



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Rechtsbescherming tegen risicoprofilering op basis van de AVG, het EVRM en het Handvest

Çapkurt, F.

Citation

Çapkurt, F. (2025). Rechtsbescherming tegen risicoprofilering op basis van de AVG, het EVRM en het Handvest. *Nederlands Juristenblad*, 100(14), 1047-1058. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4245477>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4245477>

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

Rechtsbescherming tegen risicoprofilering op basis van de AVG, het EVRM en het Handvest

Fatma Çapkurt¹

Artikel 22 AVG verbiedt uitsluitend op profilering gebaseerde besluitvorming. Dit verbod geldt echter niet als dergelijke besluitvorming is toegestaan op basis van lidstatelijke wetgeving. Uit het Schufa-arrest volgt dat het antwoord op de vraag of er sprake is van een uitsluitend op profilering gebaseerd besluit, afhangt van het effect dat deze profilering heeft op het handelen of nalaten van degene die de profileringsscore ontvangt. In reactie op Schufa heeft de AP een advies uitgebracht over de toepassing van risicoprofilering door bestuursorganen. Volgens de toezichthouder is artikel 22 AVG niet van toepassing als aan vijf voorwaarden is voldaan. Bestuursorganen zouden dan zonder specifieke wetgeving risicoprofilering mogen inzetten. Dit advies, dat door het kabinet is overgenomen, is echter kwestieus. Allereerst is het advies in het licht van artikel 22, lid 1, AVG, op sommige punten lastig te volgen. Ten tweede ziet de AP over het hoofd dat het EVRM en het EU-Grondrechtenhandvest aanvullende eisen stellen aan de toepassing van risicoprofilering door bestuursorganen.

Inleiding

Niemand wil in een hokje worden geduwd. Toch gebeurt dit in de praktijk vaak, bijvoorbeeld als bestuursorganen burgers profileren in besluitvormingsprocedures over toeslagen of uitkeringen. De inzet van profilering is voor veel bestuursorganen onontbeerlijk. Zij hebben immers onvoldoende capaciteit om de vele aanvragen die zij ontvangen, of besluiten die zij reeds hebben verleend, handmatig te controleren. Zo moet de Belastingdienst, inclusief de Dienst Toeslagen, jaarlijks miljoenen belastingaangiften en toeslagen verwerken. Zeker gezien de huidige krapte op de arbeidsmarkt is het ondoenlijk dit volledig handmatig te doen. In zulke situaties bieden risico-profileringsalgoritmen soelaas. Met risico-indicatoren, die betrekking kunnen hebben op iemands inkomen, adres, nationaliteit, of gedrag, wordt dan bepaald hoe groot de kans is dat een burger een rechtsnorm schendt. Het bestuur kan vervolgens burgers die een verhoogd 'risico' op normovertreding vormen extra controleren. Zo kan de beperkte menscapaciteit effectiever worden benut.

Risicoprofilering brengt echter ook risico's met zich mee, zoals discriminatie en stigmatisering. Bovendien is

de werking ervan vaak een 'black box' omdat burgers niet over de profilering worden geïnformeerd. Daarnaast kunnen middels profilering verkregen risicoscores onbetrouwbaar zijn indien verouderde of onjuiste data zijn verwerkt. Dat dit reële risico's zijn, blijkt uit meerdere spraakmakende zaken die de afgelopen jaren het nieuws hebben gehaald. Zo heeft DUO met risicoprofilering de onderzoekswaardigheid bepaald van studenten die studiefin-

Auteur

1. Dr. F. Çapkurt is universitair docent bij de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden. Zij is tevens vicevoorzitter van de Commissie Persoonsgegevens Amsterdam en lid van de Centrale Commissie Gegevensgebruik. Dit artikel maakt deel uit van het onderzoeksproject 'Informatierechten bij profilering' dat is gefinancierd door de 'Maatschappelijke Coalitie over Informatie Gesproken'. In het kader van dit project is tevens een 'Roadmap' voor amb-

tenaren en 'Publieksdocument' voor burgers opgesteld. Dit artikel bouwt voort op hoofdstuk 4 van het proefschrift 'Rechtsbescherming tegen bestuurlijke gegevensverwerkingen: toegang, toetsing en schadevergoeding' dat in december 2024 aan de Universiteit Leiden is verdedigd. De auteur dankt Herke Kranenborg, Luc Verheij, Ola al Khatib en Anne Meuwese voor hun waardevolle commentaar op (eerdere versies van) dit stuk.



© Getty images

ciering aanvroegen.² Dit heeft geleid tot indirecte discriminatie. Daarnaast is gebleken dat het Rotterdamse college van B&W algoritmisch heeft berekend hoe groot de kans is dat bijstandontvangers, gezien hun achtergrond, eigenschappen en gedrag, frauderen.³ Met name jonge moeders en burgers die de Nederlandse taal niet volledig machtig waren heeft het algoritme als een frauderisico aangemerkt.

Sinds mei 2018 bevat artikel 22 AVG een verbod op besluitvorming die uitsluitend gebaseerd is op profilering. Maar dit verbod is niet absoluut. Voor de overheid is relevant dat het verbod niet geldt als er sprake is van 'lidstatelijke wetgeving' die voorziet in passende maatregelen waarmee de rechten, vrijheden en gerechtvaardigde belangen van burgers worden beschermd. De afgelopen jaren heeft dit verbod in de praktijk nauwelijks een rol gespeeld.⁴ Dat veranderde op 7 december 2023. Het Hof van Justitie van de Europese Unie liet zich in *Schufa* toen

voor het eerst uit over de reikwijdte van artikel 22 AVG.⁵ Deze uitspraak leidde tot grote paniek in de publieke sector. Zo betwijfelden de Staatssecretarissen van Financiën de rechtmatigheid van de profileringspraktijk van de Belastingdienst.⁶ Inmiddels hebben zowel de landsadvocaat als de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) adviezen gepubliceerd over artikel 22 AVG, die overigens lijnrecht tegenover elkaar staan.⁷

Dit artikel onderzoekt de betekenis van *Schufa* voor de risicoprofileringspraktijk van Nederlandse bestuursorganen. De structuur is als volgt. Eerst wordt aandacht besteed aan de systematiek van artikel 22 AVG (par. 2). Vervolgens komt de *Schufa*-uitspraak aan bod (par. 3). Daarna wordt uitvoerig stilgestaan bij het bovengenoemde advies van de AP (par. 4). Vervolgens wordt toegelicht waarom dit advies, in het licht van artikel 22 lid 1 AVG, het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en het EU-Grondrechtenhandvest, kwestieus is (par. 5). Aan de hand van twee casus – de Slimme Check van het Amsterdamse college van B&W en het risicoclassificatiemodel van de Dienst Toeslagen – wordt geïllustreerd hoe artikel 8 EVRM en artikel 22 AVG rechtsbescherming kunnen bieden tegen (algoritmische) risicoprofilering (par. 6 en 7). Afgesloten wordt met een conclusie (par. 8).

2. De AVG over profilering

Artikel 4 onderdeel 4 AVG omschrijft profilering 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 beroepspre-

Het Hof van Justitie liet zich in *Schufa* voor het eerst uit over de reikwijdte van artikel 22 AVG dat een verbod bevat op besluitvorming die uitsluitend gebaseerd is op profilering

taties, economische situatie, gezondheid, persoonlijke voorkeuren, interesses, betrouwbaarheid, gedrag, locatie of verplaatsingen te analyseren of te voorspellen.' Profilerings vindt aldus plaats als is voldaan aan twee vereisten. Ten eerste moet er een geautomatiseerde gegevensverwerking plaatsvinden. Ten tweede moet het doel hiervan zijn het evalueren van iemands persoonlijke aspecten, zoals zijn betrouwbaarheid, gedrag, interesses of economische status. Zo kan profilering worden ingezet 'om voorspellingen over mensen te doen door gebruik te maken van gegevens uit verschillende bronnen om een persoon eigenschappen toe te kennen op basis van de kenmerken van anderen die in statistisch opzicht vergelijkbaar zijn'.⁸

Het blijkt in de praktijk overigens geen sinecure te zijn om vast te stellen of een bestuurlijke gegevensverwerking kwalificeert als profilering. Illustratief hiervoor is een onderzoek van de Amsterdamse Rekenkamer over algoritmen.⁹ Ten aanzien van drie algoritmen – Detectie illegale passagiersvaart, Detectie illegale onderhuur en Behandeling aanvraag Bbz concludeerde het Amsterdamse college dat geen sprake was van profilering. De Amsterdamse Rekenkamer stelde echter gemotiveerd dat hiervan wel sprake was. Dat niet werd (h)erkend dat sprake was van profilering in de zin van de AVG, zou mogelijk te maken kunnen hebben met het feit 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'.¹⁰

De AVG bevat geen absoluut verbod op profilering. Zij verbiedt in beginsel alleen profilering die onder de reikwijdte van artikel 22 lid 1 AVG valt. Artikel 22 AVG geeft aan de betrokkene het recht om niet te worden onderworpen 'aan een uitsluitend op geautomatiseerde verwerking, waaronder profilering, gebaseerd besluit waarvan voor hem rechtsgevolgen zijn verbonden of dat hem anderszins in aanmerkelijke mate treft'. Deze bepaling onderscheidt twee soorten besluiten: volledig geautomatiseerde besluitvorming en op profilering gebaseerde besluitvorming. Het verbod van artikel 22 AVG kan terzijde worden gesteld middels lidstatelijke wetgeving.¹¹ Zo is in considerans 71 AVG geëxpliciteerd dat lidstaten wetgeving kunnen vervaardigen om van dit verbod af te wijken voor het opsporen van belastingfraude.

De Nederlandse wetgever heeft de ruimte van het verbod om af te wijken deels benut, maar niet voor profilering.¹² Artikel 40 Uitvoeringswet AVG (UAVG) bevat een algemene uitzonderingsgrond voor volledig geautomati-

seerde besluitvorming, maar niet voor besluitvorming die berust op profilering. In de memorie van toelichting is betoogd dat deze uitzonderingsgrond in lijn is met artikel 22 AVG. Blijkens considerans 71 bij de AVG is volgens de wetgever het doel van artikel 22 AVG om betrokkenen te beschermen tegen vormen van geautomatiseerde discriminatie.

'De ratio van deze bepaling is dat het kwetsbaar is om besluitvorming te baseren op enkel persoonskenmerken. (...) De negatieve kenmerken van een bepaalde groep kunnen op deze wijze immers tegengeworpen worden aan een individu, die deze kenmerken helemaal niet hoeft te hebben'.¹³

Dit risico op discriminatie zou zich volgens de wetgever niet voordoen bij geautomatiseerde besluitvorming op basis van gebonden bestuursbevoegdheden, zoals het vaststellen van verkeersboetes. Generieke groepskenmerken worden dan namelijk niet aan individuen tegengeworpen.¹⁴

Bij profilering ligt de zaak anders. De Nederlandse wetgever heeft bewust niet voorzien in een algemene uitzonderingsgrond voor besluitvorming die uitsluitend op profilering gebaseerd is.¹⁵ Bij dergelijke besluiten zouden de risico's die in considerans 71 worden opgesomd zich juist wel kunnen voordoen.¹⁶ Net als de Afdeling advisering van de Raad van State, heeft de wetgever gesteld dat voor dergelijke besluitvorming 'een specifieke wettelijke grondslag in een sectorale wet' moet worden gecreëerd.¹⁷ Ook later in het wetgevingstraject is bevestigd dat de UAVG het niet mogelijk maakt 'om als er sprake is van profilering af te wijken van artikel 22 AVG. Als de routinieuze 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'.¹⁸

Het Hof constateert dat het AVG-besluitbegrip een ruime strekking heeft

Noten

2. Kabinetsreactie onderzoek naar contro-leproces uitwonendenbeurs, 1 maart 2024, p. 1.

3. R. Tromp, 'Fraude-algoritme op de snijtafel', Argos 6 maart 2023.

4. F. Çapkurt, *Rechtsbescherming tegen bestuurlijke gegevensverwerkingen* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 123.

5. HvJ EU 7 december 2023,

ECLI:EU:C:2023:957 (Schufa I).

6. Brief van 13 februari 2024 van de Staatssecretarissen van Financiën inzake voortgang van het wetstraject Wet waarborgen gegevensverwerking Belastingdienst, Toeslagen en Douane (WGBTD) en advies landsadvocaat inzake geautomatiseerde selectietechnieken - Verwerking en bescherming persoonsgegevens, p. 1-4.

7. AP, *Advies inzake artikel 22 AVG en geautomatiseerde selectie-instrumenten*, Den Haag: oktober 2024 en Pels Rijcken, *Advies over geautomatiseerde selectie-*

technieken, Den Haag: maart 2024.

8. Artikel 29 Werkgroep, *Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679*, 2017, p. 7.

9. Rekenkamer Amsterdam, *Algoritmen*, Amsterdam: 2023, p. 115-117.

10. Rekenkamer Amsterdam 2023, p. 117.

11. Art. 22 lid 2 onderdeel b AVG.

12. Kamerstukken II 2017/18, 34851, nr. 3, p. 122.

13. Kamerstukken II 2017/18, 34851, nr. 3,

p. 120.

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

15. Kamerstukken II 2017/18, 34851, nr. 3, p. 122.

16. Kamerstukken II 2017/18, 34851, nr. 3, p. 122.

17. Kamerstukken II 2017/18, 34851, nr. 3, p. 122 en Kamerstukken II 2017/18, 34851, nr. 4, par. 8.b.

18. Kamerstukken II 2017/18, 34851, nr. 4, par. 8.b.

3. Schufa

Met een wiskundig-statistische methode voorspelt kredietbureau *Schufa* of iemand een lening kan terugbetalen.¹⁹ Deze gegevensverwerking resulteert in een risicoscore (waarschijnlijkheidswaarde), die *Schufa* verstrekt aan banken. Bij een 'ontoereikende waarschijnlijkheidswaarde' wijzen bankmedewerkers de kredietaanvraag bijna altijd af. In de zaak *Schufa* overweegt het Hof dat artikel 22 AVG van toepassing is, wanneer is voldaan aan drie cumulatieve voorwaarden: 1) er moet sprake zijn van een besluit, 2) dat uitsluitend op geautomatiseerde verwerking (waaronder profilering) is gebaseerd, en 3) voor de betrokkene rechtsgevolgen heeft of hem anderszins in aanmerkelijke mate treft. Volgens het Hof levert het vaststellen van een risicoscore over iemands vermogen om een lening af te lossen, een uitsluitend op profilering gebaseerd besluit op.

Allereerst overweegt het Hof dat er sprake is van een *besluit*.²⁰ Het constateert dat het AVG-besluitbegrip een ruime strekking heeft en verwijst hier naar de conclusie van A-G Pikamäe. Volgens hem kan een dergelijk besluit 'verschillende handelingen omvatten'. Het kan 'rechtsgevolgen hebben, ofwel de betrokkene anderszins treffen, wat inhoudt dat het besluit gevolgen kan hebben die niet noodzakelijkerwijs juridisch, maar eerder economisch en sociaal zijn'.²¹ Volgens het Hof is het AVG-besluitbegrip 'voldoende ruim 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'.²²

Daarna constateert het Hof dat dit besluit *uitsluitend* op profilering is gebaseerd.²³ *Schufa* verwerkt persoonsgegevens om te voorspellen of iemand in de toekomst een lening kan aflossen. Daarmee evalueert het persoonlijke aspecten van een betrokkene in de zin van artikel 4 onderdeel 4 AVG. Dat er sprake is van menselijke tussenkomst – *Schufa* verstrekt immers de score aan bankmedewerkers die beslissen over de kredietaanvraag – doet hieraan geen afbreuk.

Ten derde overweegt het Hof dat dit besluit 'op zijn minst in aanmerkelijke mate gevolgen heeft voor de betrokkene'.²⁴ Uit de prejudiciële vraag van de Duitse rechter blijkt dat de handelswijze van degene die de score ontvangt – in casu de bankmedewerker – 'hoofdzakelijk' wordt bepaald door de risicoscore van *Schufa*. Een ontoereikende score leidt in 'bijna alle gevallen' tot kredietweigeren.²⁵ Daarmee speelt deze risicoscore een 'beslissende rol' in de besluitvorming over de kredietverlening.²⁶ Het besluit om een contractuele relatie aan te gaan met een consument wordt immers hierdoor 'in sterke mate bepaald'.²⁷

In het arrest verricht het Hof nog een gedachte-experiment: kan artikel 22 lid 1 AVG ook restrictief worden geïnterpreteerd? Dan zou de instantie die beslist over de kredietverlening – de bank – de verwerkingsverantwoordelijke zijn die het AVG-besluit zou nemen. Het Hof overweegt dat er dan 'een leemte' zou ontstaan in de rechtsbescherming omdat dit zou leiden tot omzeiling van de rechtsbescherming die artikel 22 AVG biedt.²⁸ Dat geldt bijvoorbeeld voor de verwezenlijking van de AVG-transparantieplichtingen die in acht moeten worden genomen als er sprake is van een AVG-besluit.²⁹ Uit artikel 15 lid 1 onderdeel h AVG volgt namelijk dat de betrokkene het recht heeft om informatie te ontvangen over het bestaan van geautomatiseerde besluitvorming, inclusief profilering, en nuttige informatie over de onderliggende logica.³⁰ Als de waarschijnlijkheidswaarde van *Schufa* niet wordt gezien als een AVG-besluit, dan kan de betrokkene jegens dit bureau geen beroep doen op artikel 15 lid 1 onderdeel h AVG. Indien de betrokkene zich wendt tot de bank, dan kan hij dit recht evenmin effectueren. De bank beschikt namelijk niet over de in artikel 15 lid 1 onderdeel h, genoemde informatie.³¹ Daarom moet *Schufa* zelf aanspreekbaar zijn voor de verrichte profilering.

De les die uit *Schufa* kan worden getrokken is dat het antwoord op de vraag of er sprake is van een uitsluitend op profilering gebaseerd AVG-besluit, afhangt van het effect dat deze profilering heeft op het handelen of nalaten van degene die de score ontvangt. Maar die vraag kan pas worden beantwoord als verwerkingsverantwoordelijke inzicht verschaffen in het besluitvormingstraject en verduidelijken of, en zo ja hoe, profilering het handelen van degene die de score ontvangt, beïnvloedt. In *Schufa* heeft het Hof kunnen vaststellen dat er sprake was van een uitsluitend op profilering gebaseerd AVG-besluit dat de betrokkene in aanmerkelijke mate heeft getroffen, omdat de bank transparant was over het feit dat een ontoereikende score in 'bijna alle gevallen' leidde tot kredietweigeren. Ontbreekt deze transparantie, dan zal het voor betrokkenen en rechters knap lastig zijn om na te gaan of artikel 22 AVG wordt geschonden. In dat licht is het begrijpelijk dat in reactie op *Schufa* de Tweede Kamer op 19 maart 2024 het kabinet heeft verzocht om een rijksbrede inventarisatie van profileringsinstrumenten.

4. Het AP-advies

Op verzoek van het Ministerie van Financiën heeft Pels Rijcken op 8 maart 2024 geadviseerd over de vraag of, *Schufa* indachtig, de risicoprofilering die de Belastingdienst toepast bij de beoordeling van belastingaangiften valt binnen de reikwijdte van artikel 22 AVG. De landsadvocaat heeft op basis van uitvoerige rechtspraakanalyse gemotiveerd gesteld dat een op profilering gebaseerd

Dit advies van de Landsadvocaat heeft tot grote onrust geleid in het kabinet, omdat in geen enkele sector – ook niet de fiscaliteit – is voorzien in specifieke wetgeving over risicoprofilering die het verbod van artikel 22 AVG terzijde stelt

besluit om iemand extra te controleren waarschijnlijk een uitsluitend op profilering gebaseerd besluit oplevert dat diegene in aanmerkelijke mate treft.³² Dit advies heeft tot grote onrust geleid in het kabinet, omdat in geen enkele sector – ook niet de fiscaliteit – is voorzien in specifieke wetgeving over risicoprofilering die het verbod van artikel 22 AVG terzijde stelt. Dit zou betekenen dat alle vormen van risicoprofilering die bestuursorganen verrichten onrechtmatig zijn.

Het AP-advies van 10 oktober 2024 heeft deze zorgen echter weggenomen. De toezichthouder formuleert hierin voor bestuursorganen ‘vijf voorwaarden’ om ‘zonder specifieke wettelijke voorziening’ risicoprofilering toe te passen: 1) het risico op discriminatoire verwerkingen is onderzocht en ondervangen; 2) periodiek is onderzocht of desondanks discriminatie zich voordoet; 3) de gevolgen van de risicoprofilering treden pas in na betekenisvolle menselijke tussenkomst; 4) de risicoprofilering heeft niet automatisch andere aanmerkelijke gevolgen en 5) de risicoprofilering is voor betrokkenen voldoende kenbaar.³³ Als aan deze vereisten is voldaan, aldus de AP, valt de profilering die wordt verricht buiten de reikwijdte van het verbod van artikel 22 lid 1 AVG.

Voorwaarde een en twee overlappen deels. Deze houden in dat verwerkingsverantwoordelijke bestuursorganen zowel voorafgaand als tijdens het verwerkingsproces moeten voorkomen dat profilering leidt tot discriminatie. Dit kunnen zij doen door bijvoorbeeld op grond van artikel 35 AVG een ‘Data Protection Impact Assessment’ (DPIA) te verrichten. De AP benadrukt dat het uitvoeren van een DPIA geen oefening in ‘box ticking’ moet zijn. Veeleer moet het worden gezien als een doorlopend proces om discriminatie te voorkomen.

Voorwaarde drie ziet op menselijke interventie.³⁴ Volgens de AP mag een bestuursorgaan risicoselecties maken ‘als deze alleen maar gebruikt worden om met “betekenisvolle menselijke tussenkomst” te beoordelen of gevolgen voor betrokkene nodig zijn’.³⁵ Middels profilering zou een ambtenaar mogen bepalen of acties jegens iemand moeten worden ondernomen, ‘zoals navraag doen, informatie verzamelen al dan niet met inzet van ingrijpende bevoegdheden’. Maar deze tussenkomst moet ‘echt betekenisvol’ zijn: de behandelde ambtenaar moet weten hoe het geautomatiseerde proces werkt en hoe dit het uiteindelijke besluit vormt en beïnvloedt.³⁶

Voorwaarde vier houdt in dat ‘de selectie als “risico” niet automatisch “aanmerkelijke gevolgen” heeft’ voor de

Het kabinet heeft de conclusie van de toezichthouder integraal omarmd. Dit is problematisch, aangezien er twee kanttekeningen bij het AP-advies kunnen worden geplaatst

betrokkene. Als de risicoselectie ‘automatisch wordt bewaard of wordt verstrekt aan derden voor andere toepassingen’, zo stelt de AP, ‘kunnen er makkelijk automatisch aanmerkelijke gevolgen zijn waar nog geen “menselijke tussenkomst” heeft plaatsgevonden tussen besluit en gevolgen’. Van ‘aanmerkelijke getroffenheid’ zal volgens haar ook snel sprake zijn als ‘aanmerking als risicogeval nog lang ten nadele van betrokkene nawerkt of kan nawerken in dezelfde of een andere context, indien repeterende of zichzelf versterkende effecten moeten worden gevreesd of herhaaldelijk ingrijpende onderzoeken moeten worden ondergaan’.³⁷

Tot slot voorwaarde vijf: transparantie. Volgens de AP moet de risicoprofilering voor betrokkenen voldoende kenbaar zijn. Uit de *SyRI*-uitspraak, die hierna wordt besproken, volgt dat burgers conform het AVG-transparantiebeginsel (artikel 5 lid 1 AVG) moeten worden geïnformeerd over de wijze waarop hun persoonsgegevens zijn verwerkt voor profileringsdoeleinden.³⁸ Maar de uitspraak maakt niet duidelijk *wanneer* deze transparantie moet worden geboden. De AP biedt deze duidelijkheid wel. Als risicoprofilering de aanleiding was ‘om af te wegen of een bepaald Awb-besluit moest worden genomen of aanleiding gaf tot een bepaalde wijze van behandeling van de aanvraag’, dan moet de burger hierover op grond van het motiveringsbeginsel en het verdedigingsbeginsel uiterlijk bij bekendmaking van het Awb-besluit worden geïnformeerd.³⁹ Zelfs als een beroep wordt gedaan op artikel 23 AVG, waarmee het transparantiebeginsel terzijde kan worden geschoven, zouden bestuursorganen met een ‘(meer) abstracte(re) duiding en/of motivering’ moeten vermelden dat voor profileringdoeleinden persoonsgegevens zijn verwerkt.⁴⁰

19. HvJ EU 7 december 2023, ECLI:EU:C:2023:957 (*Schufa I*).

20. HvJ EU 7 december 2023, ECLI:EU:C:2023:957, r.o. 44-46 (*Schufa I*).

21. HvJ EU 16 maart 2023, ECLI:EU:C:2023:220 (conclusie bij *Schufa I*).

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

23. HvJ EU 7 december 2023, ECLI:EU:C:2023:957, r.o. 47 (*Schufa I*).

24. HvJ EU 7 december 2023, ECLI:EU:C:2023:957, r.o. 49 (*Schufa I*).

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

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

27. HvJ EU 16 maart 2023, ECLI:EU:C:2023:220, r.o. 46 (conclusie bij *Schufa I*). Volgens de Artikel 29 Werkgroep treft een beslissing over iemands financiële situatie hem mogelijk in aanmerkelijke mate. Zie: Artikel 29 Werkgroep 2017, p. 26.

28. HvJ EU 7 december 2023,

ECLI:EU:C:2023:957, r.o. 61 (*Schufa I*).

29. Art. 13 lid 2 onder f, art. 14 lid 2 onder g en art. 15 lid 1 onder h AVG.

30. Zie hierover in detail: HvJ EU 27 februari 2025, ECLI:EU:C:2025:117, r.o. 53-58 (*Dun & Bradstreet Austria*).

31. HvJ EU 7 december 2023, ECLI:EU:C:2023:957, r.o. 63 (*Schufa I*).

32. Pels Rijcken 2024, p. 14-17.

33. AP 2024, p. 14-17.

34. AP 2024, p. 16.

35. AP 2024, p. 6.

36. AP 2024, p. 3.

37. AP 2024, p. 9.

38. Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, r.o. 6.90. Zie hierover in detail: F. Çapkurt & Y.E. Schuurmans, *Komt een fraude-opsporingsalgoritme bij de rechter* (Liber amicorum Willemien den Ouden), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 132-135.

40. AP 2024, p. 17-18.

Op 3 december is de kabinetsreactie op het AP-advies gepubliceerd. Het kabinet heeft de conclusie van de toezichthouder dat bestuursorganen ‘zonder specifieke wettelijke voorziening’ risicoprofilering mogen toepassen wanneer is voldaan aan bovengenoemde vijf voorwaarden integraal omarmd.⁴¹ Dit is problematisch, aangezien er twee kanttekeningen bij het AP-advies kunnen worden geplaatst.

5. Twee kanttekeningen bij het AP-advies

5.1. De vijf voorwaarden vallen lastig te begrijpen in het licht van artikel 22 AVG

In het licht van artikel 22 AVG is het advies van de AP op punten lastig te volgen en daarom kwestieus. Sommige voorwaarden die de toezichthouder in het advies formuleert zijn weliswaar belangrijke AVG-vereisten, maar niet direct relevant voor de vraag of er sprake is van een besluit in de zin van artikel 22 lid 1 AVG. Neem voorwaarden 1 en 2. Deze zijn herleidbaar tot artikel 35 lid 3 sub a AVG en considerans 71. Uit artikel 35 lid 3 sub a AVG volgt dat het verrichten van een DPIA vereist is als persoonsgegevens voor profileringsdoeleinden worden verwerkt. Daarin moet worden geïnventariseerd of de risico's die profilering volgens considerans 71 kunnen veroorzaken – denk aan discriminatie, gebrek aan transparantie en onjuiste verwerkingen – voldoende worden gemitigeerd. Maar in het licht van artikel 22 AVG is het strikt genomen niet relevant of DPIA's zijn uitgevoerd.⁴² Natuurlijk is vereist dat bestuursorganen DPIA's verrichten om bovengenoemde risico's te beperken.⁴³ Maar de vraag of er sprake is van een uitsluitend op profilering gebaseerd besluit in de zin van artikel 22 AVG zal, conform *Schufa*, moeten worden beantwoord middels de eerdergenoemde drie cumulatieve vereisten die uit deze bepaling voortvloeien. En voor die analyse is het weer van belang dat inzichtelijk wordt gemaakt welk effect de profileringsscore sorteert op het handelen van degene die deze ontvangt. Hetzelfde geldt voor voorwaarde 5. Het is belangrijk dat de toezichthouder benadrukt dat bestuursorganen openheid van

van een uitsluitend op profilering gebaseerd besluit. Het bieden van transparantie is een ‘passende waarborg’ die verwerkingsverantwoordelijken in acht moeten nemen als zij een besluit in de zin van artikel 22 AVG nemen.

Voorwaarden 3 (betekenisvolle menselijke tussenkomst) en 4 (de selectie als risico heeft geen andere aanmerkelijke gevolgen) zijn in het licht van artikel 22 AVG wél relevant. Maar juist op deze punten is de redenering van de AP warrig. Allereerst voorwaarde 3. Artikel 22 AVG verbiedt enkel besluitvorming die uitsluitend op profilering gebaseerd is. Als een mens het besluitvormingsproces beoordeelt en in het besluit rekening houdt met andere factoren, dan is dat besluit niet uitsluitend op profilering gebaseerd.⁴⁵ *Schufa* verduidelijkt dat de vraag of profilering onder dit verbod valt, alleen kan worden beantwoord wanneer inzicht is verkregen in het besluitvormingsproces. Het moet dus duidelijk zijn op basis van welke factor(en) iemand een besluit neemt. In het bijzonder moet duidelijk zijn hoe de handelswijze van degene die de score ontvangt, hierdoor wordt beïnvloed.⁴⁶ De AP lijkt echter vooral waarde te hechten aan de kennis die een ambtenaar heeft over het profileringsproces. Zij illustreert dit met het volgende voorbeeld:

‘[i]ndien het in feite alleen de computer is die beslist of er bijvoorbeeld een huisbezoek wordt afgelegd en de behandelend ambtenaar ook niet bekend is met de precieze werking van de selectieregel/het algoritme is alsnog sprake van een volledig geautomatiseerd en op profilering gebaseerd besluit dat zonder specifieke wettelijke basis onrechtmatig is.’

Hier slaat de AP de plank mis: artikel 22 AVG stelt geen eisen aan het kennisniveau van degene die een profileringsscore ontvangt. Deze bepaling beoogt bovenal te voorkomen dat uitsluitend op basis van één factor – de profileringsscore – wordt besloten om een huisbezoek af te leggen.

Dan voorwaarde 4. In het algemeen deel van het advies geeft de AP voorbeelden van situaties waarin profilering de betrokkene wel of niet in aanmerkelijke mate treft. Zo merkt de AP terecht op dat van ‘aanmerkelijke getroffenheid’ snel sprake zal zijn wanneer de ‘aanmerking als risicogeval nog lang ten nadele van betrokkene nawerkt of kan nawerken in zichzelf of een andere context, indien repeterende of zichzelf versterkende effecten moeten worden gevreesd of herhaaldelijk ingrijpende onderzoeken moeten worden ondergaan’.⁴⁷ Deze observatie is in lijn met de richtsnoeren van de Artikel 29 Werkgroep en vindt ook bevestiging in rechtspraak.⁴⁸ Andere observaties van de AP zijn in het licht van artikel 22 AVG echter minder goed te plaatsen. Dat geldt bijvoorbeeld voor de stelling dat een ‘verhoogde kans op nadelige onjuistheden’ de betrokkene niet in aanmerkelijke mate treft omdat ‘nader onderzoek of correctie’ een voorzienbaar risico is voor elke burger die een financiële aanvraag indient.⁴⁹ Uiteraard moet iedere burger die een financiële voorziening aanvraagt er rekening mee houden dat het bestuur zelf ook feitenonderzoek verricht. Maar de vraag of feitenonderzoek plaatsvindt zou, artikel 22 AVG indachtig, niet uitsluitend afhankelijk moeten zijn van de uitkomsten van een profileringsalgoritme. Is dat wel het

***Schufa* verduidelijkt dat de vraag of profilering onder dit verbod valt, alleen kan worden beantwoord wanneer inzicht is verkregen in het besluitvormingsproces**

zaken moeten bieden als zij profilering inzetten en op grond hiervan besluiten nemen. Dat wordt ook benadrukt in considerans 71 van de AVG. Het belang hiervan heeft het Hof van Justitie onlangs nog onderstreept in *Dun & Bradstreet Austria*.⁴⁴ Maar in het licht van artikel 22 AVG is het bieden van deze openheid geen factor die gewicht in de schaal legt ten aanzien van de vraag of er sprake is

Dat het EVRM strikte eisen stelt aan wetgeving waarmee een inbreuk op artikel 8 EVRM wordt gerechtvaardigd, is bevestigd in de SyRI-uitspraak

geval, dan moet de beslissing om feitenonderzoek te verrichten vermoedelijk wél als een uitsluitend op profilering gebaseerd AVG-besluit worden opgevat.

5.2. De AP heeft een blinde vlek voor het recht op respect voor het privéleven

In het advies richt de AP zich primair op de vraag of de toepassing van risicoprofilering valt onder het verbod van artikel 22 AVG. De toezichthouder ziet echter iets fundamenteels over het hoofd: de meerlagigheid van het recht op gegevensbescherming. Behalve de AVG stellen ook het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (Handvest) en het EVRM paal en perk aan risicoprofilering.⁵⁰ Het verzamelen en analyseren van persoonsgegevens voor profileringsdoeleinden raakt immers al snel aan het privéleven van burgers. In het licht van artikel 7 en 8 Handvest en artikel 8 lid 2 EVRM is deze inbreuk alleen gerechtvaardigd als zij bij wet is voorzien en noodzakelijk is in een democratische rechtsorde.

In de Nederlandse rechtspraak worden met name via artikel 8 EVRM strikte eisen gesteld aan wetgeving waarmee een inbreuk op het privéleven wordt gerechtvaardigd.⁵¹ Maar deze rechtspraak is ook relevant in het licht van de artikel 7 en 8 Handvest. Artikel 8 EVRM voorziet in minimumbescherming van het recht op respect voor het privéleven. Op grond van artikel 52, lid 3 Handvest zijn de inhoud en reikwijdte van de grondrechten die in het Handvest zijn opgenomen echter dezelfde als die van artikel 8 EVRM. Een inbreuk op het recht op respect voor het privéleven moet berusten op een naar behoren bekendgemaakt wettelijk voorschrift waaruit burgers met voldoende de precisie kunnen destilleren welke privé-gegevens voor

de vervulling van een overheidstaak worden verkregen en onder welke voorwaarden informatie voor dat doel worden verwerkt.⁵² Als een bestuursorgaan privé-gegevens voor profileringsdoeleinden verwerkt, dan dient het te beschikken over een wettelijke grondslag. De vraag hoe gedetailleerd en precies deze wetgeving moet zijn, hangt volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) af van de inmenging in het privéleven. Hoe groter de inbreuk, des te preciezer zij moet zijn geformuleerd. Het EVRM hanteert in dit opzicht een materieel wetsbegrip. Een beperking van artikel 8 EVRM moet aldus herleidbaar zijn tot materiële wetgeving, maar niet per se tot formele wetgeving. Artikel 10 van de Grondwet stelt deze eis wél. Beperkingen van het grondrecht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer kunnen alleen worden gerechtvaardigd krachtens formele wetgeving. En ook hier geldt dat bij een vergaande beperking de formele wetsgrondslag specifiek moet zijn.

Dat het EVRM strikte eisen stelt aan wetgeving waarmee een inbreuk op artikel 8 EVRM wordt gerechtvaardigd, is bevestigd in de SyRI-uitspraak. Hierin heeft de Haagse rechtbank de wetgeving waarmee profileringssysteem 'Systeem Risico Indicatie' van een wettelijke grondslag is voorzien onverbindend verklaard wegens strijd met artikel 8 EVRM.⁵³ De SyRI-wetgeving trof volgens haar geen 'fair balance' tussen het maatschappelijk belang dat de wet dient en de inbreuk op het privéleven van burgers.⁵⁴ Op verschillende punten schoot de wetgeving tekort. Zo was er niets opgenomen over de vraag welke 'objectieve feitelijke gegevens gerechtvaardigd leiden tot de conclusie dat iemand een verhoogd frauderisico vormt'.⁵⁵ Ook ontbrak het aan informatie over de werking van het risicomodel, zoals het gebruikte algoritme en de gehanteerde risico-indicatoren. Tevens werden burgers niet geïnformeerd over de verwerking van hun gegevens in SyRI, waardoor zij zich hiertegen niet konden verweren.⁵⁶

Ook de Hoge Raad (HR) heeft in het ANPR-arrest verduidelijkt dat onder omstandigheden een inbreuk op artikel 8 EVRM een voldoende precieze wettelijke grondslag behoeft.⁵⁷ Het ging hier om een soort risicoprofilering *avant la lettre*.⁵⁸ De politie verstrekke aan de belastinginspecteur foto's die middels *Automated Number Plate Recognition* waren verkregen. Deze beelden legden de verplaatsingen van automobilisten op Nederlandse snelwegen vast.

41. Kabinetsreactie advies AP inzake geautomatiseerde selectietechnieken, 3 december 2024, p. 6. Wel werd hierin het voorbehoud geplaatst dat 'elk proces op zijn eigen merites dient te worden beoordeeld'.

42. Dit roept de vraag op of deze DPIA's ook moeten worden gepubliceerd. Zonder publicatie kan immers niet worden geverifieerd of en hoe zij daadwerkelijk zijn uitgevoerd en welke waarborgen zijn getroffen om de rechten en vrijheden van burgers te beschermen.

43. Dat vereist overigens wel dat degenen die de DPIA uitvoeren, zich realiseren dat sprake is van profilering. Dat dit in de

praktijk lang niet altijd het geval is, vond bevestiging in het eerdergenoemde onderzoek van de Amsterdamse Rekenkamer.

44. HvJ EU 27 februari 2025, ECLI:EU:C:2025:117, r.o. 53-58 (*Dun & Bradstreet Austria*).

45. Art. 29 Werkgroep, p. 24.

46. Zie ook AP 2024, p. 7: 'Bij de toepassing van artikel 22 komt het er in de kern dus op aan scherp te analyseren welke "keuzes" van het systeem welke gevolgen hebben voor een individu en of die gevolgen rechtsgevolgen zijn (betrokkene bevindt zich in een andere rechtspositie door de keuze van het systeem) of alleen

feitelijke gevolgen.'

47. AP 2024, p. 9.

48. Artikel 29 Werkgroep 2017, p. 26 en Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865 (SyRI), r.o. 6.60.

49. AP 2024, p. 8.

50. H.R. Kranenburg & L.F.M. Verhey, *NJB* 2025/750, afl. 14, p. 1038-1046.

51. EHRM 26 april 1979, ECLI:CE:ECHR:1979:0426JUD000653874 (*Sunday Times*); en HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:286 (ANPR I). Zie hierover ook: Çapkurt 2024, p. 29 en 98-99.

52. HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:286 (ANPR I), r.o. 2.3.2.

53. Rb. Den Haag 5 februari 2020,

ECLI:NL:RBDHA:2020:865 (SyRI).

54. Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, r.o. 6.83 (SyRI).

55. Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, r.o. 6.87 (SyRI).

56. Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, r.o. 6.90 (SyRI).

57. HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:286 (ANPR I).

58. De belastinginspecteur verwerkte geautomatiseerde persoonsgegevens om persoonlijke aspecten van betrokkenen te evalueren, te weten hun reisbewegingen.

Vanuit burgerperspectief is het verklaarbaar waarom de toelaatbaarheid van risicoprofilering de afgelopen jaren vooral op grond van het EVRM is getoetst

De inspecteur vergeleek deze beelden met de rittenregistraties die belastingplichtigen jaarlijks verstrekten. De inspecteur filterde de gegevens en vernietigde de 'no hits'.⁵⁹ De overige gegevens werden gebruikt om te bepalen welke belastingplichtigen handmatig onderzocht moesten worden. De HR overwoog dat het privéleven van burgers werd geraakt door deze verwerking van ANPR-gegevens. Het ging hier niet om één of enkele waarnemingen in de openbare ruimte, maar om het systematisch verzamelen, vastleggen, bewerken en jarenlang bewaren van gegevens over de bewegingen van voertuigen op diverse plaatsen in Nederland' gedurende een jaar.⁶⁰ De cassatierechter oordeelde dat er geen wetgeving was die de belastinginspecteur 'een voldoende precieze grondslag bood' voor het gebruik van ANPR-foto's. Dat gold ook voor artikel 55 Algemene wet rijksbelastingen, dat een algemene informatieplicht bevat voor overheidsinstanties om aan de inspecteur gegevens te verstrekken die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van belastingwetgeving.

Vanuit het burgerperspectief is het verklaarbaar waarom de toelaatbaarheid van risicoprofilering de afgelopen jaren vooral op grond van het EVRM is getoetst. Dit heeft te maken met het leerstuk van onrechtmatig verkregen bewijs. Wanneer een rechter vaststelt dat bewijsmateriaal is verkregen via een onrechtmatige vorm van risicoprofilering, dan moet hij bepalen of het bestuur dit bewijs mag gebruiken of dat het moet worden uitgesloten. Of bewijsuitsluiting geboden is wordt bepaald aan de hand van het 'zozeer-indruist-criterium'. Bewijsuitsluiting vindt plaats als de bewijsverkrijging zozeer indruist tegen wat van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat het gebruik daarvan onder alle omstandigheden onrechtmatig moet worden geacht. Handelt het bestuur bij de bewijsvergaring in strijd met fundamentele rechten, zoals artikel 8 EVRM en artikel 7 en 8 EU-Grondrechtenhandvest, dan vindt doorgaans bewijsuitsluiting plaats. Dat geldt echter niet zonder meer als een bestuursorgaan secundair Unierecht (de AVG) schendt.⁶¹

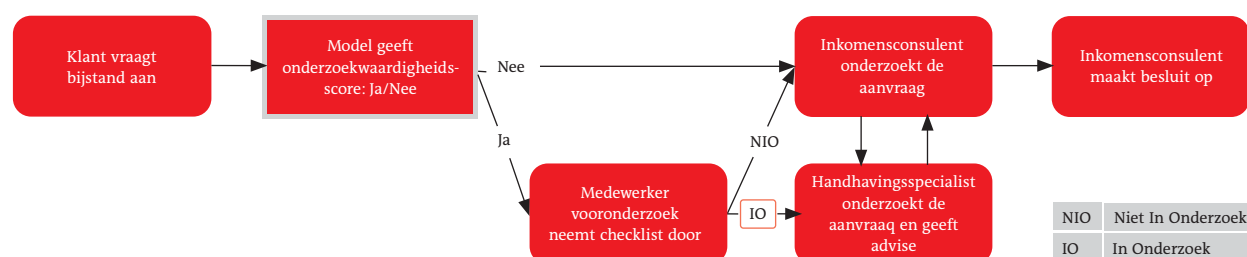
6. Profilerings in de sociale zekerheid

6.1. De Slimme Check

Tussen april en augustus 2023 experimenteerde het college van B&W van Amsterdam met 'de Slimme Check'.⁶² Het wilde hiermee onderzoeken of dit algoritme fouten en fraude bij bijstandsaanvragen effectief kon detecteren. Het algoritme kende aan bijstandsaanvragen een score toe middels vooraf opgestelde risico-indicaties. Het college nam de Slimme Check op in het Amsterdamse algoritmeregister. Ook informeerde het burgers hierover op het formulier waarmee zij bijstand konden aanvragen.⁶³ Burgers konden ervoor kiezen hun gegevens niet te laten verwerken middels de Slimme Check.⁶⁴ Het algoritme beoordeelde in totaal 1582 aanvragen. Het classificeerde 408 aanvragen als onderzoekswaardig. Deze werden handmatig beoordeeld door 'medewerkers vooronderzoek'. Zij beoordeelden of aanvragen naar een inkomensconsulent of handhavingsspecialist moesten worden doorgezet (zie figuur 1).⁶⁵

Het college nam verschillende maatregelen om te waarborgen dat de Slimme Check zorgvuldig werd toegepast. Allereerst voerde het een voorstudie uit om te analyseren of het algoritme bevooroordeeld was.⁶⁶ Daarnaast verrichtte het college zowel voor als tijdens de pilot verschillende impact assessments, waaronder een DPIA en een Impact Assessment voor Mensenrechten (IAMA), om de risico's van de (beoogde) gegevensverwerking in kaart te brengen en te beheersen.⁶⁷ Tevens trof het college maatregelen om *confirmation bias* te voorkomen. Zo ontvingen medewerkers vooronderzoek een checklist⁶⁸ om te beoordelen of de algoritmisch uitgeworpen aanvragen nader onderzoek vereisten of moesten worden afgewezen. De checklist bestond uit een stroomdiagram waarin zes vragen waren opgenomen. Er diende bijvoorbeeld te worden onderzocht of er op grond van de drie belangrijkste datapunten van de Slimme Check een duidelijke aanwijzing voor onrechtmatigheid bestond, of de aanvrager begeleid woonde, of hij inkomen en vermogen had en wat zijn verblijfstatus was. Tijdens de pilot kregen de medewerkers vooronderzoek ondersteuning om deze gegevens adequaat te interpreteren.⁶⁹ Intern bestonden bovendien processen om deze werkinstructies te verbeteren, onder andere om *false negatives* te voorkomen.⁷⁰ Uiteindelijk implementeerde het college de Slimme Check niet. Hoewel een belangrijk pilotdoel werd behaald – het algoritme selecteerde onderzoekswaardige aanvragen effectiever dan het handmatige proces – kon volgens het college bias van het algoritme 'niet met zekerheid' worden uitgesloten.⁷¹

Figuur 1: Besluitvormingstraject bijstandsaanvraag



Verwijzend naar de SyRI-uitspraak, benadrukt de CRvB dat het bestuur aan de burger moet kunnen uitleggen waarom hij (extra) is gecontroleerd

6.2 Artikel 22 AVG en het EVRM

De verwerking van persoonsgegevens in de Slimme Check gold als een vorm van profilering in de zin van artikel 4 onderdeel 4 AVG. Het college verwerkte immers geautomatiseerde persoonsgegevens om een score te genereren waarmee de betrouwbaarheid van bijstandsaanvragen werd geëvalueerd. In casu is vermoedelijk echter geen sprake van een *uitsluitend* op profilering gebaseerd AVG-besluit. Als we naar de interne besluitvormingsprocedure kijken, dan zien we dat ambtenaren die een risicoscore ontvingen beoordelingsruimte hadden om te bepalen of en, zo ja, in hoeverre actie jegens een onderzoekswaardige aanvrager moest worden genomen.⁷² Deze ruimte was gestandaardiseerd middels een checklist. Hiermee bepaalden medewerkers vooronderzoek of een bijstandsaanvraag extra moest worden gecontroleerd door handhavingsmedewerkers.⁷³ De ambtelijke beslissing om een aanvraag extra te onderzoeken – bijvoorbeeld door een huisbezoek af te leggen – berustte dus niet louter op de gegenereerde risicoscore. Het *Schufa*-scenario, waarin de profileringsscore direct doorwerkte in de beslissing van de bankmedewerker om geen krediet te verstrekken, deed zich bij de Slimme check dus niet voor. De risicoscore speelde een rol in de bestuurlijke voorbereiding, maar bepaalde niet 'hoofdzakelijk' het handelen van de ambtenaar die deze ontving.

Is de Slimme check EVRM-proof? Er is in ieder geval een grondslag voor de inbreuk op het privéleven die deze profilering teweegbrengt. Volgens de Centrale Raad van Beroep (CRvB) mogen bestuursorganen in de toepassing van hun 'algemene onderzoeksbevoegdheid' zoals neergelegd in artikel 53a lid 6 Participatiewet risicoprofilering toepassen.⁷⁴ Dit is geoorloofd met het oog op effectiviteit, efficiëntie en kostenbesparing wegens het grote belang van bestrijding van onjuist gebruik van sociale voorzie-

ningen.⁷⁵ Verwijzend naar de SyRI-uitspraak, benadrukt de CRvB dat het bestuur aan de burger moet kunnen uitleggen waarom hij (extra) is gecontroleerd.⁷⁶ Op dit punt is echter niet met zekerheid te zeggen of de Slimme Check de EVRM-toets doorstaat. Uit de gepubliceerde documenten volgt weliswaar dat burgers tijdens de aanvraag werden geïnformeerd over de inzet van dit algoritme. Het is echter onduidelijk of het bestuur aan burgers die door de Slimme Check onderzoekswaardig werden bevonden transparantie werd geboden over de reden waarom het systeem hun aanvragen uitwierp.⁷⁷

7. Profilering in de fiscaliteit

7.1. Het risicoclassificatiemodel

De Dienst Toeslagen gebruikte tot 2020 het door Deloitte ontwikkelde risicoclassificatiemodel (RCM) bij de uitvoering van toeslagenwetgeving. Het model analyseerde huur- en kinderopvangtoeslagen en identificeerde aanvragen met een verhoogd risico op fraude en (on)bewuste fouten. Burgers konden op basis van een persoonskenmerk, zoals nationaliteit, worden geselecteerd voor onderzoek.⁷⁸ Het RCM was zelflerend. Op grond van *machine-learning*-technieken herkende het statistische verbanden tussen risico-indicatoren.⁷⁹ Het model kwam tot ontwikkeling in een periode waarin de Belastingdienst overstapte van handmatige controle naar controle gebaseerd op 'data-analyse en risicoprofilering'.⁸⁰ Daarom had Toeslagen geen 'vaktechnische structuur alsmede de bijbehorende waarborgen' om het RCM zorgvuldig te implementeren. Dat het model desondanks in hoog tempo werd uitgerold had te maken met de wens van de Tweede Kamer om de fiscale fraudebestrijding te intensiveren. In juli 2020 werd het RCM buiten werking gesteld omdat het in strijd zou zijn met de 'kernbeginselen' van de AVG.⁸¹

59. PHR 16 augustus 2016, ECLI:NL:PHR:2016:884 (Conclusie P-G Niessen bij ANPR I), r.o. 4.2.

60. HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:286 (ANPR I), r.o. 2.3.3.

61. HR 10 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1747 (FSV I), r.o. 5.4.

62. amsterdam.raadsinformatie.nl/vergadering/1203734, onder 'TKN 8'.

63. Eindevaluatie Slimme Check. Eindrapport, december 2023, p. 33.

64. Niemand maakte hiervan gebruik. Wethouder Sociale Zaken, 'Brief evaluatie pilot digitale fraudepreventie', 23 januari 2024, p. 3.

65. Eindevaluatie Slimme Check, p. 3.

66. Gemeente Amsterdam, Eindevaluatie

pilot Slimme Check – Biasanalyse, december 2023.

67. Eindrapport Slimme Check 2023, p. 6.

68. De checklist is opgenomen in Eindrapport Slimme Check, december 2023, p. 11-12.

69. Eindrapport Slimme Check 2023, p. 12.

70. Eindevaluatie Slimme Check. Eindrapport, december 2023, p. 22.

71. Wethouder Sociale Zaken, 'Brief evaluatie pilot digitale fraudepreventie', 23 januari 2024, p. 4. De wethouder onderkent echter niet dat bias nooit met zekerheid kan worden uitgesloten. De hamvraag is hoeveel bias acceptabel is en hoe onwenselijke vormen van bias kunnen worden geminimaliseerd.

72. HvJ EU 16 maart 2023,

ECLI:EU:C:2023:220 (conclusie bij *Schufa I*), r.o. 44.

73. Opgemerkt moet worden dat dit, vanuit Awb-perspectief, curieus was. Er was immers nog geen besluit in de zin van artikel 1:3 Awb genomen, waardoor van handhaving in de zin van hoofdstuk 5 Awb uiteraard geen sprake kan zijn.

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

75. CRvB 14 april 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1229, (X/College van B&W Schiedam), r.o. 4.3.3.

76. CRvB 8 december 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:3294, (Verwonder-

adressen), r.o. 4.4 en 4.7.

77. In *Verwonderadressen* kon het college van B&W van Eindhoven niet verduidelijken waarom het adres van een burger onderzoekswaardig was. Daardoor kon de CRvB niet toetsen of risicoprofilering EVRM-proof was.

78. Kamerstukken II 2023/24, 35867, nr. 8, p. 42.

79. PwC, *Onderzoek gebruik risicoscores van het risicoclassificatiemodel*, 2023, p.17.

80. Ministerie van Financiën DG Belastingdienst, *14e Halvjaarsrapportage Belastingdienst/Jan-juli 2014*, p. 13 en 16.

81. *Kamerstukken II*, 2019/20, 31066, nr. 681, p. 8.

Onderzoek van PwC uit 2023 toont dat de Dienst Toeslagen het model voor verschillende doeleinden inzette. Allereerst werd het gebruikt voor individueel toezicht.⁸² Aanvragen met een hoge risicoscore wierp het uit voor handmatig onderzoek door het 'Intensief Subjectgericht Toezicht-team' (IST-team).⁸³ Ambtenaren van dit team wisten dat de te beoordelen aanvragen risicovol waren, maar hadden geen kennis van de selectiegronden.⁸⁴ Hoewel de risicoscore zelf dus niet doorslaggevend was voor de start van het onderzoek, hebben ambtenaren in gesprekken met PwC aangegeven dat zij 'conform de werkinstructies bewijsstukken uitvoeren en mogelijk extra zorgvuldig op zoek gingen naar het risico in de bewijsstukken van burgers om de hoge risicoscores te bevestigen'.⁸⁵ Inmiddels is duidelijk dat het RCM vooral toeslagaanvragen van kwetsbare burgers als risicovol labelde. Er was sprake van een oververtegenwoordiging van personen die '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'.⁸⁶ Volgens de Staatssecretaris van Financiën blijkt uit de hersteloperatie toeslagen dat deze groep burgers is getroffen door de 'institutionele vooringenomenheid en de hardheid van het stelsel'.⁸⁷ Op deze burgers rustte 'een enorme bewijslast. Niet alleen omdat zij veel verschillende stukken (jaaropgave, urenregistraties, betaalbewijzen etc.) moesten aandragen, maar ook omdat een controle soms over meerdere jaren werd uitgevoerd, waardoor ouders een veelvoud aan stukken moesten aanleveren'.⁸⁸

Ten tweede werden RCM-scores intern binnen de Belastingdienst gedeeld. Zo kon door een RCM-risicoscore het Fraudeteam worden ingeschakeld. Dit team kon burgers in de Fraude Signalerings Voorziening (FSV) registreren, met vergaande gevolgen.⁸⁹ Burgers die toeslagen moesten terugbetalen hadden in beginsel recht op een beslagvrije voet, kwijtschelding, een persoonlijke betalingsregeling en minnelijke schuldsanering.⁹⁰ Maar personen die in de FSV waren opgenomen en een hoge belastingsschuld hadden, kregen een andere behandeling.⁹¹ Tegen hen trad Toeslagen in sommige gevallen hardvochtig op. Sommigen kregen de kwalificatie opzet grove schuld (O/GS) waardoor zij geen betalingsregeling konden treffen.⁹² De helft van de burgers die in de FSV waren opgenomen, stonden ook op de 'toezichtlijst'. Dit betekende dat zij 'langdurig voor elke toeslagaanvraag of wijziging ervan voor handmatige beoordeling werden geselecteerd. Hierdoor konden zij opnieuw te maken krijgen met een achteraf bezien (te) strenge uitleg van wet- en regelgeving, een hoge terugvordering en (dus) soms ook met O/GS in de fase van invordering'.⁹³ PwC kon niet met zekerheid achterhalen of er een verband bestond tussen FSV-registraties en RCM-risicoscores omdat 'ook andere behandelingen' konden leiden tot opname in de FSV.⁹⁴ De RCM-risicoscores werden ook gebruikt om georganiseerde fraude te detecteren.⁹⁵ PwC kon weliswaar achterhalen dat de scores van 139 burgers 'medebepalend [waren] voor het opstellen van een opdrachtformulier' voor het toeslaggerelateerde CAF-onderzoek.⁹⁶ Maar het kon niet achterhalen of door dit onderzoek toeslagen zijn stopgezet of teruggevorderd.

Tot slot werden RCM-risicoscores in meer systemisch verband toegepast. Zo werden zij gebruikt om georganiseerde fraude te detecteren.⁹⁷ Het 'screeningsteam' van Toeslagen was belast met het beoordelen van fraudesignalen en tevens betrokken bij het instellen van CAF-onderzoeken. PwC kon 79 'Quickscans' die het screeningsteam had uitgevoerd terugvinden. In 41 daarvan werden RCM-risicoscores van meer dan 9000 burgers toegepast om een 'facilitator-signaal' te verkennen.⁹⁸ Ook hier kon PwC niet achterhalen of toeslagen door dit onderzoek zijn stopgezet.⁹⁹ Daarnaast werden tot 2019 RCM-risicoscores gebruikt voor het trainen van andere modellen van de Belastingdienst. Dat gebeurde bijvoorbeeld voor het algoritme 'Hoge Toeslag, Hoog Risico' (HotHor).¹⁰⁰ Dit algoritme wierp burgers die jaarlijks voor meer dan € 20.000 toeslagen aanvroegen automatisch uit voor nader onderzoek. Hothor was gebaseerd op de aanname dat 'hoe hoger het financieel voordeel is, hoe hoger het risico op een grote terugvordering'.¹⁰¹ Tevens

Zoals *Schufa* verduidelijkt kan er, ondanks menselijke tussenkomst, sprake zijn van een uitsluitend op profilering gebaseerd besluit in de zin van artikel 22 AVG

zijn RCM-risicoscores gebruikt in samenwerkingsverbanden. Dat gebeurde bijvoorbeeld in een project van de Landelijke Stuurgroep Interventieteams. Toeslagen nam tussen 2014 en 2019 aan 73 projecten deel van dit samenwerkingsverband. De Dienst Toeslagen droeg in tien projecten 561 'verwonderadressen' voor. Bij 56 verwonderadressen was de RCM-risicoscore 'de enige reden voor selectie van het verwonderadres'.¹⁰²

7.2. Artikel 22 AVG en artikel 8 EVRM

Volgens de Parlementaire enquêtecommissie Fraudebeleid en Dienstverlening heeft de toepassing van het RCM geleid tot een ongerechtvaardigde inbreuk op het grondrecht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.¹⁰³ Zij baseerde haar oordeel deels op een rapport van de AP, waarin is vastgesteld dat de verwerking van een tweede nationaliteit in dit model onrechtmatig was.¹⁰⁴ Of de RCM-risicoprofilering ook onder artikel 22 AVG valt, is echter maar de vraag. De Staatssecretaris van Financiën heeft gesteld dat een RCM-score niet leidde tot automatische besluitvorming over het recht op toeslag, omdat dit 'altijd [werd] gedaan door medewerkers die de aanvragen beoordeelden'.¹⁰⁵ Zoals *Schufa* heeft verduidelijkt kan er, ondanks menselijke tussenkomst, sprake zijn van een uitsluitend op profilering gebaseerd besluit in de zin van artikel 22 AVG. Om te laten zien dat van dergelijke besluit-

vorming geen sprake is moet, conform *Schufa*, inzicht worden verkregen in de volledige besluitvormingsketen, inclusief de wijze waarop de risicoscores van het RCM zijn gewogen en (her)gebruikt door ambtenaren. Precies hier zit de pijn: het is onmogelijk om in kaart te brengen welk effect de RCM-scores voor individuele burgers precies hebben gesorteerd in de praktijk. PwC heeft kunnen achterhalen dat deze zijn gebruikt voor uiteenlopende doeleinden, zoals het verrichten van individueel toezicht, het genereren van FSV-registraties, het starten van CAF-onderzoeken, en het selecteren van verwonderadressen. Het valt echter niet meer te reconstrueren of *uitsluitend* op basis van deze risicoscores beslissingen zijn genomen die burgers in aanmerkelijke mate hebben getroffen of die rechtsgevolgen hebben gehad. Een burger *kon* in de FSV worden geregistreerd vanwege een hoge RCM-score, maar ook andere factoren konden hiertoe aanleiding geven. Een ‘verwonderadres’ *kon* worden geïdentificeerd via hoge RCM-scores, maar ook andere factoren konden hieraan bijdragen. Een CAF-onderzoek *kon* worden geïnitieerd vanwege een hoge RCM-score, maar ook andere factoren konden gewicht in de schaal leggen. Tevens is onduidelijk hoe breed RCM-scores zijn gedeeld en hergebruikt. Dit heeft volgens PwC te maken met ‘de historische staat van de informatievoorziening en de informatiehuishouding van de Belastingdienst’.¹⁰⁶ Zo hebben de onderzoekers niet kunnen achterhalen of RCM-scores per e-mail zijn verstrekt aan derden.

Tegelijkertijd blijkt ontegenzeggelijk dat de RCM-scores in sommige gevallen hebben geleid tot *confirmation bias*. In geval van hoge risicoscores benaderden ambtenaren de aanvraag niet meer neutraal, maar zochten ze ‘conform de werkinstructie’ naar bewijsstukken om deze scores te bevestigen. Ook is gebleken dat de scores een blijvend effect hadden op bepaalde groepen burgers, waardoor zij vermoedelijk in aanmerkelijke mate zijn getroffen. Zo zijn burgers met een niet-Nederlandse nationaliteit of een laag inkomen alsmede alleenstaande moeders relatief vaker als een fraude-risico aangemerkt. Zij kwamen bij herhaling terecht in fiscale controleprocessen, zelfs zonder aanleiding. En bij een aantal LSI-onderzoeken is een hoge RCM-score de enige reden geweest voor de Dienst Toeslagen om een ‘verwonderadres’ te onderzoeken.

8. Conclusie

Artikel 22 AVG verbiedt uitsluitend op profilering gebaseerde besluitvorming. Daarvan is sprake als aan drie

cumulatieve vereisten is voldaan: 1) er is sprake van een besluit, 2) dat uitsluitend op profilering is gebaseerd, en 3) dat voor de betrokkene rechtsgevolgen heeft of hem anderszins in aanmerkelijke mate treft. Dit verbod kan terzijde worden gesteld middels lidstatelijke wetgeving. Het kernelement van artikel 22 AVG is niet dat een betrok-

Bestuursorganen moeten uit eigen beweging inzichtelijk maken welke impact risicoprofilering heeft op betrokken ambtenaren

kene wordt geprofileerd, maar dat *uitsluitend* op grond hiervan een besluit over hem wordt genomen dat rechtsgevolgen heeft of hem in aanmerkelijke mate treft.

Uit *Schufa* volgt dat de vraag of er sprake is van een dergelijk besluit pas kan worden beantwoord als duidelijk is hoe de profileringscore de handelswijze van degene die deze ontvangt beïnvloedt. Het Hof kon in *Schufa* vaststellen dat er sprake was van een AVG-besluit, omdat in de rechterlijke procedure duidelijk was dat de beslissing van een bankmedewerker om aan een consument krediet te verlenen hoofdzakelijk werd bepaald door Schufa's risicoscore. In reactie op *Schufa* heeft de AP een advies gepubliceerd over de toepassing van risicoprofilering door Nederlandse bestuursorganen. Zolang voldaan is aan ‘vijf voorwaarden’ geldt volgens haar het verbod van artikel 22 AVG niet. Bestuursorganen zouden dan ‘zonder specifieke wettelijke grondslag’ burgers mogen profileren in besluitvormingsprocedures over bijvoorbeeld toeslagen of uitkeringen.

In dit artikel is betoogd dat dit advies van de AP om twee redenen kwestieus is. Allereerst zijn deze vijf voorwaarden niet direct te plaatsen in de systematiek van artikel 22 lid 1 AVG. De vraag of er wordt gehandeld binnen de reikwijdte van het verbod van dit artikel – en er aldus sprake is van een uitsluitend op profilering gebaseerd besluit – wordt als gezegd beantwoord middels de bovengenoemde drie cumulatieve vereisten. Het periodiek verrichten van impact assessments zoals DPIA's om discriminatoire verwerkingen uit te sluiten (voorwaarden 1 en 2)

82. PwC 2023, p. 17.

83. PwC 2023, p. 18. Zie ook: Parlementaire enquêtecommissie Fraudebestrijding en Dienstverlening, *Blind voor mens en recht*, Den Haag, 2024, p. 311.

84. PwC 2023, p. 18.

85. PwC 2023, p. 18.

86. Kamerstukken II 2021/22, 31 066, nr. 923, p. 7. Zie ook Kamerbrief inzake de analyse van het risicoclassificatiemodel Toeslagen van 21 april 2022, bijlage ‘Analyse risicoclassificatiemodel Toeslagen’, p. 7.

87. Kamerstukken II 2021/22, 31066, nr.

923, p. 7.

88. Kamerstukken II 2023/24, 35867, nr. 8, p. 42.

89. PwC 2023, p. 19.

90. Kamerstukken II 2019/20, 31066, nr.

681, p. 4-7. Zie ook: Çapkurt 2024, p.

138-142.

91. M. van Eck, D. van Hout & M. Weijers, ‘Olievlek op vlek. De zwarte lijst(en) van de Belastingdienst’, *NJB* 2022, p. 1606.

92. Parlementaire ondervragingscommissie

Kinderopvangtoeslag 2020, p. 18.

93. Kamerstukken II 2021/22, 31066, nr.

938, p. 5.

94. PwC 2023, p. 8

95. PwC 2023, p. 8.

96. PwC 2023, p. 9

97. PwC 2023, p. 20 en Kamerbrief inzake de analyse van het risicoclassificatiemodel Toeslagen van 21 april 2022, p. 2.

98. PwC 2023, p. 21.

99. PwC 2023, p. 22.

100. Kamerbrief van 15 januari 2024, Stand van zaken Dienst Toeslagen, p. 8-9.

101. Parlementaire enquêtecommissie Frau-

debestrijding en Dienstverlening 2024, p. 99.

102. PwC 2023, p. 31.

103. Parlementaire enquêtecommissie Fraudebestrijding en Dienstverlening 2024, p. 303.

104. AP, Boetebesluit voor de verwerking van tweede nationaliteit in het RCM, 25 november 2021.

105. Kamerbrief van 15 januari 2024, Stand van zaken Dienst Toeslagen, p. 9.

106. PwC 2023, p. 6.

Het is uiterst vreemd dat het kabinet het AP-advies heeft aangegrepen om een verzoek van de Tweede Kamer, strekkende tot de publicatie van alle rijksbrede profileringsalgoritmen, naast zich neer te leggen

en het bieden van transparantie over risicoprofilering (voorwaarde 5) zijn belangrijke zaken waarover nagedacht moet worden bij het toepassen van profilering. Het zijn echter geen factoren op basis waarvan wordt bepaald of sprake is van een uitsluitend op profilering gebaseerd besluit in de zin van artikel 22 AVG.

Ten tweede ziet de AP over het hoofd dat naast de AVG ook het EVRM en het Handvest aanvullende eisen stelle aan de bestuurlijke inzet van risicoprofilering. Het verwerken van persoonsgegevens voor risicoprofileringsdoeleinden raakt immers al snel aan het privéleven. In het licht van artikel 8 lid 2 EVRM is deze inbreuk alleen gerechtvaardigd als zij bij wet is voorzien en noodzakelijk is in een democratische rechtsorde.¹⁰⁷ Zoals blijkt uit uitspraken zoals *ANPR*, *SyRI* en *Verwonderadressen* stellen rechters strikte eisen aan wetgeving waarmee een inbreuk op artikel 8 EVRM wordt gerechtvaardigd.¹⁰⁸ Bestuursorganen moeten deze eisen in acht nemen bij het toepassen van risicoprofilering. Vanuit het burgerperspectief is deze toetsing aan fundamentele rechten van groot belang. Wordt vastgesteld dat met het EVRM strijdige profilering heeft plaatsgevonden, dan zal de rechter conform het leerstuk van onrechtmatig verkregen bewijs moeten onderzoeken of bewijsuitsluiting dient plaats te vinden. Een schending van een fundamenteel recht leidt doorgaans tot bewijsuitsluiting. Dat geldt niet zonder meer voor een schending van de AVG. Het argument van de AP dat bestuursorganen 'zonder specifieke wetgeving' risicoprofilering mogen toepassen is daarom te kort door de bocht.

Aan de hand van twee casus inzake de sociale zekerheid en fiscaliteit – de Slimme Check en het RCM – is

onderzocht in hoeverre risicoprofilering valt onder het verbod van artikel 22 AVG. In dit verband is het belangrijk om op te merken is dat deze casus slechts kon worden geanalyseerd omdat over de werking van beide modellen onder politieke druk (RCM) of uit eigen beweging (Slimme Check) transparantie is geboden. Daardoor kon worden onderzocht of de toepassing ervan leidde tot schending van artikel 22 AVG en artikel 8 EVRM. Hiermee is gelijk de achilleshiel van artikel 22 AVG blootgelegd. De EVRM-toetsing kan worden verricht zonder precies te weten welk effect risicoprofilering sorteert op het handelen van een ambtenaar. Voor artikel 22 AVG geldt dat echter niet. De vraag of er sprake is van een uitsluitend op profilering gebaseerd besluit dat rechtsgevolgen heeft of de betrokkene in aanmerkelijke mate treft, kan pas worden beantwoord als bekend is hoe de handelswijze van degene die een risicoscore ontvangt hierdoor wordt beïnvloed. Bestuursorganen moeten uit eigen beweging inzichtelijk maken welke impact risicoprofilering heeft op betrokken ambtenaren en in hoeverre de uitkomsten hiervan worden hergebruikt voor andere doeleinden. Ontbreekt duidelijke documentatie over de rol en invloed van risicoprofilering in individuele besluitvormingsprocedures, dan is het onmogelijk om vast te stellen of er sprake is van een uitsluitend op profilering gebaseerd besluit in de zin van artikel 22 AVG. Daarom is het uiterst vreemd dat het kabinet het AP-advies heeft aangegrepen om een verzoek van de Tweede Kamer, strekkende tot de publicatie van alle rijksbrede profileringsalgoritmen, naast zich neer te leggen. Een dergelijke inventarisatie van profileringsinstrumenten zou volgens het kabinet niet aan de orde zijn omdat deze instrumenten, blijkens het AP-advies, niet vallen onder het verbod van artikel 22 AVG. Dit staat echter haaks op artikel 22 AVG en het *Schufa*-arrest: zonder te weten welk effect deze profilering in concreto sorteert, kan niet in abstracto worden gesteld dat dit verbod geen toepassing vindt. •

¹⁰⁷. CRvB 11 april 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BA2436 (*Risicoprofilerings WVB II*); Rb. Haarlem 20 september 2005, ECLI:NL:RBHAA:2005:AU3822 (*Risicoprofilering WVB I*).

¹⁰⁸. EHRM 26 april 1979, ECLI:CE:ECHR:1979:0426JUD000653874 (*Sunday Times*); en HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:286 (*ANPR I*).