het risicoprofiel – mits hierover beroepsgronden zijn aangevoerd – te toetsen. Door de jaren heen hebben zowel rechters in eerste aanleg alsook de CRvB hierover meerdere richtinggevende uitspraken gedaan. In deze paragraaf wordt deze rechtspraak op hoofdlijnen toegelicht.[260] Het doel is om te laten zien hoe bestuursrechters in het socialezekerheidsrecht de afgelopen jaren grenzen hebben gesteld aan de bestuurlijke verwerking van gegevens in het kader van risicoprofilering.[261] In *X/College van B&W Schiedam* heeft de CRvB, zoals reeds toegelicht in paragraaf 4.3.3, geoordeeld dat bestuursorganen met het oog op efficiëntie, effectiviteit, kostenbesparing en het belang van fraudebestrijding bevoegd zijn om bij het toepassen van hun algemene onderzoeksbevoegdheid risicoprofilering te gebruiken.[262]

> Uit rechtspraak van de bestuursrechter blijkt dat ervaringen met groepen bijstandsontvangers en andersoortige criteria die objectief een risicoprofiel kunnen vormen voor onvermeld buitenlands vermogen, kunnen rechtvaardigen dat het bestuur zijn onderzoeksbevoegdheid alleen inzet ten aanzien van burgers met een niet-Nederlandse herkomst, een bepaalde leeftijd en een bepaald vakantiegedrag.[263] Sterker, het kan zelfs een risicoprofiel hanteren dat enkel ziet op burgers die een niet-Nederlandse nationaliteit hebben. Wordt op basis van nationaliteit geprofileerd, dan is dit conform rechtspraak over artikel 14 EVRM wel een 'verdacht' onderscheid. Het bestuur dient dit verschil in benadering dan op grond van *very weighty reasons* objectief te rechtvaardigen. Dit betekent dat met het onderscheid een

258 Zie in dit verband ook Van Hout 2019, p. 21-22. Volgens haar moeten belastingplichtigen 'op basis van een ruime interpretatie van het verdedigingsbeginsel of het fair play beginsel het recht hebben om effectief op te kunnen komen tegen de vastlegging en uitwisseling van bepaalde gegevens en in staat worden gesteld om – in alle ketens – correcties door te laten voeren'.

259 Al onder de voorganger van de Participatiewet, de Wet werk en bijstand (Wwb), werd ervan uitgegaan dat het bestuur bevoegd was om middels risicoprofilering onderzoek te doen naar mogelijke fraude. Zie in dat kader de Nota 'Controle van uitkeringsgegevens WWB' van 23 december 2003.

260 Zie voor een uitgebreide bespreking van deze rechtspraak onder andere de uitvoerige noot van Stijnen (*RSV* 2007/175) in de zaak *Klant in beeld*: CRvB 11 april 2007, ECLI:NL:CRVB:2007 BA2410 (*Klant in beeld*). Zie recenter Schuurmans 2017.

261 Zie bijvoorbeeld CRvB 11 april 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BA2436 (*Risicoprofilering WWB II*); Rb. Haarlem 20 september 2005, ECLI:NL:RBHAA:2005:AU3822 (*Risicoprofilering WWB I*).

262 CRvB 14 april 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1229 (*X/College van B&W Schiedam*).

263 CRvB 14 augustus 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:4329, r.o. 4.5.5 (*Profilering naar afkomst*).

gerechtvaardigd doel moet worden nagestreefd en dat de gehanteerde onderzoeksmiddelen in een redelijke proportionaliteitsrelatie moeten staan tot het nagestreefde doel.[264]

In *Risicoprofilering mannen* staat bijvoorbeeld de vraag centraal of het Haagse college van B&W een risicoprofiel heeft mogen opstellen ten aanzien van inwonende, alleenstaande mannen van 55 jaar en ouder.[265] De CRvB oordeelt dat het college vanwege het feit dat het risicoprofiel beperkt was tot mannelijke bijstandsontvangers, naar EHRM-rechtspraak een verdacht onderscheid heeft gemaakt. Dit onderscheid kan het echter niet objectief rechtvaardigen. Het college stelt dat uit ervaringsgegevens van de gemeente is gebleken dat deze specifieke groep een verhoogd risico op fraude met bijstandsuitkeringen kent. Het heeft dit echter niet kunnen aantonen aan de hand van objectieve gegevens.

In *Verwonderadressen* heeft de CRvB het toetsingskader inzake de toelaatbaarheid van risicoprofilering verder verfijnd.[266] Onder verwijzing naar de eerdergenoemde *SyRI*-uitspraak benadrukt hij dat een bestuursorgaan bij de toepassing van risicoprofilering aan de betrokkene transparantie moet bieden over de hiervoor verrichte gegevensverwerking, zodat die deze kan controleren.[267] Tevens moet deze profilering voldoen aan de beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het verbod van willekeur, het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van *détournement de pouvoir*.

Het Eindhovense college van B&W start in 2016 het project GALOP II om bijstandsfraude te bestrijden. Hiervoor heeft het een 'risicomatrix met indicatoren voor verschillende vormen van regelovertreding' opgesteld.[268] Deze analyse resulteert in een lijst van onderzoekswaardige verwonderadressen. Het adres van de betrokkenen wordt geselecteerd voor een huisbezoek. Tijdens dit bezoek treffen ambtenaren in hun paspoorten reisstempels aan. Naar aanleiding hiervan verzoekt het college hen om gegevens, waaronder informatie over hun buitenlandse reizen, over te leggen. Omdat niet alle gevraagde gegevens zijn verstrekt, heeft het de bijstand ingetrokken en deels teruggevorderd. De CRvB buigt zich over de rechtmatigheid van het bewijs dat is verkregen via GALOP II.

Eerst zet hij het relevante toetsingskader uiteen. Met een verwijzing naar *X/College van B&W Schiedam* brengt de CRvB in rechtsoverweging 4.4 in herinnering dat het bestuur bij het toepassen van zijn algemene onderzoeksbevoegdheid in beginsel burgers mag profileren. Deze profilering moet echter wel aan een aantal eisen voldoen. Zo mag de profilering niet in strijd zijn met het discriminatieverbod (art. 14 EVRM evenals art. 1 Protocol 12 bij het EVRM) en het recht op respect voor het privéleven (art. 8 EVRM). Ook dient het bestuur de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het willekeursverbod, het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod op *détournement de pouvoir* in acht te nemen.[269]

Dit toetsingskader indachtig, is volgens de CRvB de verrichte profilering onrechtmatig omdat het Eindhovense college, kort gezegd, niet inzichtelijk heeft gemaakt op welke precieze gronden verwonderadressen worden geselecteerd. Hierdoor kan de CRvB ook het risicoprofiel, en de verwerkingen die ten behoeve hiervan plaatsvinden, niet toetsen. "Het is daarmee ook niet te beoordelen of het college bij het gebruikmaken van de algemene onderzoeksbevoegdheid met toepassing van risicoprofielen heeft gehandeld in overeenstemming met de rechtspraak van de Raad en de beginselen, genoemd in 4.4, en kan het in 4.1 beschreven vermoeden van betrokkene niet worden ontzenuwd. Voor zijn oordeel vindt de Raad steun in het in

264 CRvB 14 augustus 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:4329 (*Profilering naar afkomst*).
265 CRvB 21 november 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:4068 (*Risicoprofilering mannen*).
266 CRvB 8 december 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:3294, r.o. 4.4 en 4.7 (*Verwonderadressen*).
267 CRvB 8 december 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:3294, r.o. 4.7 (*Verwonderadressen*).
268 CRvB 8 december 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:3294, r.o. 1.2.2 (*Verwonderadressen*).
269 CRvB 8 december 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:3294, r.o. 4.4 (*Verwonderadressen*).

> 3.2 genoemde vonnis van de rechtbank Den Haag."[270] Voor de betrokkenen is het hierdoor onduidelijk waarom hun adres een verwonderadres is.

In de rechtspraak van de CRvB over de toelaatbaarheid van risicoprofilering wordt een onderscheid gemaakt tussen twee soorten onrechtmatigheden, te weten de onrechtmatigheid van *de aanvang van het onderzoek* en de onrechtmatigheid van *een hulpmiddel voor dat onderzoek*. Kleeft de onrechtmatigheid aan de *aanvang* van het onderzoek, dan heeft dat tot gevolg dat *alle gegevens* die worden verkregen op grond van daaropvolgende bestuurshandelingen gelden als *onrechtmatig verkregen bewijs*. Dit volgt eveneens uit *Verwonderadressen*.[271]

> In hoger beroep stelt het college dat het de reisgegevens ook op andere wijze had kunnen verkrijgen. De CRvB gaat niet mee in dat betoog. "Op zichzelf verzet geen rechtsregel of algemeen rechtsbeginsel zich ertegen dat het bijstandsverlenend orgaan na een onrechtmatig aangevangen onderzoek of een onrechtmatig geoordeeld huisbezoek een nader onderzoek instelt naar de rechtmatigheid van verleende of nog te verlenen bijstand. (…) In dit geval borduren de onderzoekshandelingen van het college echter rechtstreeks voort op het onrechtmatig aangevangen onderzoek, waarbij het adres van betrokkene als verwonderadres is aangemerkt. Hierna heeft het huisbezoek plaatsgevonden, zijn nadere gegevens opgevraagd, heeft een gesprek plaatsgevonden en is het dwangmiddel van opschorting en intrekking na opschorting toegepast om die nadere gegevens te verkrijgen. Al deze onderzoekshandelingen zijn uitsluitend een vervolg op en onlosmakelijk verweven met het onrechtmatig gestarte onderzoek. Volgens vaste rechtspraak (…) worden de op die manier verkregen gegevens ook aangemerkt als onrechtmatig verkregen bewijs."[272]

Wanneer zich in het kader van een *rechtmatig* aangevangen onderzoek op onderdelen ervan een onrechtmatigheid heeft voorgedaan, wat heeft geresulteerd in een onrechtmatig verkregen hulpmiddel voor onderzoek, dan tast dit niet de rechtmatigheid van het overige bewijs aan. Illustratief is de zaak *Turkse identiteitsnummers*.[273]

> De SVB onderzoekt in fases de rechtmatigheid van verstrekte aanvullende inkomensvoorzieningen ouderen (AIO). Jaarlijks onderzoekt zij een specifiek land. In 2015 is Turkije aan de beurt. Voor dit onderzoek hebben de betrokkenen het formulier 'Verblijf en vermogen buiten Nederland' ingevuld en geretourneerd aan de SVB. Hierin hebben zij verklaard geen eigenaar te zijn van grond of een woning buiten Nederland. In het vervolgonderzoek heeft de SVB bij hen een onaangekondigd huisbezoek afgelegd. Toen is met toestemming van de betrokkenen een foto gemaakt van hun paspoort en Turkse identiteitsnummers. Vermogensonderzoek in Turkije heeft vervolgens uitgewezen dat een van de betrokkenen eigenaar is van een perceel dat is getaxeerd op € 46.600. Hierna heeft het college het recht op bijstand en de AIO van de betrokkenen beëindigd. De CRvB stelt dat de gegevens die zijn verkregen via dit vermogensonderzoek aan het besluit ten grondslag mogen worden gelegd. In dat kader acht hij relevant dat het onderzoek naar de betrokkenen rechtmatig is aangevangen. Wel constateert hij dat het huisbezoek onrechtmatig was, omdat voor dit bezoek geen redelijke grond bestond. Het feit dat de identiteitsnummers zijn verkregen tijdens een onrechtmatig huisbezoek neemt echter niet weg dat de gegevens van het Turkse Kadaster rechtmatig aan het besluit ten grondslag kunnen worden gelegd. De CRvB acht het in dat kader van belang dat de identiteitsnummers als zodanig niet gelden als gegevens die van invloed zijn op het recht op bijstand of de AIO-aanvulling. Deze nummers gelden dus niet als bewijsmateriaal

270 CRvB 8 december 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:3294, r.o. 4.7 (*Verwonderadressen*).
271 CRvB 8 december 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:3294 (*Verwonderadressen*).
272 CRvB 8 december 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:3294, r.o. 4.8.2 (*Verwonderadressen*).
273 CRvB 8 oktober 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:3295 (*Turkse identiteitsnummers*).

dat aan de besluitvorming ten grondslag wordt gelegd. Tevens overweegt de CRvB dat de SVB, vanwege de inlichtingenplicht die op belanghebbenden rust, ze ook op rechtmatige wijze had kunnen verkrijgen.

Uit bovenstaande rechtspraak kan worden geconcludeerd dat de bestuursrechter in het socialezekerheidsrecht de afgelopen jaren meermaals grenzen heeft gesteld aan de bestuurlijke inzet van risicoprofilering voor fraude-opsporingsdoeleinden. Hierbij vallen twee zaken op. Allereerst wordt in deze rechtspraak een grote nadruk gelegd op de normering die van het EVRM uitgaat. De AVG, artikel 10 Gw en het EU-Grondrechtenhandvest lijken geen rol te spelen. Ten tweede kan worden opgemerkt dat de CRvB en Hoge Raad het leerstuk van onrechtmatig verkregen bewijs ten aanzien van de toelaatbaarheid van bewijs dat is verkregen dankzij risicoprofilering tot op zekere hoogte op gelijke wijze inkleuren. Uit rechtspraak van de CRvB volgt dat als aan de aanvang van het onderzoek een onrechtmatigheid kleeft, deze doorwerkt in al het bewijs dat het bestuur op basis van hierop volgende onderzoekshandelingen verkrijgt.[274] Anders dan de Hoge Raad, lijkt de CRvB echter niet te differentiëren tussen verschillende soorten rechtsschendingen: aan een schending van artikel 14 EVRM – waarin het verbod op discriminatie is neergelegd – lijkt evenveel waarde te worden gehecht als aan een schending van een beginsel van behoorlijk bestuur – bijvoorbeeld het willekeursverbod, het rechtszekerheidsbeginsel of het verbod van *détournement de pouvoir*. In beide gevallen volgt in de regel bewijsuitsluiting. Het bestreden besluit kan echter in stand blijven als het gedragen kan worden door andersoortig bewijs dat los van het onrechtmatig aangevangen onderzoek is vergaard. Op dit punt verschilt echter de redenering van de Hoge Raad in *FSV I*. Wordt vastgesteld dat het bewijs in strijd met grondrechten is verkregen, dan is in de regel uitgesloten dat dit kan leiden tot verhoging van de belastingaanslag.

Al met al kan worden geconcludeerd dat het leerstuk van bewijsuitsluiting ten aanzien van de inzet van risicoprofilering door bestuursorganen in verschillende rechtsgebieden anders wordt ingevuld. Voor deze divergerende lijnen in de jurisprudentie, en de gevolgen ervan voor de burger, zou in rechtspraak en praktijk meer aandacht mogen bestaan.

4.6.3 Risicoprofilering door derden: de casus Stichting Inlichtingenbureau

De hiervoor besproken casus betroffen telkens gevallen waarin het bestuur de risicoprofilering zelf verrichtte. Soms is deze profilering echter volledig uitbesteed aan private partijen. Zo ook in het socialezekerheidsrecht. Een private stichting – het Inlichtingenbureau – is al meer dan twintig jaar een spil in dit recht. Het bureau koppelt en analyseert in opdracht van bestuursorganen op grote schaal gegevensbestanden van overheidsinstanties voor handhavingsdoeleinden. Daarmee tracht het te controleren of een burger nog voldoet aan de wettelijke vereisten die gelden om een voorziening, zoals een bijstandsuitkering, te ontvangen. Uit deze verwerking kan vervolgens een signalement voortvloeien. Zo kan blijken dat een bijstandsontvanger verzwegen vermogen heeft, zoals een bankrekening in het binnen- of buitenland. Een dergelijk signaal koppelt het bureau vervolgens terug aan het bestuursorgaan dat de uitkering verstrekt. Dat orgaan kan dan additioneel handhavingsonderzoek doen naar de verleende uitkering.

274 CRvB 8 december 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:3294, r.o. 4.8.2 (*Verwonderadressen*).

De oprichting van het Inlichtingenbureau is voor het eerst aangekondigd in de kabinetsnotitie Intensivering fraudebestrijding uit april 1998.[275] In 2002 is het bij wet aangewezen als de organisatie die voor gemeenten op het gebied van gegevensuitwisseling zorgt voor coördinatie en dienstverlening ten aanzien van de uitvoering van de Wet inkomensvoorziening ouders en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers (Wet IOAW), de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte gewezen zelfstandigen (Wet IOAZ), de Wet SUWI en de Algemene bijstandswet, die inmiddels is vervangen door de Participatiewet.[276] De taken van het bureau zien in de beginperiode vooral op het coördineren van elektronische gegevensuitwisselingen tussen overheidsinstanties. Het regelt bijvoorbeeld dat zij elkaars gegevensbestanden via een digitaal systeem – het Suwinet – kunnen raadplegen. Deze gegevens verwerkt het bureau ook voor het opstellen van risicoprofielen. Zo blijkt uit *Kamerstukken* dat het Inlichtingenbureau voor het uitvoeren van publieke taken die buiten de Participatiewet vallen, gebruikmaakt van risicomodellen.[277] Doen zich discrepanties voor in de geanalyseerde gegevens, dan stelt het bureau een signaal op dat wordt gemeld aan het bestuur.

Bij de oprichting heeft de Minister van SZW het Inlichtingenbureau ondergebracht in een private stichting.[278] De vaste commissie voor SZW heeft kritische vragen gesteld over deze institutionele vormgeving. “Waarom is het niet wenselijk dat het Inlichtingenbureau ondergebracht blijft bij het departement?”[279] De minister antwoordde hierop als volgt: “[u]it het oogpunt van een scheiding van beleid, uitvoering en toezicht is het niet wenselijk dat het inlichtingenbureau ondergebracht blijft bij het departement. Ook gezien de taken van de stichting, namelijk fungeren als elektronisch loket ten behoeve van gemeenten, is onderbrengen bij het departement niet langer wenselijk.”[280]

In wetgeving, parlementaire stukken en rapporten over het socialezekerheidsrecht wordt veelvuldig verwezen naar het Inlichtingenbureau, dat alleen al tussen 2017 en 2021 meer dan 5,3 miljoen signalementen heeft gegenereerd.[281] Zo is in een achtergrondstudie bij het WRR-rapport *Big data in een vrije en veilige samenleving* een heel hoofdstuk aan het bureau gewijd.[282] Toch is het Inlichtingenbureau lange tijd onder de radar gebleven.[283] Pas toen in

275 *Kamerstukken II* 1997/98, 17050, nr. 203, p. 1-30 en Nota van toelichting, *Stb.* 2001, 686. Het Inlichtingenbureau voert inmiddels ook taken uit op andere beleidsterreinen dan de sociale zekerheid, zoals het onderwijs en het sociaal domein. In dit hoofdstuk worden enkel de taken van het Inlichtingenbureau in het socialezekerheidsdomein toegelicht. Deze bevoegdheid om voor fraudeonderzoeken gegevens te verwerken, ontleent het bureau aan verschillende wetten, waaronder de Wet SUWI, de Wet IOAZ, de Wet IOAW, de Participatiewet en de daaraan onderliggende regels. Zie art. 63 Wet SUWI, het Besluit SUWI, art. 45 en 49 IOAW, art. 45 en 49 IOAZ en art. 65 en 67 Participatiewet.

276 Nota van toelichting, *Stb.* 2001, 686.

277 *Kamerstukken II* 2020/21, Aanhangsel van de Handelingen, nr. 3177, p. 1, voetnoot 2.

278 Zie in dat verband ook: Peters & Hermans 2022, p. 313.

279 *Kamerstukken II* 2000/01, 27635, nrs. 233a en 2, p. 8.

280 *Kamerstukken II* 2000/01, 27635, nrs. 233a en 2, p. 7.

281 *Kamerstukken II* 2020/21, Aanhangsel van de Handelingen, nr. 3177, p. 2.

282 Olsthoorn 2016, p. 87-98.

283 Van der Linde 2021; Venderbos 2021, p. 268.

2021 de nodige ophef ontstond over de *Boodschappenaffaire*, kregen rechtswetenschappers, politici en journalisten er oog voor.[284]

> In het kader van handhavingstoezicht onderzoekt het college van B&W van Wijdemeren de rechtmatigheid van de bijstandsuitkering die eiseres ontvangt. Zij verklaart dat zij van haar moeder wekelijks € 50 aan boodschappen krijgt. Het college stelt op grond hiervan dat eiseres de inlichtingenplicht van artikel 17 Participatiewet heeft geschonden door dit niet te melden. Het college herziet de hoogte van haar recht op bijstand en vordert € 7000 terug. De bestuursrechter bevestigt in eerste aanleg de rechtmatigheid van het besluit tot herziening en terugvordering van de bijstand.[285]

Ondanks het feit dat het Inlichtingenbureau jaren onder de radar heeft geopereerd, zijn colleges van B&W jegens de burger wel transparant geweest over de fraudesignalen van dit bureau en de rol die deze hebben gespeeld in het starten van bijstandsonderzoeken. Tussen 2004 en 2023 zijn meer dan 240 rechterlijke uitspraken gewezen waarin het Inlichtingenbureau voorkomt. Hierin vervult het in de regel dezelfde rol.[286] Telkens start een college van B&W na ontvangst van een fraudesignaal van het Inlichtingenbureau in het kader van handhavingstoezicht een onderzoek naar de rechtmatigheid van reeds verleende bijstand, concludeert op basis van dat onderzoek dat de inlichtingenverplichting is geschonden, herziet de hoogte van de te verlenen bijstand en vordert deze deels of geheel terug.[287] Uit de uitspraken blijkt dat de rol van het Inlichtingenbureau in de besluitvorming in beginsel wordt toegelicht. Tevens wordt vaak gemotiveerd wat de aanleiding voor het genereren van het signalement is geweest. Zo laat jurisprudentieonderzoek zien dat het Inlichtingenbureau door middel van bestandsvergelijking aan het licht heeft gebracht dat een bijstandsontvanger over vermogen beschikt dat niet is doorgegeven aan het verantwoordelijke college,[288] onvermelde inkomsten uit arbeid heeft,[289] gedetineerd was,[290] een caravan bezit,[291] verzwegen bankrekeningen en/of spaarrekeningen heeft,[292] of meerdere,

284 Van der Linde 2021; Vollebregt & Van Gestel 2021; Zwolsman 2021; Venderbos 2021. Rb. Midden-Nederland 14 oktober 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:4746 (*Boodschappenaffaire*).

285 Rb. Midden-Nederland 14 oktober 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:4746, r.o. 10 (*Boodschappenaffaire*).

286 Op www.rechtspraak.nl is gezocht op grond van de zoektermen 'inlichtingenbureau' en 'bestuursrecht'.

287 Al spelen signalementen van het Inlichtingenbureau ook een rol in civiele en strafrechtelijke zaken. Zie Rb. Gelderland 21 mei 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:CA0495 (*Uitkeringsfraude*).

288 Rb. Zeeland-West-Brabant 25 februari 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:806 (*X/Werkplein Hart van West-Brabant*).

289 CRvB 20 november 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BB8347 (*Fraudesignaal inkomen uit arbeid I*); CRvB 10 november 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:2905 (*Fraudesignaal inkomen uit arbeid III*); CRvB 18 mei 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:1176 (*Fraudesignaal inkomen uit arbeid II*); CRvB 22 juni 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:1476 (*Fraudesignaal inkomen uit arbeid IV*).

290 CRvB 26 juli 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:1744 (*Fraudesignaal detentie*).

291 CRvB 17 december 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:4111 (*Fraudesignaal caravanbezit*).

292 CRvB 31 juli 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BB1168 (*X/College van B&W Hoorn*); CRvB 14 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:22 (*X/College van B&W Weert*); CRvB 6 oktober 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3389 (*X/College van B&W Bergen op Zoom*); CRvB 29 maart 2023, ECLI:NL:CRVB:2022:698 (*Fraudesignaal verzwegen bankrekening*).

in een geval zelfs zeventig,[293] kentekens op zijn naam heeft staan.[294] De signalementen zijn aldus in de regel feitelijk van aard.

Maar hierop bestaan ook uitzonderingen. Soms vermeldt het bestuursorgaan wel dat een onderzoek is gestart naar aanleiding van een signaal van het Inlichtingenbureau, maar laat het na de inhoud ervan toe te lichten. Het bestuur stelt in deze gevallen bijvoorbeeld dat het 'informatie', een 'signaal' of een 'IB-signaal' van het Inlichtingenbureau heeft ontvangen.[295] Zo ook in de *Boodschappenaffaire*. In de uitspraak in eerste aanleg valt te lezen dat het college van B&W van Wijdemeren het rechtmatigheidsonderzoek is gestart vanwege een signaal van het Inlichtingenbureau.[296] Het college licht echter niet toe wat het signalement precies inhield. Deze toelichting is pas in hoger beroep gegeven. Uit de uitspraak van de CRvB blijkt dat het rechtmatigheidsonderzoek is aangevangen naar aanleiding van een melding van 'het Inlichtingenbureau dat sinds 20 januari 2018 een BMW uit 2002 (auto) op naam van appellante geregistreerd stond'.[297]

In de bovengenoemde zaken is het bestuur in de regel transparant over de signalementen van het Inlichtingenbureau. Hierdoor weet de burger dat zijn gegevens in het kader van handhavingstoezicht zijn verwerkt. In theorie zou hij dan via het besluit dat volgt op het signalement, de rechtmatigheid ervan in bezwaar en beroep ter discussie kunnen stellen. Hij zou dus *accessoir* kunnen opkomen tegen de verwerking. In de rechtspraak zijn hiervan, naar beste weten, echter geen voorbeelden te vinden. Zou een burger via het informatieverzoek-besluitmodel ook autonoom kunnen opkomen tegen een signaal van het Inlichtingenbureau? Er is immers sprake van een sterke link met een bestuurlijke verwerking in de publieke sector, nu dit bureau wettelijk verplicht is gegevensbestanden van bestuursorganen op te vragen en bestandsvergelijkingen te verrichten. Uit artikel 34 Uitvoeringswet AVG volgt dat via het informatieverzoek-besluitmodel alleen kan worden opgekomen tegen een gegevensverwerking van een verwerkingsverantwoordelijke die *ook* bestuursorgaan is. Bij het Inlichtingenbureau loopt het hier spaak.

Door de jaren heen is de gegevensbeschermingsrechtelijke status van het bureau meermaals veranderd. Bij zijn oprichting was het 'verantwoordelijke' in de zin van artikel 1, onderdeel d, Wbp.[298] Daardoor was het bureau zelf verantwoordelijk voor de naleving van de Wbp, in het bijzonder de transparantieverplichtingen die hierin waren opgenomen. Ook kon het zelf het doel en de middelen van de verwerking vaststellen. Dit had ook gevolgen voor de toegang

293 CRvB 3 oktober 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:3361 (*X/Interstedelijke Sociale Dienst Steenwijkerland & Westerveld*).

294 CRvB 2 juli 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:799 (*Fraudesignaal kentekens I*); CRvB 8 september 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3028 (*Fraudesignaal kentekens III*); CRvB 20 september 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3519 (*Fraudesignaal kentekens IV*); CRvB 15 december 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:3369 (*Fraudesignaal kentekens II*).

295 CRvB 10 juli 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BX1143 (*Fraudesignaal Inlichtingenbureau I*); CRvB 4 juli 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2336 (*Fraudesignaal Inlichtingenbureau IV*); CRvB 27 maart 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1029 (*Fraudesignaal Inlichtingenbureau III*); CRvB 17 november 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:2955 (*Fraudesignaal Inlichtingenbureau II*).

296 Rb. Midden-Nederland 14 oktober 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:4746, r.o. 1 (*Boodschappenaffaire*).

297 CRvB 23 augustus 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:1918, r.o. 1.2 (*Boodschappenaffaire*).

298 *Stb.* 2001, 686, p. 9. Zie ook art. 1, onderdeel d, Wbp en art. 15 Wbp.

tot rechtsbescherming. Een burger die wilde opkomen tegen een gegevensverwerking door dit bureau was aangewezen op het privaatrecht. Het Inlichtingenbureau kwalificeerde als rechtspersoon naar privaatrecht niet als een a-orgaan. Ook voldeed het niet aan de vereisten voor een b-orgaan.[299] Een private entiteit vormt pas een b-orgaan als zij bij wettelijk voorschrift een publiekrechtelijke bevoegdheid heeft tot het eenzijdig vaststellen van de rechtspositie van andere rechtssubjecten. Op deze regel wordt een uitzondering gemaakt voor private rechtspersonen die op geld waardeerbare voorzieningen verstrekken. Hiervan is in het geval van het Inlichtingenbureau, dat enkel gegevens verwerkt, geen sprake. Daarom stond enkel bij de civiele rechter rechtsbescherming open tegen signalen van dit bureau.

In 2008 veranderde de status van het Inlichtingenbureau, zonder al te veel toelichting, van Wbp-verantwoordelijke naar Wbp-bewerker.[300] Hierdoor was het bureau niet langer primair aanspreekbaar voor de naleving van de Wbp. Ook had het geen zeggenschap meer over het doel en de middelen van de gegevensverwerking.[301] Wie was dan wel aanspreekbaar voor de verwerkingen van het Inlichtingenbureau? Dat waren de Wbp-verantwoordelijke – de colleges van B&W – voor wie het Inlichtingenbureau als Wbp-bewerker de verwerking verrichtte. Deze statuswijziging had ook implicaties voor de toegang tot rechtsbescherming. Een burger kon het Inlichtingenbureau niet meer direct aanspreken op een verwerking. Hij diende uit verschillende wettelijke voorschriften – waaronder de Wet SUWI, het Besluit SUWI, het Gegevensregister SUWI en de materiële wet waarop de verwerking betrekking had – op te maken voor welk bestuursorgaan het Inlichtingenbureau zijn gegevens had verwerkt.[302] Vervolgens kon hij via dat bestuursorgaan opkomen tegen deze verwerking.

Door de Boodschappenaffaire heeft men als gezegd meer belangstelling gekregen voor het Inlichtingenbureau. In verschillende kranten zetten juristen vraagtekens bij zijn juridische status.[303] Zo stelde Terstegge in *Trouw* dat de kwalificatie van het Inlichtingenbureau als AVG-verwerker hem bevreemdt, omdat het zelf actief gegevens verzamelt en analyseert. Die zelfstandigheid zou niet passen bij een verwerker.[304]

> In de AVG zijn in 2018 de termen 'bewerker' en 'verantwoordelijke' uit de Wbp ingewisseld voor de termen 'verwerker' en 'verwerkingsverantwoordelijke'. Inhoudelijk komen deze termen echter overeen.[305]

Van Eck, die ten tijde van de oprichting van het bureau werkte bij het Ministerie van SZW, heeft in datzelfde krantenartikel de keuze van het kabinet om het Inlichtingenbureau aan te merken als verwerker als volgt verklaard: "Het enige wat ik kan verzinnen is dat de rijksoverheid geen directe verantwoordelijkheid wilde dragen voor het Inlichtingenbureau

299 Paragraaf 2.2.2.
300 *Stb.* 2008, 104. De Wbp omschreef de bewerker als degene die ten behoeve voor de verantwoordelijke persoonsgegevens verwerkt zonder aan zijn rechtstreekse gezag te zijn onderworpen. Zie art. 1, onderdeel e, Wbp (oud).
301 Kranenborg & Verhey, *Wet bescherming persoonsgegevens in Europees perspectief (MM SBR)* 2011, p. 78.
302 *Stb.* 2008, 104, p. 12.
303 Zie bijvoorbeeld Vollebregt & Van Gestel 2021; Van der Linde 2021; Februari 2021.
304 Van Gestel & Vollebregt 2021.
305 Europees Comité voor gegevensbescherming 2021, p. 10.

en op deze manier de bal bij gemeenten legt."[306] Een woordvoerder van het Ministerie van SZW erkent, in lijn met Van Eck en Terstegge, dat de juridische status van het bureau 'verwarrend en onduidelijk kan zijn'. Hij heeft in de krant aangekondigd dat een wetswijzing zou plaatsvinden om dit te verduidelijken.

Maar deze wetswijziging zat al vóór de Boodschappenaffaire in de pijplijn. Voor de zomer van 2020 heeft een briefwisseling plaatsgevonden tussen de Autoriteit Persoonsgegevens en de Staatssecretaris van SZW. Daarin neemt de toezichthouder het standpunt in dat de status van het Inlichtingenbureau als AVG-verwerker aanpassing behoeft. Dat zou allereerst het geval zijn, omdat het bureau eigen taken uitvoert in opdracht van de Minister van SZW. Daarnaast hebben zijn verwerkingen een gemeenteoverstijgend karakter waarvoor een individueel gemeentelijk bestuursorgaan nimmer verantwoordelijk kan zijn. Tot slot geeft de AP aan dat bestuursorganen in de praktijk geen zeggenschap hebben over het doel en de middelen van de verwerkingen van het Inlichtingenbureau. De Staatssecretaris van SZW heeft gehoor gegeven aan dit advies en in de zomer van 2020 een ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit SUWI voorgelegd aan de Afdeling advisering om de gegevensbeschermingsrechtelijke status van het bureau te wijzigen. Het Besluit SUWI is inmiddels conform dit ontwerpbesluit gewijzigd. Hierdoor is het Inlichtingenbureau niet meer AVG-verwerker maar 'AVG-gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijke'.[307] Dit heeft ook consequenties voor de rechtsbescherming. Een betrokkene kan zich nu tot elk van de gezamenlijk verantwoordelijken – het Inlichtingenbureau én het college van B&W dat het signalement ontvangt – wenden om zijn AVG-informatierechten te effectueren. Hierdoor kan het bureau weer verantwoordelijk worden gehouden voor zijn verwerkingen.[308]

Het voorgaande betekent echter niet dat een betrokkene via het bestuursrecht het Inlichtingenbureau kan aanspreken op zijn verwerkingen. Het bureau mag dan wel AVG-verwerkingsverantwoordelijke zijn, maar het is nog steeds géén bestuursorgaan. Wil een betrokkene zijn informatierechten uitoefenen jegens het Inlichtingenbureau, dan zal hij zich conform artikel 35 Uitvoeringswet AVG moeten wenden tot de civiele rechter, zo blijkt uit de zaak *X/Inlichtingenbureau*.[309]

> De betrokkene vraagt het Inlichtingenbureau per e-mail om inzage in zijn gegevens op grond van de AVG. Het bureau stelt echter dat hij zich tot zijn 'gemeente of waterschap' dient te wenden.[310] Hiertegen tekent hij bezwaar aan. Het Inlichtingenbureau stelt dat de eerste e-mail van de betrokkene geen besluit in de zin van de Awb is, zodat hiertegen ook geen bezwaar kan worden gemaakt. In beroep toetst de bestuursrechter of het Inlichtingenbureau een bestuursorgaan is. Dat is volgens hem niet het geval. Hij constateert dat dit bureau slechts gemeentelijke sociale diensten en andere overheidsinstanties ondersteunt in de informatie-uitwisseling. De betrokkene moet volgens de bestuursrechter conform artikel 35 Uitvoeringswet AVG de civiele rechter adiëren. Dit bevestigt de bestuursrechter in verzet. Toch laat hij tussen de regels doorschemeren dat deze gang van zaken hem bevreemdt. Zo merkt hij onder meer op dat de Stichting Inlichtingenbureau 'als overheidsorgaan een

306 Vollebregt & Van Gestel 2021.
307 Art. 26 AVG, art. 5.24, derde lid, Besluit SUWI en *Stb.* 2021, 145.
308 *Stb.* 2021, 145 en *Stcrt.* 2021, nr. 17705. Zie ook art. 26, eerste en derde lid, AVG.
309 Rb. Amsterdam 9 maart 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:1110 (*X/Stichting Inlichtingenbureau*); Rb. Amsterdam 13 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:1584 (*X/Stichting Inlichtingenbureau – verzet*).
310 Rb. Amsterdam 9 maart 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:1110, r.o. 3 (*X/Stichting Inlichtingenbureau*).

vreemde eend in de bijt' is.[311] Er is nog geen rechtspraak van de hoogste bestuursrechter over de vraag of het Inlichtingenbureau een bestuursorgaan in de zin van de Awb is. Maar, zo overweegt hij, "[d]eze jurisprudentie is er wel in zijn algemeenheid over stichtingen en die laat zien dat in sommige gevallen, bij de vraag of een stichting kan worden aangemerkt als een bestuursorgaan, wel uitzonderingen op de hoofdregel worden aangenomen."[312] Hiermee lijkt de bestuursrechter te hinten op een mogelijkheid om het b-orgaanbegrip zodanig te interpreteren, dat ook stichtingen die in opdracht van overheidsinstanties persoonsgegevens verwerken, hieronder kunnen vallen.

Het voorgaande betekent niet dat een betrokkene die enkel een signalement van het Inlichtingenbureau ter discussie wil stellen in het geheel geen toegang tot bestuursrechtelijke rechtsbescherming kan verkrijgen. Hij kan hiertegen op basis van het informatieverzoek-besluitmodel opkomen via het bestuursorgaan dat een signaal heeft ontvangen. Dit volgt ook uit het Besluit SUWI en een document waarin is uitgewerkt hoe de gezamenlijk verwerkingsverantwoordelijken de naleving van de AVG zullen waarborgen.[313] Hieruit blijkt dat gemeentebesturen waaraan signalementen zijn verstrekt als eerste contactpunt fungeren voor de effectuering van de AVG-rechten van de betrokkene. Een burger die wil opkomen tegen een fraudesignaal van het Inlichtingenbureau, moet aldus een informatieverzoek indienen bij het bestuursorgaan. Zijn schriftelijke beslissing op dit verzoek levert volgens artikel 34 Uitvoeringswet AVG een appellabel Awb-besluit op. Daardoor kan de betrokkene alleen via de bestuursorganen die signalementen over hem hebben ontvangen in theorie wel toegang tot bestuursrechtelijke rechtsbescherming verkrijgen. Wel is het maar de vraag in hoeverre deze constructie in lijn is met de geest van de eerder besproken *Schufa*-uitspraak. Het bestuursorgaan is immers niet de instantie die de profilering heeft verricht; dat heeft het Inlichtingenbureau gedaan. Het valt daarom te betwijfelen of het bestuur in staat is om aan de betrokkene voldoende informatie te verstrekken over de wijze waarop ten aanzien van hem een risicomelding is gegenereerd. In theorie kan de betrokkene wel het Inlichtingenbureau als verwerkingsverantwoordelijke aanspreken op de profilering. Het probleem is hier echter dat hij dan een civiele procedure moet starten. Gezien de procesrechtelijke én financiële drempels die hiermee gepaard gaan, is het maar de vraag in hoeverre dit leidt tot reële, effectieve en doeltreffende rechtsbescherming.

4.7 Conclusie

In dit hoofdstuk is de typologie van de bestuurlijke gegevensverwerking op de proef gesteld. Aan deze typologie ligt namelijk de veronderstelling ten grondslag dat voor zowel het bestuur als de betrokkene op voorhand duidelijk is of een gegevensverwerking autonoom dan wel accessoir van aard is en wanneer hierover aan de burger transparantie moet worden geboden. Afhankelijk van het autonome of accessoire karakter van de verwerking, moet de betrokkene hierover worden geïnformeerd op grond van de AVG of de Awb en kan hij hiertegen in rechte ageren via het informatieverzoek-besluitmodel of het klassiek besluitmodel. In dit hoofdstuk is gebleken dat het niet altijd duidelijk is of een bestuurlijke

311 Rb. Amsterdam 13 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:1584, r.o. 2 (*X/Stichting Inlichtingenbureau – verzet*).

312 Rb. Amsterdam 13 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:1584, r.o. 2 (*X/Stichting Inlichtingenbureau – verzet*).

313 Vaststelling respectieve AVG-verantwoordelijkheden Inlichtingenbureau – Gemeenten 2021 (Bijlage behorend bij art. 6.2, derde lid, Regeling SUWI).

gegevensverwerking die voor profileringsdoeleinden wordt verricht autonoom of accessoir van aard is, hoe deze verwerking bestuursrechtelijk en gegevensbeschermingsrechtelijk moet worden gewaardeerd en wanneer de betrokkene hierover moet worden geïnformeerd. Daardoor is het voor betrokkenen zeer lastig rechtsbescherming te verkrijgen tegen de verwerking van hun persoonsgegevens in risicoprofielen, die potentieel een discriminerend en stigmatiserend effect kunnen hebben.

Eerst is het Europees gegevensbeschermingsrecht onder de loep genomen. In Richtlijn 95/46 en de Wbp waren geen bepalingen opgenomen over profilering. Daardoor schoten zij tekort in de normering van de verwerking van persoonsgegevens voor profileringsdoeleinden. Ten aanzien van de AVG ligt dit anders. Hierin zijn wel expliciete normen opgenomen over profilering, met als gevolg dat de AVG, meer dan voorheen Richtlijn 95/46 en de Wbp, in staat is profilering te reguleren. Artikel 4, vierde lid, AVG omschrijft profilering als een geautomatiseerde verwerking, waarbij op basis van persoonsgegevens persoonlijke aspecten van de betrokkene worden geëvalueerd. In dat verband kan worden gedacht aan zijn economische situatie, gezondheid, betrouwbaarheid of gedrag. Op grond van artikel 22, eerste lid, AVG is geautomatiseerde besluitvorming op basis van profilering verboden. Dit is slechts anders als deze besluitvorming is toegestaan krachtens een Unierechtelijke of lidstatelijke bepaling.[314] Opmerkelijk is dat artikel 22 AVG nauwelijks wordt ingeroepen in geschillen tussen burger en bestuur over de toelaatbaarheid van risicoprofilering. Dergelijke geschillen worden meestal beslecht op grond van het EVRM en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

In *Schufa I* heeft het Hof van Justitie zich voor het eerst gebogen over de reikwijdte en betekenis van artikel 22 AVG. Het heeft gesteld dat de vaststelling van een risicoscore door een kredietbureau moet worden opgevat als een in beginsel verboden AVG-besluit. De negatieve score die het private bedrijf Schufa had vervaardigd ten aanzien van de betrokkene speelde namelijk een beslissende rol bij de vaststelling van zijn kredietwaardigheid door de bank. En op grond van deze score weigerde de bank hem een lening te verstrekken. In het hoofdstuk is de relevantie van dit arrest, dat ziet op de private sector, voor de risicoprofileringspraktijk van Nederlandse bestuursorganen besproken. De vraag of profilering op grond van artikel 22 AVG toelaatbaar is zal, *Schufa I* indachtig, afhangen van de vraag in hoeverre deze profilering een 'beslissende rol speelt' in de bestuurlijke besluitvorming.[315] In dat verband moet worden onderzocht welke invloed de profilering heeft op de handelswijze van het bestuursorgaan. Wordt deze 'hoofdzakelijk' bepaald door de profilering, dan zal er vermoedelijk sprake zijn van een op profilering gebaseerd geautomatiseerd besluit in de zin van artikel 22, eerste lid, AVG. Nationale rechters zullen dit hoofdzakelijkheidscriterium per casus moeten invullen. Dit vereist wel dat procespartijen en de bestuursrechter in geschillen over profilering de AVG als rechtsbron gebruiken.

Over het AVG-transparantiebeginsel in relatie tot profilering is de afgelopen jaren rechtspraak tot ontwikkeling gekomen. Noemenswaardig in dat verband is met name de *SyRI*-uitspraak. Hierin heeft de rechter nieuwe piketpalen geslagen inzake de transparantie

314 Dit volgt uit art. 22, tweede lid, AVG.
315 HvJ EU 7 december 2023, ECLI:EU:C:2023:957, r.o. 50 (*Schufa I*).

die het bestuur op grond van de AVG aan burgers moet bieden als zij zijn geprofileerd. Kern van de uitspraak is dat alle burgers wier gegevens voor profileringsdoeleinden zijn verwerkt, in beginsel hiervan op de hoogte moeten worden gebracht. Zowel burgers ten aanzien waarvan een risicomelding is gegenereerd als burgers die niet onderzoekswaardig worden geacht, hebben recht op deze informatie. Pas dan kunnen zij immers controleren of de gegevensverwerking op grond waarvan zij zijn geprofileerd rechtmatig is geweest en hiertegen eventueel rechtsbescherming verkrijgen.

Vervolgens is in de analyse de aandacht verlegd naar het bestuursrecht. Wanneer het bestuur in een besluitvormingsprocedure voor profileringsdoeleinden persoonsgegevens heeft verwerkt, dan kan volgens de bestuursrechtelijke theorie de relatie tussen de profilering en het Awb-besluit verschillend worden beoordeeld. Dit heeft gevolgen voor de wijze waarop, en de wegen waarlangs, betrokkenen hiertegen rechtsbescherming kunnen verkrijgen. Enerzijds kan op grond van het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel worden beargumenteerd dat de risicoprofilering binnen de reikwijdte van het besluit valt, onder meer omdat tussen de verwerking en het besluit een nauw verband bestaat. Dit is vooral het geval als uit de profilering volgt dat een burger een (fraude)risico vormt. De risicomelding vormt dan de aanleiding om feitenonderzoek te verrichten, waarna een Awb-besluit wordt genomen om bijvoorbeeld de verstrekte uitkering of toeslag terug te vorderen. Volgens deze benadering kan de bestuursrechter de rechtmatigheid van de gegevensverwerking die voor de profilering is verricht op grond van dit besluit toetsen, mits daarover beroepsgronden zijn aangevoerd. De betrokkene kan dan op twee manieren toegang tot rechtsbescherming verkrijgen: hij kan zowel autonoom als accessoir opkomen tegen de verwerking van zijn persoonsgegevens in het kader van de verrichte profilering. Anderzijds kan worden betoogd dat de profilering buiten de reikwijdte van het besluit valt. De verwerking is – strikt genomen – immers geen rechtsfeit waaraan in het bestuursrecht rechtsgevolgen worden verbonden. In deze benadering hoeft het bestuur de profilering niet op te nemen in het primaire besluit. De profilering kan aldus ook niet op basis van dat besluit worden getoetst. De betrokkene heeft dan geen keuzevrijheid en kan de verwerking die in het kader van de risicoprofilering is verricht enkel autonoom aan de orde stellen, mits hij hiervan op de hoogte is.

De argumenten voor het afleggen van verantwoording over de profilering in het primaire besluit op basis van het motiverings- en het zorgvuldigheidsbeginsel zijn overtuigender dan de argumenten ertegen. Ten eerste kan profilering, zeker als zij uitmondt in een risicomelding, een aanmerkelijk effect hebben op de oordeelsvorming van het bestuur, zijn waardering van het bewijsmateriaal en de wijze waarop het de burger bejegent. De kans bestaat dat degene die na een dergelijke melding feitenonderzoek doet, dit proces niet meer neutraal benadert. De eerste waarneming, te weten de risicomelding, beïnvloedt namelijk zijn denkraam en kan een stempel op dit proces drukken. De burger moet kunnen controleren hoe het onderzoek is uitgevoerd en op welke wijze het bewijs ter ondersteuning van het besluit is vergaard. Ten tweede is er sprake van een causaal verband tussen de profilering en het feitenonderzoek dat uitmondt in het Awb-besluit. De profilering en het product ervan – de risicomelding – vormen voor het bestuur immers de aanleiding om onderzoek te doen en vervolgens een Awb-besluit te nemen. In beide gevallen wordt de betrokkene

in staat gesteld om op basis van het leerstuk van bewijsuitsluiting de rechtmatigheid na te gaan van de verwerking die voor profileringsdoeleinden heeft plaatsgevonden.

In de praktijk blijkt dat het per casus verschilt of in een besluit op grond van het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel verantwoording wordt afgelegd over risicoprofilering. In het belastingrecht lijkt dit bijvoorbeeld nauwelijks te gebeuren.[316] Dit blijkt onder meer uit de Toeslagenaffaire. Daardoor is het voor burgers nagenoeg onmogelijk geweest om accessoir dan wel autonoom te ageren tegen de wijze waarop het bestuur voor profileringsdoeleinden hun persoonsgegevens heeft verwerkt. Pas sinds de Toeslagenaffaire is hierin verandering gekomen.

In het socialezekerheidsrecht wordt risicoprofilering daarentegen wél onder de reikwijdte van het besluit gebracht. De rechtmatigheid van de gegevensverwerking in het kader van profilering kan daardoor in beginsel accessoir worden aangevochten door tegen het Awb-besluit ten behoeve waarvan is geprofileerd bezwaar en beroep in te stellen via het klassiek besluitmodel. Dan wordt op grond van het leerstuk van bewijsuitsluiting beoordeeld of het bewijs verkregen is op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat het gebruik ervan onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht. De aankomende jaren zal in de rechtspraak moeten worden verduidelijkt wanneer een schending van de AVG leidt tot bewijsuitsluiting. Leidt de enkele schending van de AVG al tot bewijsuitsluiting, of moet hiervoor sprake zijn van een schending van een fundamenteel recht (art. 7 en 8 EU-Grondrechtenhandvest of art. 8 EVRM) of grondrecht (art. 10 Gw)? En moet, als bewijsuitsluiting heeft plaatsgevonden, het besluit worden vernietigd?

316 Conclusie A-G Niessen 17 juni 2021, ECLI:NL:PHR:2021:617, r.o. 5.60-5.65 (*FSV I*).