AUTORITEIT
PERSOONSGEGEVENS

Autoriteit Persoonsgegevens
Postbus 93374, 2509 AJ Den Haag
Hoge Nieuwstraat 8, 2514 EL Den Haag
T 070 8888 500 - F 070 8888 501
autoriteitpersoonsgegevens.n 1

De Staatssecretaris Fiscaliteit en Belastingdienst
Postbus 20201
2500 EE DEN HAAG

Datum	Ons kenmerk	Uw brief van
10 oktober 2024	2024-011279	11 april 2024

Onderwerp

Advies artikel 22 AVG en geautomatiseerde selectie-instrumenten

Geachte heer Idsinga,

Bij briefvan 11 april 2024 is de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) gevraagd om advies naar aanleiding van een advies van de landsadvocaat van 12 maart 2024 over geautomatiseerde selectie-instrumenten die worden gebruikt bij belastingaangifte en aanvragen om toeslagen. Het verzoek is - kort gezegd - gericht op duiding van de betekenis en de reikwijdte van de artikelen 22 AVG en 40 UAVG in het licht van de vraag of aanvullende wetgeving nodig is voor de geautomatiseerde wijze van behandeling van de belastingaangifte zoals beschreven in de bijlage bij de briefmet het verzoek.

De AP ziet in het verzoek aanleiding uitleg te geven over de breder in de praktijk van automatische besluitvorming bij de overheid op grond van de AVG geldende voorschriften en aandachtspunten. Geautomatiseerde besluitvorming is in de praktijk voor bestuursorganen onmisbaar en brengt bestuursorganen, en dus ook de samenleving, vooral in termen van *doelmatigheid* grote voordelen. Aan het automatisch nemen van besluiten kleven echter ook grote risico's. Artikel 22 AVG - dat geautomatiseerde besluitvorming in beginsel verbiedt - eist dan ook nadrukkelijk aandacht voor de risico's in termen van *rechtmatigheid:* er *moeten* in de nationale wetgeving waarborgen zijn dat onrechtmatige inbreuk op rechten en vrijheden, maar ook op de gerechtvaardigde *belangen* van de individuele burger, worden voorkomen. De richtlijn gegevensbescherming rechtshandhaving (RGR) bevat een vergelijkbaar verbod op geautomatiseerde besluitvorming.'

[1] Artikel 11 Richtlijn (EU) 2016/680 van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens door bevoegde autoriteiten met het oog op de voorkoming, het onderzoek, de opsporing en de vervolging van strafbare feiten of de tenuitvoerlegging van straffen, en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Kaderbesluit 2008/977/JBZ van de Raad.

De AP heeft zelf geen onderzoek verricht; de mate waarin zich feitelijk in de voorgelegde casus of breder op het terrein van geautomatiseerde uitvoering door overheden onrechtmatigheden voordoen, is dan ook niet vastgesteld.

Inhoud

In **deel I** wordt in algemene zin ingegaan op de kernbegrippen van artikel 22 AVG (waaronder op 'profilering'), in **deel II** wordt uiteengezet waar in algemene zin door de wetgever en bestuursorganen rekening mee moet worden gehouden bij automatische besluitvorming, in **deel III** wordt ingegaan op risicoselectie, profilering en tegengaan van discriminatie waarna in **deel IV** de voorgelegde casus wordt behandeld.

Hoofdlijn advies

I. Begrippen

- 'Profilering' is een neutrale aanduiding voor een bepaald soort verwerking die al snel aan de orde is.
- Ook het begrip 'besluit' heeft weinig beperkende betekenis; elke keuze van een systeem met gevolgen voor een individu is een 'besluit'.
- De reikwijdte van het verbod op automatische besluitvorming wordt echter wel beperkt doordat een gevolg van een besluit moet kwalificeren als 'rechtsgevolg' of iemand anderszins 'in aanmerkelijke mate' moet treffen.
- Invulling van 'aanmerkelijk' is daarbij vaak cruciaal, maar lastig omdat dit van geval tot geval moet worden bezien. Enkel(e) handvatten voor beoordeling zijn wel te geven.
- Extra moeite of tijd of lichte, reguliere, verwachte controle 'treft' betrokkene in normale gevallen niet aanmerkelijk, evenmin als een hogere kans dat nadelige onjuistheden aan het licht komen.
- Vergroting van de kans op ernstige gevolgen kan wel als op zichzelf staand gevolg aanmerkelijk zijn evenals gevolgen die lang nawerken, in een andere context doorwerken of herhaald worden.

II. Algemene eisen aan geautomatiseerde besluitvorming door bestuursorganen

- Voorop staat dat verwerkingen die onderscheid maken tussen burgers dat niet objectief kan worden gerechtvaardigd discriminatoir zijn en dus verboden zijn.
- De UAVG regelt dat het beginselverbod op automatische besluitvorming voor besluiten van bestuursorganen niet geldt, als het gaat om niet op profilering gebaseerde besluiten.
- De UAVG regelt niet dat er ook 'passende maatregelen' genomen zijn omdat dat wordt overgelaten aan het bestuursorgaan. Dit is geen geldige wetgeving en betekent dat geautomatiseerde besluitvorming alleen rechtmatig is als er *andere* wetgeving is die als 'passende maatregel' kwalificeert.
- In veel gevallen kan dat de Awb zijn als die goed wordt uitgevoerd.
- Of de Awb voor een bepaald geautomatiseerd besluitvormingsproces volstaat om tot 'passend' te komen moet wel telkens voorafgaand worden beoordeeld in de DPIA. Bij kwetsbare doelgroepen of bijzonder gevoelige besluiten zijn extra waarborgen voor bijvoorbeeld voldoende toegang tot het bestuursorgaan aangewezen.

- Geautomatiseerde besluitvorming moet (ook) geautomatiseerd rekening houden met de belangen van de burger en moet voor een betrokkene steeds kenbaar, transparant en uitlegbaar zijn.
- Het voldoen aan artikel 22 moet integraal in de gegevensbeschermingseffectbeoordeling worden betrokken.

III. Geautomatiseerde risicoselectie

- Voorop staat dat risico op discriminatoire verwerkingen van tevoren moet zijn onderzocht en ondervangen. Periodiek moet het risico opnieuw worden beoordeeld.
- Het is dan zonder specifieke wetgeving toegestaan bij uitvoering of toezicht geautomatiseerd risicoselecties te maken, zodat gericht met 'betekenisvolle menselijke tussenkomst' beoordeeld kan worden of betrokkene gevolgen moet ondervinden door optreden van de overheid. Als alleen de computer beslist of er gevolgen zijn, is wel een specifieke wettelijke basis nodig.
- Betekenisvolle tussenkomst vereist dat de behandelend ambtenaar weet hoe het geautomatiseerde proces (selectieregel/algoritme/technologie) werkt en begrijpt hoe en op welke wijze deze (de totstandkoming) van het uiteindelijke besluit vormt en beïnvloedt.
- Als de uitkomst van een risicoselectie - zonder betekenisvolle menselijke tussenkomst - geautomatiseerd bewaard of gedeeld wordt voor andere toepassingen, dan zal dat snel een aanmerkelijk gevolg zijn. Zonder specifieke wettelijke voorziening met de nodige waarborgen is dat verboden.

IV. Voorgelegde casus aangifte-aanslag

- Uitworp of niet, en daarmee handmatige controle of niet is een besluit gebaseerd op profilering dat in elk geval als gevolg heeft selectie voor betekenisvolle menselijke tussenkomst van een deel van de aangiftes.
- Volledige geautomatiseerde vaststelling van de aanslag is een Awb-besluit en een besluit met rechtsgevolg in de zin van artikel 22 AVG. Het besluit om niet te selecteren voor handmatige controle is gebaseerd op profilering, maar heeft geen rechtsgevolg of aanmerkelijk feitelijk gevolg. Vaststelling van een bepaald bedrag in de aanslag (het rechtsgevolg) is een opvolgend ander besluit dat inhoudelijk losstaat van de profilering. Het is daarom niet 'een besluit op basis van profilering' zodat het op grond van de UAVG automatisch mag worden genomen.
- De Awb is hiervoor een voldoende 'passende maatregel'. Wel zal expliciet in het uiteindelijke besluit moeten worden opgenomen dat bij de voorbereiding ervan gebruik is gemaakt van (geautomatiseerde) risicoselectie.
- De aanslag na handmatige controle is een Awb-besluit. Artikel 22 AVG is hierop in beginsel niet van toepassing, omdat betekenisvolle menselijke tussenkomst plaatsvindt zodat geen sprake is van een uitsluitend op geautomatiseerde verwerking gebaseerd besluit.
- Uitworp gebaseerd op profilering die leidt tot menselijke tussenkomst kan echter wel aanmerkelijke feitelijke gevolgen hebben die losstaan van de aanslag zelf. Dit vraagt om analyse of er een risico is dat het geheel aan gevolgen van een uitworp voor handmatige controle een belastingplichtige in aanmerkelijke mate treft.

- Indien zich hier risico's voordoen, dienen de betrokken selectieregel(s) en/of het controlebeleid daarop aangepast te worden. Met name effecten met een (potentieel) repeterend of structureel karakter moeten worden tegengegaan.
- Indien bepaalde aanmerkelijke feitelijke gevolgen beoogd en noodzakelijk zijn, bijvoorbeeld het automatisch delen of bewaren van de uitkomsten van risicoselecties uit oogpunt van fraudebestrijding, moet specifiek hierop gerichte wetgeving van kracht zijn.

Deel I. Begrippen

Op grond van artikel 22, eerste lid, AVG, heeft iedereen het recht '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 behelst een algemeen ('fundamenteel') verbod om processen zo in te richten dat dit recht wordt geschonden.[2]

Schending van het recht uit artikel 22 moet in de kern worden beoordeeld vanuit de vraag of betrokkene is onderworpen aan een bepaald proces met voor hem bepaalde gevolgen (*rechtsgevolgen* of *andere feitelijke* gevolgen die hem *in aanmerkelijke mate* treffen, verder ook wel: *aanmerkelijke gevolgen*). Het begrip profilering is daarbij vooral van belang omdat artikel 40 UAVG beoogt het verbod van artikel 22 voor de overheid in belangrijke mate op te heffen, maar niet voor besluiten die 'op profilering zijn gebaseerd'. De onderstreepte begrippen worden hieronder nader geduid.

'Profilering'
Een proces van geautomatiseerde besluitvorming bestaat onontkoombaar uit een keten met (vele) verwerkingen van persoonsgegevens. Een (al dan niet belangrijk) deel van die keten kan de specifieke soort verwerking van persoonsgegevens zijn die aangeduid wordt als 'profilering': "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".[3]

Profilering is bijzonder gevoelig. Volgens deze definitie gaat het om een verwerking door een computersysteem waarbij het systeem *algemene* aanname(s) toepast in een *concreet* geval, door een individu met gebruikmaking van diens persoonsgegevens in te delen in een categorie (profiel), vaak in verband met aan dat profiel toegedichte risico's. De gevoeligheid is dat niet is vastgesteld dat die algemene aannames voor dat individu in de werkelijkheid ook opgaan. Indien daaraan wel en ook automatisch gevolgen worden verbonden voor dat individu, ontstaat daarom inherent een risico op onrechtvaardige uitkomsten.

[2] Vgl. HvJEU 7 december 2023 (ECLI:EU:C:2023:957), pt. 52.
[3] Artikel 4, vierde lid, van de AVG.

Uit de bewoordingen 'elke vorm' volgt al dat ruime werking is beoogd. Zodra sprake is van het geautomatiseerd evalueren van persoonlijke aspecten aan de hand van persoonsgegevens met als doel analyseren of voorspellen van persoonlijke aspecten is er sprake van profilering. Het woord "evalueren" suggereert, aldus de European Data Protection Board (EDPB)[4], dat 'een zekere beoordeling' over een persoon wordt gemaakt. Deze beoordeling moet dan met name de bedoeling hebben om een analyse of voorspelling over iemand te doen. Daarbij concretiseert de definitiebepaling in de AVG (niet limitatief) verschillende persoonlijke aspecten, zoals beroepsprestaties, gedrag en betrouwbaarheid. Profilering kan volgens de richtsnoeren van de EDPB worden gezien als een procedure die een reeks statistische gevolgtrekkingen kan omvatten en aldus wordt toegepast om voorspellingen over mensen te doen. Door gebruik te maken van gegevens uit verschillende bronnen wordt een persoon eigenschappen toegekend op basis van de kenmerken van anderen die in statistisch opzicht vergelijkbaar zijn.[5] Een eenvoudige indeling van personen hoeft niet noodzakelijkerwijs tot profilering te leiden, maar dat kan wel.[6] Of dat zo is, hangt af van het doel van die indeling.[7] Als bijvoorbeeld geselecteerd wordt op een bedrag van een bepaalde hoogte omdat de aanname is dat zich bij of vanaf dat bedrag bij betrokkenen doorgaans bepaalde risico's voordoen, dan is dat profilering. Indien geselecteerd wordt op hetzelfde bedrag omdat daar een bepaald wettelijk vastgesteld tarief voor geldt, is dat geen profilering omdat het doel dan is eenduidige toepassing van de wet op een vastgesteld feit en niet analyse of voorspelling met een bepaalde mate van onzekerheid.

De definitie van profilering is neutraal in de zin dat het om een bepaald soort verwerking van persoonsgegevens gaat; de verwerking zelf is profilering, ongeacht of er (positieve of negatieve) gevolgen zijn. Zonder gevolgen is profilering dus enkel een definitie van een specifiek soort verwerking. Profilering is als soort verwerking *op zichzelf* onder artikel 22 dan ook niet verboden; pas het *automatisch* verbinden van voldoende belangrijke *gevolgen* daaraan *voor bepaalde personen* activeert het verbod van artikel 22 AVG.
De neutrale definitie geeft ook geen aanleiding om te veronderstellen dat pas sprake is van profilering bij bepaalde negatieve gevolgen voor betrokkene, of dat voor de vraag of sprake is van profilering het aantal profielen of de relatieve omvang ervan ten opzichte van het geheel van belang zou zijn. Het met behulp van profilering aanmerken van 1% van alle aanvragen als risicovol betekent dus niet dat de andere 99% niet geprofileerd is; deze hebben op grond van dezelfde profilerende verwerkingen gewoon een ander profiel gekregen (laag risico).

Discriminerende verwerkingen zijn uiteraard wel verboden, ongeacht of het profilering is of niet.[8] Artikel 22 stelt daarnaast ook extra beperkingen aan het verwerken van bijzondere persoonsgegevens bij automatische besluitvorming.[9]

---

[4] De EDPB - opgericht op 25 mei 2018 - is een onafhankelijk orgaan waarin alle nationale privacy toezichthouders uit de Europese Unie samenwerken.
[5] Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679 (vastgesteld op 3 oktober 2017, laatstelijk gewijzigd en vastgesteld op 6 februari 2018), WP251 r v.01, p. 8.
[6] De EDPB noemt op p. 7 in haar richtsnoeren als voorbeelden leeftijd, geslacht en lengte.
[7] P. 7 richtsnoeren WP251rev.01.
[8] Artikel 21, eerste lid, van het Handvest jo. art. 5, eerste lid, onder a, van de AVG.
[9] Artikel 22, vierde lid, van de AVG.

'Besluit'
Artikel 22 AVG eist dat sprake is van een 'besluit'. Ook dit begrip heeft echter een ruime strekking.[10] Bedacht moet worden dat het in deze context per definitie gaat om iets dat automatisch door een computersysteem wordt gedaan. Daar kunnen rechtsgevolgen aan verbonden zijn, maar 'slechts' feitelijke gevolgen kunnen ook relevant zijn. Aannemelijk is dat zodra de 'evaluatie' (de beoordeling) uit de definitie van profilering een geautomatiseerde conclusie oplevert waaraan voor betrokkene rechtsgevolgen of andere aanmerkelijke (feitelijke) gevolgen zijn verbonden, er ook sprake is van een besluit in de zin van artikel 22 AVG. 'Handeling', 'beslissing' of 'keuze' zou voor de Nederlandse praktijk een passender begrip zijn, gelet op de veel engere betekenis van het begrip 'besluit' in het algemene Nederlandse bestuursrecht. Bij de doelstelling natuurlijke personen te beschermen 'tegen de bijzondere risico's voor hun rechten en vrijheden die met de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, met inbegrip van profilering, gepaard gaan' past ook niet dat er belangrijke eisen aan vorm of inhoud van dit besluit gesteld zouden worden. Per saldo lijkt de vaststelling dat er volledig geautomatiseerd rechtsgevolgen of andere aanmerkelijke gevolgen voor een bepaalde betrokkene zijn ontstaan daarom voldoende om aan te nemen dat er *dus* sprake is van een 'besluit' in de zin van artikel 22 AVG. De omgekeerde uitleg is ook niet acceptabel: dan zouden er immers rechtsgevolgen of aanmerkelijke (feitelijke) gevolgen voor individuen door de computer kunnen worden veroorzaakt, terwijl er niet altijd sprake zou zijn van een 'besluit' en dus ook niet van bescherming.

Bedacht moet worden dat artikel 22 ziet op *volledig* geautomatiseerde besluiten; betekenisvolle menselijke tussenkomst vindt dus logischerwijs plaats ná het volledig geautomatiseerd nemen van het 'besluit' en vóórdat betrokkene daarvan al dan niet aanmerkelijke gevolgen of rechtsgevolgen ondervindt. Indien al vóór het 'besluit' sprake is van betekenisvolle menselijke tussenkomst is per definitie geen sprake meer van een volledige geautomatiseerd besluit. De mens komt dus 'tussen' het besluit en de gevolgen daarvan, niet tussen (bijvoorbeeld) de aanvraag en het besluit. Om betekenisvol te zijn en daadwerkelijk gevolgen zo nodig te kunnen voorkomen of wijzigen, moet degene die 'tussenkomt' voldoende kunnen beoordelen of selectie in een bepaald geval terecht is. De behandelend ambtenaar zal daarom moeten weten hoe het geautomatiseerde proces (selectieregel/algoritme/technologie) werkt en moeten begrijpen hoe en op welke wijze deze (de totstandkoming) van het uiteindelijke besluit vormt en beïnvloedt. De verwerkingsverantwoordelijke zal dit zo nodig ook moeten kunnen verantwoorden, zodat de geselecteerde zich hiertegen kan verweren in rechte.[11]

'Rechtsgevolgen' en *'anderszins in aanmerkelijke mate treffende' gevolgen*
Anders dan 'profilering' en 'besluit' beogen deze begrippen wel de reikwijdte van artikel 22 te beperken en wel tot rechtsgevolgen en aanmerkelijke feitelijke gevolgen.[12] Het begrip 'rechtsgevolg' duidt op wijziging in de rechtspositie van betrokkene en heeft een zodanig specifieke betekenis dat toepassing niet vaak moeilijkheden zal opleveren. Dat geldt niet voor duiding van wat in een bepaald geval een 'aanmerkelijke mate' van getroffenheid is. Juist omdat de andere begrippen een ruime werking hebben is prudente invulling van dit begrip cruciaal voor correcte toepassing van artikel 22. Tegelijk vraagt dit naar zijn aard

[10] HvJEU 7 december 2023 (ECLI:EU:C:2023:957), pt. 44-46.
[11] Zie ook CRvB 8 december 2020 (r.o. 4.7), ECLI:NL:CRVB:2020:3294.
[12] Conclusie A-G Pikamäe,16 maart 2023 (ECLI:EU:C:2023:220), pt. 34.

om een bij uitstek casuïstische beoordeling waar de EU-wetgever weinig richting aan geeft. In de context van automatische besluitvorming over vaak bijzonder veel gevallen kan het lastig zijn de juiste invulling van het begrip te vinden. Nu het hier gaat om een autonoom Unierechtelijk begrip kan (en mag) een bindende en uitputtende invulling hiervan niet gegeven worden. Er wordt hier dan ook volstaan met het zo goed mogelijk bieden van algemene kaders voor een benadering die houvast kan geven voor de beoordeling. Een beoordeling die door de verwerkingsverantwoordelijke uiteraard zorgvuldig zal moeten worden gedaan, wil hij geen risico lopen dat zijn geautomatiseerde proces onrechtmatig blijkt te zijn.[13]

De EDPB spreekt van ernstige, aanzienlijke effecten, groot of belangrijk genoeg zijn om aandacht te verdienen.[14] Dat is in ieder geval zo als het besluit het potentieel heeft om de omstandigheden, het gedrag of de keuze van de betrokken personen in aanmerkelijke mate te treffen; een langdurig of blijvend effect op de betrokkene te hebben; of in het uiterste geval, tot uitsluiting of discriminatie te leiden.[15] 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. Rechtgevolgen kwalificeren altijd als relevant, voor feitelijke gevolgen geldt dat ze bovendien 'in aanmerkelijke mate moeten treffen'. Volledig geautomatiseerde vaststelling van een publiekrechtelijk besluit zoals een aanslag, een boete of een vergunning heeft uiteraard rechtgevolg. Een beslissing dat een bepaalde aanvraag in aanmerking komt voor handmatige controle heeft op zichzelf geen rechtsgevolg - de rechtspositie van de betrokkene wijzigt immers (nog) niet. Wel moet beoordeeld worden of de betrokkene door dat besluit anderszins (dus feitelijk) in aanmerkelijke mate wordt getroffen. Op risicoselectie in relatie tot profilering en voorkoming van discriminatoire verwerking wordt nader ingegaan in Deel III.

De tot op heden spaarzame jurisprudentie biedt wel enig houvast. Een geautomatiseerd vastgestelde waarschijnlijkheidswaarde over iemands kredietwaardigheid heeft aanmerkelijke gevolgen als de score door een bank vrijwel altijd wordt gevolgd en zo in feite beslissend is om iemand al dan niet krediet te verstrekken (Suf[16]). Ook de Ola/Über-uitspraken[17] geven op het niveau van een concrete casus duidelijkheid wanneer iemand 'in aanmerkelijke mate' wordt getroffen. De gevolgen van de geautomatiseerde profilerende besluitvorming hadden invloed op de hoeveelheid werk en daarmee op het inkomen van een chauffeur, dan wel bestonden de gevolgen uit ernstige aantijgingen die konden leiden tot een melding bij de toezichthouder of intrekking van een taxilicentie (impact op arbeid en inkomen). Wat de impact betreft, was bovendien relevant dat sprake was van *opeenvolgende* besluiten met telkens financiële gevolgen voor de inkomsten van de chauffeur (repeterend karakter van de geautomatiseerde besluitvorming).

Uit de Ola/Über –uitspraken kan ook worden opgemaakt dat als een besluit voor iemand positieve gevolgen heeft, dat niet betekent dat van een 'in aanmerkelijke mate treffen' en dus van bescherming onder

[13] Art. 35, eerste, derde en zevende lid, van de AVG (gegevensbeschermingseffectbeoordeling).
[14] Richtsnoeren WP251rev.01, p. 25.
[15] Richtsnoeren WP251rev.01, p. 26.
[16] HvJEU 7 december 2023, zaak C-634/21 (ECLI:EU:C:2023:957).
[17] Gerechtshof Amsterdam 4 april 2023 (ECLI:NL:GHAMS:2023:804, r.o. 3.37 (Ola).

artikel 22 AVG geen sprake is. Dat spoort ook met het recht niet onderworpen te zijn aan een proces waarin geautomatiseerd voor betrokkene belangrijke beslissingen worden genomen. Het gaat met andere woorden niet om de vraag of een bepaald concreet besluit in een bepaald geval feitelijk iemand aanmerkelijk getroffen heeft of niet, maar om de vraag of het soort besluit dat aan de orde is de potentie heeft om individuen aanmerkelijk te treffen zodat het in beginsel niet automatisch mag worden genomen.[18] 'Getroffen' in de Nederlandse taalversie van de AVG suggereert nadeel voor betrokkene. De Engelse, Franse en Duitse taalversie zijn op dit punt neutraler, omdat de nadruk ligt op de *vergelijkbaarheid* met besluiten met rechtsgevolg. Het begrip 'anderszins' uit de Nederlandse taalversie legt dit verband niet. Vergelijkbaarheid met een rechtsgevolg is dus minstens een indicatie dat ook sprake is van 'aanmerkelijke mate'.[19] Gevolgen hoeven daarbij niet al ingetreden te zijn, ook potentiële gevolgen (kansen / risico's) moeten in deze weging worden betrokken.[20]

Uit weging van deze contexten zijn naar het oordeel van de AP wel algemene inzichten af te leiden over welke gevallen normaal gesproken in elk geval niet en welke wel 'aanmerkelijk' zijn. Zo zal enkel het moeten verstrekken van nadere informatie door de aanvrager over zijn aanvraag in normale gevallen niet een gevolg zijn dat de aanvrager in aanmerkelijke mate treft. Dat daarmee enige moeite of tijd gemoeid doet daar niet aan af. Voorzienbare reguliere controle van gegevens uit een aanvraag zonder dat daaraan automatisch al ingrijpende gevolgen verbonden zijn (bijvoorbeeld onaangekondigd huisbezoek enkel vanwege automatische risicoselectie) zal in normale gevallen niet een 'aanmerkelijk gevolg 'zijn. Zie verder over risicoselectie Deel III.

Een verhoogde kans dat voor betrokkene nadelige onjuistheden aan het licht komen, zal iemand op zichzelf ook niet in aanmerkelijke mate treffen. Nader onderzoek en/of correctie is een voorzienbaar risico voor elke burger die een aanvraag doet waarbij een zeker financieel belang aan de orde is. Iemand zal ook niet snel 'in aanmerkelijk mate' getroffen worden door een correct en bedoeld rechtsgevolg zoals dat volgens de geldende wetgeving voor iedereen in dezelfde situatie zou moeten gelden en dat is neergelegd in een regulier, transparant, gemotiveerd en aan rechtsbescherming onderworpen besluit. Vergroting van de kans op ernstige gevolgen kan echter wel als op zichzelf staand effect iemand in aanmerkelijk mate treffen. Gevolgen die los staan van een concreet publiekrechtelijke besluit zijn snel aanmerkelijk; wanneer bijvoorbeeld gegevens van als risico aangemerkte personen worden gedeeld met andere overheden die daar weer gevolgen aan kunnen verbinden. Ook indien 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 enkel vanwege een ooit gemaakte geautomatiseerde selectie zal snel sprake zijn van 'aanmerkelijke getroffenheid'.[21]

---

[18] Vgl. Gerechtshof Amsterdam 4 april 2023 (ECLI:NL:GHAMS:2023:804, r.o. 3.37 (Ola).

[19] Resp. EN: *which produces legal effects concerning him or her or similarly significantly affects him or her"*, FRA: *produisant des effets juridiques la concernant ou l'affectant de manière significative de façon similaire*, DUI: *die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt*.

[20] Gerechtshof Amsterdam 4 april 2023 (ECLI:NL:GHAMS:2023:804).

[21] Zie ook de SyRI-uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 5 februari 2020 (ECLI:NL:RBDHA:2020:865).

II. Algemene eisen aan geautomatiseerde besluitvorming door overheden

II.1 Wettelijke systematiek

Artikel 22 geeft niet een recht dat nog moet worden ingeroepen door een betrokkene, maar geeft een algemeen ('fundamenteel') verbod om processen zo in te richten dat dit recht wordt geschonden.[22] Het verbod is niet absoluut; noodzaak voor de totstandkoming van een overeenkomst, uitdrukkelijke toestemming en wetgeving kunnen het verbod opheffen. Doel van het verbod is natuurlijke personen te beschermen tegen de bijzondere risico's voor hun rechten en vrijheden die met de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, met inbegrip van profilering, gepaard gaan.[23] Daarbij gaat het bijvoorbeeld om discriminerende gevolgen.[24]

De Nederlandse wetgever heeft in artikel 40, eerste lid, UAVG gebruik gemaakt van de mogelijkheid een uitzondering te maken op het verbod van artikel 22, eerste lid, AVG. Het gaat om een algemene uitzondering voor kort gezegd uitvoering door bestuursorganen die niet geldt voor besluiten gebaseerd op profilering. Volgens de memorie van toelichting gaat het dan om besluitvorming waarbij menselijke tussenkomst geen toegevoegde waarde heeft, vanwege het gebonden karakter / de geringe beoordelingsruimte, zoals bij het toekennen van kinderbijslag of het bijstellen van de hoogte van het recht op studiefinanciering op basis van veranderingen in het inkomen van een van de ouders.[25] Voor geautomatiseerde besluitvorming waarbij gebruik wordt gemaakt van profilering blijft het verbod van artikel 22 AVG dus gewoon van kracht, tenzij specifieke (sectorale) wetgeving het verbod opheft.

De wetgever kan echter niet volstaan met enkel het opheffen van het verbod van artikel 22 AVG. Essentieel is dat moet zijn voorzien in 'passende maatregelen ter bescherming van de rechten en vrijheden en gerechtvaardigde belangen van de betrokkene'. Het nationale recht dat de vaststelling van een geautomatiseerd individueel besluit toestaat, moet voorzien in passende maatregelen ter bescherming van de rechten en de vrijheden én van de gerechtvaardigde belangen van de betrokkene. In het licht van overweging 71 AVG moeten dergelijke maatregelen met name gezocht worden in de verplichting voor de verwerkingsverantwoordelijke om passende wiskundige en statistische procedures te hanteren en technische en organisatorische maatregelen te treffen waarmee het risico op fouten wordt geminimaliseerd en onjuistheden worden gecorrigeerd, en de persoonsgegevens zodanig te bewaren dat rekening wordt gehouden met de potentiële risico's voor de belangen en rechten van de betrokkene, en onder meer de discriminerende gevolgen voor deze laatste te voorkomen. Ook het recht van de betrokkene op menselijke tussenkomst van de verwerkingsverantwoordelijke, het recht om zijn standpunt kenbaar te maken en het recht om het jegens hem genomen besluit aan te vechten worden in de overweging genoemd.[26]

---

[22] Vgl. HvJEU 7 december 2023 (ECLI:EU:C:2023:957), pt. 52.
[23] HvJEU 7 december 2023 (ECLI:EU:C:2023:957), pt. 57.
[24] HvJEU 7 december 2023 (ECLI:EU:C:2023:957), pt. 59, Conclusie A-G Pikamäe 16 maart 2023 (ECLI:EU:C:2023:220), pt. 38 en overweging 71 van de considerans van de AVG.
[25] Kamerstukken II 2017/18, 34851, nr. 3, p. 120.
[26] HvJEU 7 december 2023 (ECLI:EU:C:2023:957), pt. 65-66.

Het belang van de voorwaarde 'passende maatregelen in de wetgeving' kan moeilijk worden overschat; vanzelfsprekend wijkt de bescherming die artikel 22 AVG biedt alléén als de nationale wetgeving meer op maat een regime in het leven roept dat per saldo ook voldoende bescherming biedt. De wetgeving zelf moet hier dus waarborgen bieden. Het tweede lid van artikel 22 AVG eist dan ook dat deze passende maatregelen zijn neergelegd in wetgeving die 'op de verwerkingsverantwoordelijke van toepassing is'. Het is met andere woorden de bedoeling dat de verwerkingsverantwoordelijke - in deze context doorgaans een bestuursorgaan - gebonden is aan de waarborgen die de wet de burger biedt. Daarmee verdraagt zich niet dat artikel 40, tweede lid, UAVG, de verwerkingsverantwoordelijke *zelf* de verantwoordelijkheid geeft te voorzien in passende maatregelen en zo de verantwoordelijkheid voor de waarborgen als het ware doorsluist naar de normadressaat zelf die nou juist degene is die daardoor gebonden zou moeten zijn.[27] Artikel 40, tweede lid, UAVG, heeft dan ook geen gelding gelet op het Unierecht en zal dan ook buiten toepassing moeten worden gelaten bij de beantwoording van de vraag of uit rechtmatigheidsoogpunt voldoende in wettelijke waarborgen is voorzien om te voldoen aan de eisen van artikel 22 AVG.

Dat betekent dat geautomatiseerde besluitvorming door een bestuursorgaan alleen rechtmatig is als er *andere* wetgeving is dan de UAVG die per saldo en specifiek in de context van geautomatiseerde besluitvorming voldoende 'passende maatregel' is om tegemoet te komen aan de eis van artikel 22 dat de rechten, vrijheden en belangen van de burger wettelijk voldoende zijn beschermd. Daarnaast stelt de AVG zelf nog eisen aan verantwoording (gegevensbeschermingseffectbeoordeling of dpia) en informatieverstrekking, ook specifiek bij automatische besluitvorming en profilering.

Omdat dergelijke waarborgen in Nederland vergaand geharmoniseerd zijn in de Awb kennen sectorspecifieke wetten op dit punt doorgaans geen waarborgen. Daarom moet in elk concreet geval bezien worden of het algemene regime van de Awb inderdaad voldoende 'passende maatregel' is en zo ja of die ook automatisch toepassing vindt. Daarnaast kunnen 'op maat' extra maatregelen in sectorwetgeving aangewezen zijn, bijvoorbeeld vanwege de belangen van de burger, gelet op de aard van het betrokken besluit of de aard van de doelgroep.

Het is van groot belang dat deze afweging welbewust en vooraf op een bepaald moment wordt gemaakt. Aan de plicht om een gegevensbeschermingseffectbeoordeling op te stellen komt op dit punt bijzonder veel belang toe, deel daarvan is immers 'aantonen dat aan deze verordening is voldaan, met inachtneming van de rechten en gerechtvaardigde belangen van de betrokkenen en andere personen in kwestie'.[28] Ook (of wellicht zelfs: juist) het voldoen aan artikel 22 behoort dus integraal in de gegevensbeschermingseffectbeoordeling te worden betrokken. Bij geautomatiseerde besluitvorming zal vanwege de risico's die gepaard gaan met geautomatiseerde besluitvorming vrijwel altijd een gegevensbeschermingseffectbeoordeling (ook wel DPIA[29]) moeten worden opgesteld.[30]

---

[27] Vgl. ook punt 3 van het advies van de AP van 11 november 2020 met kenmerk z2020-08972 (t.a.v. artikel 21 AVG bij de Verzamelwet UAVG) en het advies van de Raad van State, Kamerstukken II 2017/18, 34 851, nr. 4, p. 44-45.

[28] Artikel 35, zevende lid, van de AVG.

[29] Data Protection Impact Assessment.

[30] Vgl. artikel 35, eerste lid, AVG en overweging 84 en 90-91 considerans AVG. De rijsoverheid stelt een DPIA verplicht bij de ontwikkeling van nieuwe wetgeving en systemen (artikelsgewijs commentaar bij AVG, Kamerstuk 34851, nr. 3, p. 57-58).

Het relevante wettelijke kader voor geautomatiseerde besluitvorming door bestuursorganen is dus een optelsom:
1. AVG bepalingen die rechtstreeks geldende waarborgen bieden aan de burger;
2. Awb bepalingen als passende maatregel in de zin van art 22;
3. eventueel noodzakelijke aanvullende passende maatregelen als maatwerk in sectorspecifieke wetgeving.

Daarnaast geldt uiteraard dat discriminatoire verwerkingen moeten worden voorkomen en dat in bepaalde gevallen periodiek moet worden beoordeeld of dat lukt. Zie hierover Deel III.

De optelsom wordt hieronder uitgewerkt.

II.2 AVG bepalingen die rechtstreeks geldende waarborgen bieden

De AVG kent algemene transparantieverplichtingen die gelden voor alle verwerkingen van persoonsgegevens en specifieke die gelden voor geautomatiseerde verwerkingen. Zo zal een betrokkene niet alleen over het bestaan van geautomatiseerde besluitvorming moeten worden geïnformeerd, maar ook op duidelijke en eenvoudige wijze moeten worden uitgelegd hoe het proces van geautomatiseerde besluitvorming werkt, met inbegrip van 'nuttige informatie over de onderliggende logica'.[31] Dat houdt in dat een betrokkene beknopte, eenvoudig toegankelijke en begrijpelijke informatie in duidelijke en eenvoudige taal moet krijgen over de methode en de criteria die voor het geautomatiseerde besluit zijn gebruikt. Bovendien moet deze informatie zodanig volledig en in haar context geplaatst zijn dat de betrokkene zich ervan kan vergewissen dat deze juist is en dat sprake is van samenhang en causaal verband – die objectief controleerbaar zijn – tussen de gebruikte methode en criteria enerzijds en het resultaat van het geautomatiseerde besluit anderzijds.[32] Vervulling van deze voorwaarden dient het recht op een doeltreffende voorziening in rechte zoals hier voortvloeit uit het Unierecht.[33]

II.3 Awb als passende maatregel
De Awb geldt ook als een bestuursorgaan een besluit (volledig) geautomatiseerd neemt. Een Awb-besluit moet bevoegd zijn genomen, berusten op een deugdelijke en kenbare motivering[34] en moet kunnen worden aangevochten. Ook als er bij de voorbereiding van een besluit sprake was van (een vorm van) (risico)selectie, dan moet dat (in het uiteindelijke besluit) kenbaar zijn voor een betrokkene en kunnen worden aangevochten. Ook is een bestuursorgaan gehouden bij de *voorbereiding* van besluitvorming de nodige kennis te vergaren over de relevante feiten en af te wegen belangen.[35] De voorbereiding ziet daarbij ook op handelingen die voorafgaan aan en van belang zijn voor het uiteindelijke Awb-besluit. Bovendien moet een bestuursorgaan bij haar handelen - en dus ook als ze besluiten neemt en voorbereidt - de algemene beginselen van behoorlijk bestuur respecteren; het gelijkheidsbeginsel, het

[31] Artikel 13, tweede lid, aanhef en onder f, alsmede artikel 14, tweede lid, aanhef en onder g, AVG. Zie ook p. 19 en 30 richtsnoeren WP251rev.01. In overweging 60 van de considerans van de AVG wordt verklaard dat de verstrekking van informatie over profilering tot de transparantieverplichtingen van de verwerkingsverantwoordelijke uit hoofde van artikel 5, lid 1, onder a), behoort.
[32] Zie conclusie AG Richard de la Tour, 12 september 2024, zaak C-203/22, pt. 71 en 96.
[33] Artikel 47 van het Handvest. Zie voor belang van dit recht bijv. HvJEU 21 juni 2022 PNR (ECLI:EU:C:2022:491), pt. 193-195.
[34] Artt. 3:46 en 3:47 Awb.
[35] Zie o.a. artikel 3:2 en 3:4 Awb.

zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel, het fair play beginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Bij geautomatiseerde besluitvorming moet zorgvuldig bezien worden of het geautomatiseerde proces hier voldoende recht aan doet.[36] Alleen dan kan immers gesteld worden dat de Awb voldoende passende maatregel is als bedoeld in artikel 22 AVG. Hierna komen enkele aandachtspunten die daarbij in elk geval moeten worden meegenomen aan de orde.

1. *Geautomatiseerde besluitvorming moet (ook) rekening houden met de belangen van de burger*

De Awb erkent dat een zorgvuldige en goede bestuurlijke voorbereiding van een (kort gezegd) nadelig besluit (ambtshalve of in afwijking van de aanvraag) in beginsel eist dat de mogelijkheid wordt geboden om een zienswijze te geven.[37] Dit is ook een belangrijke 'passende maatregel' in het licht van artikel 22 AVG omdat daaruit volgt dat besluiten waarvoor de Awb dit voorschrijft niet volledig geautomatiseerd genomen kunnen worden. Of een zienswijze zal worden ingediend en zo ja wat de strekking daarvan zal zijn, kan het systeem immers niet weten terwijl dit wel mee zal moeten kunnen wegen in de vaststelling van het uiteindelijke besluit.

De Awb bevat echter een voor de praktijk van geautomatiseerde besluiten belangrijke uitzondering; een zienswijze hoeft niet gevraagd te worden bij beschikkingen die strekken tot het vaststellen van een financiële verplichting of aanspraak. Burger en bestuursorganen zijn in de sfeer van belastingen, toeslagen en uitkeringen over en weer regelmatig overzichtelijke bedragen verschuldigd, zodat dit in normale gevallen een begrijpelijke en belangrijke uitzondering is. Er geldt echter wel een uit oogpunt van belang van de burger belangrijke waarborg: de nadelige gevolgen van een onjuist besluit moeten in bezwaar of administratief beroep alsnog *volledig* ongedaan kunnen worden gemaakt.[38] Het systeem zal het dus ook automatisch moeten signaleren als er een risico is dat hier niet aan wordt voldaan om te voorkomen dat automatisch een besluit wordt vastgesteld dat in de praktijk toch onherstelbare gevolgen heeft. Dit betekent bijvoorbeeld dat verrassende en/of relatief grote bedragen - waarbij ook rekening moet worden gehouden met de inkomens- / vermogenspositie van de betrokkene - die op korte termijn betaald moeten worden en die de burger kunnen dwingen tot onomkeerbare maatregelen uitgeworpen moeten worden voor het bieden van gelegenheid tot een zienswijze. Ook zal eventuele nadelige doorwerking van besluiten op besluiten van andere bestuursorganen of organisaties die moeilijk omkeerbaar kunnen zijn, moeten worden voorkomen. Vanzelfsprekend zal een betrokkene in deze besluiten ook moeten worden gewezen op het feit dát ze geheel geautomatiseerd tot stand zijn gekomen.

Daarnaast eist het zorgvuldigheidsbeginsel dat relevante informatie die bij het bestuursorgaan bekend is ook meeweegt om te komen tot het juiste besluit, ook indien dit ten gunste van de burger is. Ook dit aspect zal dus moeten worden 'meegeautomatiseerd'. In de praktijk betekent dit naar verwachting dat indien er een kans is dat er bij het bestuursorgaan relevante informatie bekend is die niet automatisch meegenomen kan worden, selectie voor handmatige beoordeling nodig is.

---

[36] Vgl. ook Publicatie Raad van State over digitalisering in wetgeving en bestuursrechtspraak - Raad van State (p. 75 en 88).
[37] Artikel 4:7 en 4:8: indien een aanvraag geheel of gedeeltelijk wordt afgewezen op grond van gegevens over feiten en belangen van de aanvrager die de aanvrager niet zelf heeft verstrekt en idem als een besluit ambtshalve wordt genomen en bedenkingen zijn te verwachten.
[38] Artikel 4:12 Awb.

Een zorgvuldige voorbereiding van een besluit dient verder gericht te zijn op de juistheid ervan. Gelet op de complexiteit van met name de wetgeving over financiële aanspraken betekent dat, dat de overheid niet alleen zichzelf geautomatiseerd mag beschermen tegen nadelige foute besluiten; als er aanwijzingen zijn dat de burger een voor hem nadelige fout heeft gemaakt zou dat ook geautomatiseerd moeten worden gesignaleerd met het oog op herstel of het vragen van een zienswijze. Zorgvuldigheid en belangenafweging[39] bij (de voorbereiding van het) besluit in lijn met de Awb dient zo ook de verplichting van artikel 22, tweede lid, aanhef en onder b, van de AVG om te zorgen dat de wetgever 'passend' voldoende oog heeft voor de gerechtvaardigde *belangen* van de burger.

2. *Motivering besluit*

De Awb eist dat een besluit een deugdelijke en kenbare motivering heeft.[40] Specifiek voor geautomatiseerde besluitvormingsprocessen betekent dat dat een bestuursorgaan kort samengevat inzicht moet geven in de gemaakte en gebruikte gegevens en aannames.[41] Dit met het oog op kenbaarheid, controleerbaarheid en verantwoording. Welke regels zijn gebruikt, wat is de logica erachter (kenbaarheid)? Waarom zijn deze regels en logica relevant (uitleg)? En op welke wijze zijn de regels en logica tot stand zijn gekomen en worden ze gevalideerd (verantwoording)? Geeft het besluit hierover geen of onvoldoende uitsluitsel, dan is geen sprake is van een draagkrachtige motivering en is het motiveringsbeginsel geschonden.[42] Een betrokkene is dan immers niet in staat te controleren of de overheid een correct besluit heeft genomen, zodat het grondrecht op een doeltreffende voorziening in rechte illusoir wordt.[43] Als bij de voorbereiding van een besluit sprake was van (een vorm van) (risico)selectie,moet dat voor een betrokkene dus ook kenbaar moet zijn.[44]

Het motiveringsvereiste uit de Awb dient met de hiervoor genoemde transparantieverplichtingen uit de AVG vergelijkbare doelen als verantwoording en rechtsbescherming. Zij kunnen elkaar aanvullen en moeten zo nodig in samenhang worden bezien en toegepast. De motiveringseis uit de Awb fungeert zo ook als 'passende maatregel', maar dan toegespitst op de situatie dat het (uiteindelijke) publiekrechtelijke besluit genomen is.

II.4 Maatwerk

Alleen door beoordeling van de mogelijke gevolgen voor betrokkenen van een systeem voor geautomatiseerde besluitvorming kan worden vastgesteld of het algemene regime zoals dat krachtens AVG en Awb sowieso geldt als geheel ook voldoende 'passend' is. Uit het gewicht van de betrokken belangen van burgers, uit de aard van de betrokken gevolgen of uit de aard van de doelgroep kan

[39] Afdeling 3.2 Awb (artt. 3:2 - 3:4).
[40] Artikel 3:46 en 3:47 Awb.
[41] ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454 en 7 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259 (AERIUS-jurisprudentie). Zie ook artikel 86 van de AI-verordening.
[42] In vergelijkbare zin oordeelt het CRvM op p. 6 in haar Position paper Transparantieverplichting voor overheid bij gebruik algoritmes (1).pdf over transparantie over gebruik en werking van algoritmes.
[43] Vgl. artikel 47 EU-Handvest voor de grondrechten, artikel 6 EVRM en artikel 17 Grondwet.
[44] Zie voor het belang van de motiveringsplicht specifiek bij risicoselectie CRvB 8 december 2020 (r.o. 4.7), ECLI:NL:CRVB:2020:3294.

voortvloeien dat extra waarborgen aangewezen zijn om per saldo van een 'passende maatregel' in de zin van artikel 22 te kunnen spreken. Besluitvorming over bijzonder kwetsbare groepen of waarbij specifieke gevoelige belangen van burgers aan de orde zijn kan maken dat extra informatie moet worden verstrekt, extra gelegenheden geboden moeten worden voor vragen of zienswijzen of dat een betrokkene al voor het besluit in verband met zij specifieke situatie mogelijkheden moet hebben om een dossierhouder te spreken.

Ook deze beoordeling zal telkens zorgvuldig moeten worden gemaakt en ook hiervoor geldt dat de gegevensbeschermingseffectbeoordeling dit in feite ook eist; dit maakt immers deel uit van het al dan niet voldoen aan de AVG op het punt van de verplichting wettelijk voldoende 'passende maatregelen' getroffen te hebben.

Bij beantwoording van de vraag of in aanvulling maatwerk opportuun is, kunnen de uitgangspunten zoals die uit Handvest en AVG volgen en zijn opgesomd in de Schufa-uitspraak als leidraad gelden.[45] Uit artikel 22 volgt dat de lidstatelijke wetgever ruimte heeft om in de sfeer van uitvoering van overheidsbeleid zelf passende maatregelen te formuleren, zo nodig (kennelijk) in afwijking van wat de AVG rechtstreeks voorschrijft in – kort gezegd – private verhoudingen (overeenkomst, toestemming).[46] Dat neemt niet weg dat in normale gevallen voor bestuursorganen toch wel minstens hoort te gelden wat in private verhoudingen ook geldt.[47] Zoals in de Schufa-uitspraak nog gememoreerd, betekent dat dat in het licht van overweging 71 AVG als passende maatregelen hebben te gelden dat passende wiskundige en statistische procedures moeten worden gehanteerd en technische en organisatorische maatregelen moeten worden getroffen waarmee het risico op fouten wordt geminimaliseerd en onjuistheden worden gecorrigeerd, en de persoonsgegevens zodanig moeten worden bewaard dat rekening wordt gehouden met de potentiële risico's voor de belangen en rechten van de betrokkene, en onder meer de discriminerende gevolgen voor deze laatste te voorkomen. Deze maatregelen omvatten bovendien ten minste het recht van de betrokkene op menselijke tussenkomst van de verwerkingsverantwoordelijke, het recht om zijn standpunt kenbaar te maken en het recht om het jegens hem genomen besluit aan te vechten.[48]

Deel III. Algemene eisen bij geautomatiseerde risicoselectie

Geautomatiseerde risicoselectie is in veel overheidsprocessen onontbeerlijk. Door middel van profilering worden dan de gevallen in beeld gebracht die extra aandacht moeten krijgen in het kader van uitvoering of toezicht. Hoewel van groot belang voor effectief overheidsoptreden is bekend dat hier ook risico's op discriminatie aan verbonden zijn die samenhangen met het automatische karakter en met profilering zodat dit vraagstuk niet los te zien is van de reikwijdte van artikel 22. Naar het oordeel van de AP kan geautomatiseerde risicoselectie bij de behandeling van aanvragen of toezicht zonder specifieke wettelijke voorziening slechts toegepast worden onder de volgende voorwaarden:

[45] Vgl. HvJEU 7 december 2023 (ECLI:EU:C:2023:957), pt. 53-59 en 65 en 66.
[46] Artikel 22, derde lid, is niet van toepassing indien passende maatregelen in lidstaatrechtelijke bepalingen vastliggen.
[47] Artikel 22, tweede lid, onder b en het derde lid, AVG.
[48] Vgl. HvJEU 7 december 2023 (ECLI:EU:C:2023:957), pt. 66.

a. het risico op discriminatoire verwerkingen is onderzocht en ondervangen;
b. periodiek wordt onderzocht of zich desalniettemin discriminatoire verwerkingen voordoen;
c. gevolgen voor betrokkene van de selectie als risico treden pas in na betekenisvolle menselijke tussenkomst;
d. de selectie als risico heeft niet automatisch ook andere aanmerkelijke gevolgen
e. de risicoselectie is voldoende kenbaar voor betrokkene.

a. Onderzoeken en ondervangen risico op discriminatoire verwerkingen

Risicoselectie betekent dat een bestuursorgaan onderscheid maakt tussen burgers. Elke verwerking die onderscheid maakt dat niet gerechtvaardigd kan worden, is discriminatoir en daarmee onrechtmatig.[49] Het is daarom van groot belang discriminatoire verwerkingen zo veel mogelijk te voorkomen door te zorgen dat selectieregels zijn gebaseerd op relevant statistisch en gevalideerd onderzoek.[50] Zo kan ook worden gemotiveerd dat het onderscheid objectief gerechtvaardigd is. In de gegevensbeschermingseffectbeoordeling zal dus (op voorhand) moeten worden beoordeeld of de selectieregels die zullen worden gebruikt mogelijk leiden tot discriminatoire verwerkingen. Het uitvoeren van de Impact Assessment Mensenrechten en Algoritmes (IAMA) kan aangewezen zijn.[51]

b. periodiek wordt onderzocht of zich desalniettemin discriminatoire verwerkingen voordoen;

Vooraf onderzoeken en ondervangen van risico's op discriminatoire verwerkingen volstaat echter niet. Een (uitsluitend) geautomatiseerde verwerking kan onderscheid maken zonder dat daarvoor een vooraf toetsbaar criterium valt aan te wijzen. Soms zijn de criteria zelf niet goed toetsbaar (zoals de gewichten in een neuraal netwerk). In dat geval kan een selectieregel niet worden ingezet omdat dat een betrokkene zijn recht op een doeltreffende voorziening in rechte kan ontnemen, met name als hij dat recht wil aanwenden om bijvoorbeeld te kunnen onderbouwen dat sprake is van discriminatie.[52] Ook kunnen de criteria geen aanleiding geven om discriminatie aan te nemen, maar kan er in de output toch sprake blijken te zijn van een oververtegenwoordiging van een groep met een bepaald kenmerk waardoor de (uitsluitend) geautomatiseerde verwerking wel onrechtmatig onderscheid blijkt te maken. In veel gevallen zal dus zonder een periodieke herbeoordeling niet gemotiveerd kunnen worden dat de gebruikte selectieregels nog steeds non-discriminatoir uitwerken zoals initieel is beoogd. De motiveringsplicht strekt zich overigens ook uit tot risicoselectie in het kader van het 'spontaan' gebruik van onderzoeks- en controlebevoegdheden.[53] Alleen op die manier wordt risicoselectie controleerbaar op bedoelde en

[49] Vgl. ook bijv. HR 6 juni 2024 Vermogensrendementsheffing Box 3 (ECLI:NL:HR:2024:704) en HR 6 september 2024 Successiewet (ECLI:NL:HR:2024:1130).
[50] In dit verband wordt opgemerkt dat een verwerkingsverantwoordelijke - als hij profilering inzet - zich moet bedienen van passende wiskundige en statistische maatregelen onder meer met het oog op het tegengaan van discriminatie. Vgl. overweging 71 considerans AVG.
[51] Impact Assessment Mensenrechten en Algoritmes | Rapport | Rijksoverheid.nl. Zie voor verwevenheid tussen de gegevensbeschermingseffectbeoordeling en de IAMA de Handreiking gezamenlijk gebruik IAMA en Model DPIA Rijksdienst.
[52] Vgl. HvJEU 21 juni 2022 PNR (ECLI:EU:C:2022:491), pt. 195.
[53] Zie de zogenoemde SyRI-uitspraak van de Rechtbank Den Haag, 5 februari 2020 (ECLI:NL:RBDHA:2020:865).

onbedoelde discriminatie.[54] Ook dit aspect loopt mogelijk vaak gelijk op met de gegevensbeschermingseffectbeoordeling.[55]

c. gevolgen voor betrokkene van de selectie als risico treden pas in na betekenisvolle menselijke tussenkomst;
Als uiteengezet in deel I en II zijn de gevolgen voor betrokkene allesbepalend voor de vraag of artikel 22 geautomatiseerde besluitvorming verbiedt of niet. Ook voor risicoselectie geldt dat profilering en (dus) selectie die wel een objectief gerechtvaardigd onderscheid oplevert, maar niet automatisch ook gevolgen heeft voor betrokkene op zichzelf nog geen verboden besluit oplevert. Het is, met andere woorden, naar het oordeel van de AP toegestaan bij uitvoering of toezicht geautomatiseerd risicoselecties te maken als deze alleen maar gebruikt worden om met 'betekenisvolle menselijke tussenkomst' te beoordelen óf gevolgen voor betrokkene nodig zijn. Oftewel om ambtenaren in staat te stellen te bezien of acties jegens betrokkene zoals navraag doen, informatie verzamelen al dan niet met inzet van ingrijpende bevoegdheden. Uiteraard moet deze menselijke tussenkomst ook echt betekenisvol zijn; indien 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.

d. de selectie als risico heeft niet automatisch ook andere aanmerkelijke gevolgen
Indien de risicoselectie niet ambtelijk/menselijk beoordeeld wordt, maar automatisch bewaard of gedeeld wordt voor allerlei andere toepassingen kunnen er makkelijk automatisch aanmerkelijke gevolgen zijn waar nog geen 'menselijke tussenkomst' heeft plaatsgevonden tussen besluit en gevolgen. Dit is zonder specifieke wettelijke voorziening met de nodige waarborgen verboden.

e. de risicoselectie is voldoende kenbaar voor betrokkene.
Indien risicoselectie de aanleiding was voor een bestuursorgaan om af te wegen of een bepaald Awb besluit moest worden genomen of aanleiding gaf tot een bepaalde wijze van behandeling van de aanvraag, dient betrokkene uit oogpunt van het motiveringsbeginsel en zijn recht op verdediging in beginsel - en uiterlijk bij bekendmaking van het uiteindelijke besluit - in kennis te worden gesteld van de reden voor de selectie. Voorafgaand aan het Awb besluit hoeft op grond van de AVG dergelijke informatie niet meteen en/of in detail te worden gegeven indien daardoor de verwezenlijking van het verwerkingsdoel onmogelijk dreigt te worden gemaakt of ernstig in het gedrang dreigt te komen.[56] In wettelijke bepalingen kunnen rechten van betrokkenen ook worden beperkt.[57] Zo kan ter waarborging van een taak op het gebied van toezicht en inspectie het recht op transparantie worden beperkt omdat het prijsgeven van bepaalde informatie een adequaat en effectief toezicht - bijvoorbeeld met het oog op fraudebestrijding - in de weg kan staan. In dat geval zou volstaan kunnen worden met een (meer) abstracte(re) duiding en/of

[54] Vgl. het eerder aangehaalde position paper van het CRvM (p. 6).
[55] Vgl. p. 16-17 en 25 van de Richtsnoeren voor gegevensbeschermingseffectbeoordelingen en bepaling of een verwerking "waarschijnlijk een hoog risico inhoudt" in de zin van Verordening 2016/679 (WP 248 rev.01). Het Model DPIA Rijksdienst voorziet ook in een periodieke herzieningsplicht.
[56] Artikel 14, vijfde lid, aanhef en onder b, AVG.
[57] Artikel 23, eerste lid, aanhef en onder h, AVG.

motivering. Dat geldt dan ook voor de invulling van het motiveringsbeginsel in lijn met de Awb. Voor zover de AP bekend, is er tot op heden door de wetgever nog geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid tot beperking van de rechten van betrokkenen om die reden. De mogelijkheid om rechten van betrokkene te beperken uit de AVG wordt door artikel 41 UAVG zonder verdere beperking omgezet in een algemene bevoegdheid voor bestuursorganen. Net zo als artikel 40, tweede lid, van de UAVG en om dezelfde reden levert deze 'doorsluismethode' ook hier een wettelijke bepaling op die buiten toepassing zal moeten worden gelaten.[58]

Deel IV. Beoordeling voorgelegde casus aangifte- aanslag

Ook voor de voorgelegde casus over belastingaangifteaangifte/aanslag is het van belang dat intern wordt getoetst aan het eerder geschetste kader, dat wil zeggen of de uitvoering voldoet aan de AVG bepalingen die rechtstreeks geldende waarborgen bieden aan de burger (1) en aan de Awb bepalingen als passende maatregel in de zin van art 22 (2) en of eventueel noodzakelijk maatwerk in sectorspecifieke wetgeving is opgenomen (3). Voor elke selectieregel geldt dat voor het maken van onderscheid - ter voorkoming van discriminatoire verwerkingen - er altijd een objectieve en gerechtvaardigde moet zijn.

Proces aanslag op aangifte Inkomstenbelasting
Uit de beschrijving van het proces aangiftebehandeling inkomensheffing, zoals in de bijlage bij de adviesaanvraag wordt beschreven, maakt de AP in hoofdlijn het volgende op.

De 'uitworp' of 'niet uitworp' vindt volledig geautomatiseerd plaats aan de hand van de ingediende aangiftes en de daarin opgenomen (persoons)gegevens. Elke aangifte wordt onderworpen aan verschillende selectieregels. Als de aangifte niet aan de voorwaarde van de selectieregels voldoet, volgt (geautomatiseerd) een belastingaanslag ('green lane'). Voldoet de aangifte wel aan de voorwaarde van een of meer van de selectieregels, dan volgt 'uitworp'. Uitworp kan, voordat een aanslag volgt, leiden tot een 'handmatige behandeling'. De selectie (dat wil zeggen: 'uitworp' of 'geen uitworp') heeft tot doel de aangiftes te verdelen in twee categorieën: aangiftes die moeten worden onderworpen aan een nadere beoordeling door een medewerker in verband met bepaalde onzekerheden of risico's en aangiftes waar dat minder voor geldt en die dus volledig geautomatiseerd ten grondslag kunnen worden gelegd aan de aanslag. In de bijlage bij de adviesaanvraag worden de verschillende typen selectieregels en de gevolgen omschreven.

Bezien vanuit rechtgevolg of anderszins in aanmerking te nemen gevolg zijn in het proces van aangifte drie situaties te onderscheiden:

1. Betrokkene krijgt een aanslag die volledig geautomatiseerd en zonder menselijke tussenkomst tot stand is gekomen (de 'niet uitgeworpen' aangiftes).

[58] Zie ook advies van de AP van 11 november 2020 over het concept voor een wetsvoorstel Verzamelwet gegevensbescherming (z2020-08972).

2. Betrokkene krijgt een aanslag die tot stand komt door handmatige controle nadat de aangifte daarvoor geautomatiseerd is 'uitgeworpen' en ongeacht of correcties hebben plaatsgevonden (de 'uitgeworpen' aangiftes).
3. Betrokkene ondervindt anderszins gevolgen van de geautomatiseerde uitworp voor handmatige behandeling (aanmerkelijke gevolgen) die los staan van de uiteindelijke aanslag.

De betekenis van profilering in het proces van aangifte en aanslag
De selectieregels die in de bijlage bij de adviesaanvraag worden beschreven, worden geautomatiseerd toegepast op alle aangiftes die binnenkomen bij de Belastingdienst. Het doel hiervan is te komen tot een uit oogpunt van risico en capaciteit zo goed mogelijke tweedeling tussen aangiftes die ongezien gebaseerd kunnen worden op de aangifte en aangiftes waarbij handmatige controle aangewezen is. De selectieregels zijn veelal gebaseerd op algemene aannames en maken met behulp van persoonsgegevens van de aanvrager (bijv. eerste woningbezitter) op basis van die aannames een beoordeling van een bepaald individu met het doel te voorspellen of het individu correct aangifte heeft gedaan (bijv. eerste woningbezitters maken vaak fouten). Een belangrijk deel van de selectieregels bevat dus algemene aannames die (generiek) tegengeworpen worden aan alle betrokkenen binnen deze groep, zonder dat al feitelijk vastgesteld is dat de aanname voor elke betrokkene binnen die groep ook inderdaad opgaat om zodoende aangiftes met extra risico te selecteren.[59] Daarmee staat vast dat een belangrijk deel van de verwerkingen van persoonsgegevens bij de behandeling van alle aangiftes kwalificeert als profilering. Uitworp of niet-uitworp is daarmee op zichzelf een 'besluit' in de zin van artikel 22 AVG dat gebaseerd is op profilering en met als gevolg al dan niet handmatige controle.

Beoordeling situatie 1; aanslag op basis van 'niet uitgeworpen' aangiftes
Als een aangifte *niet* wordt uitgeworpen, wordt de aanslag volledig geautomatiseerd (zonder menselijke tussenkomst) vastgesteld op basis van de gegevens uit de aangifte ('aanslag conform aangifte') en/of bij de Belastingdienst al bekende feitelijke gegevens. Deze aanslag heeft rechtsgevolg in de zin van artikel 22 en kwalificeert tevens als een besluit in de zin van de Awb.[60] Het selecteren van aangiftes ten behoeve van 'uitworp' dan wel 'niet uitworp' is een beslissing die is gebaseerd op profilering. Dat wil echter niet zeggen dat het tweede besluit - de aanslag zelf - dan ook nog steeds is gebaseerd op profilering. De niet-uitworp (gebaseerd op profilering) heeft geen (aanmerkelijk) gevolg omdat het gevolg juist is dat de aanslag conform de aangifte wordt vastgesteld.[61] Het besluit tot al dan niet uitworp (geen Awb-besluit) en het besluit tot het opleggen van de aanslag dat daarop volgt (wel Awb-besluit) staan wel met elkaar in verband, maar moeten voor de toepassing van artikel 22 naar hun gevolgen worden onderscheiden. Omdat bij niet-uitworp de beoogde profilering geen invloed heeft op de aanslag die wordt opgelegd (het Awb-besluit zelf) staat het rechtsgevolg ook inhoudelijk geheel los van de profilering. Het besluit tot het opleggen van de aanslag - dat verder volledig steunt op de feitelijke gegevens die door de belastingplichtige of diens bank of werkgever zijn aangeleverd - is daarmee dus geen besluit dat is genomen *'op basis van profilering'* in de zin van artikel 40, eerste lid, UAVG. De aanslag is wel volledig

[59] Vgl. MvT UAVG, Kamerstukken II 2017-2018, 34 851, nr. 3, p. 120.
[60] De aanslag doet voor de betrokkene een (financiële) verplichting ontstaan. Vgl. De Poorter, in: T&C Algemene wet bestuursrecht, art. 1:3, aant. 2
[61] Zie over het verband tussen profilering en gevolg ook eerste en tweede volzin overweging 71 van de considerans bij de AVG.

geautomatiseerd tot stand gekomen en dus wel onderworpen aan het beginselverbod van artikel 22 AVG en de noodzaak van wettelijke passende maatregelen ter opheffing daarvan. De Awb voorziet voor deze besluiten echter voldoende in passende maatregelen.

Beoordeling situatie 2; aanslag op basis van handmatige controle
Ook de aanslagen in situatie 2 zijn uiteraard besluiten met rechtsgevolg. Ze komen echter, in tegenstelling tot de aanslagen in situatie 1, tot stand na handmatige behandeling (betekenisvolle menselijke tussenkomst) waarbij de behandelaar in elk geval nagaat of de aanname waarop de selectie voor handmatige controle is gebaseerd ook opgaat in het voorliggende concrete geval. Hiermee wordt het mogelijke risico van de profilerende selectieregel weggenomen. De selectie voorziet daarmee in betekenisvolle menselijke tussenkomst, tenzij de behandelend ambtenaar onbekend is met de precieze werking van de selectieregel/het algoritme. De aanslag in situatie 2 valt daarom buiten het toepassingsbereik van artikel 22 AVG. Integrale beoordeling van de aangifte kan leiden tot een aanslag die afwijkt van de aangifte, ook op punten die niet de reden waren voor uitworp. De oorzaak daarvan is dan gelegen in de feiten zoals die door handmatige controle aan het licht komen en niet het feit dat er een bepaald profiel is. In beginsel kan men naar het oordeel van de AP niet 'in aanmerkelijk mate' getroffen worden door een correct en bedoeld rechtsgevolg zoals dat volgens de geldende wetgeving voor iedereen in dezelfde situatie zou moeten gelden en dat is neergelegd in een regulier, transparant, gemotiveerd en aan rechtsbescherming onderworpen besluit. Wel kan een onredelijke *vergroting van de kans op nadelige gevolgen* als op zichzelf staand effect in aanmerking genomen worden in situatie 3 (zie hierna).

Beoordeling situatie 3; aanmerkelijke gevolgen
Feitelijke gevolgen van de uitworp kunnen de belastingplichtige treffen *los* van de rechtsgevolgen van een aanslag ('anderszins' in de bewoordingen van artikel 22). De bijlage bij de adviesaanvraag noemt als (mogelijke) volgende gevolgen onder andere dat de aangifte integraal wordt gecontroleerd (dus niet alleen het punt dat voor uitworp zorgde), dat extra vragen kunnen worden gesteld en dat integraal boekenonderzoek kan worden gedaan bij bijvoorbeeld zzp-ers.

De effecten genoemd in de bijlage die zien op de tijd en moeite die gepaard gaan met handmatige behandeling en met het - zo nodig verplicht - door de belastingplichtige aan de Belastingdienst verstrekken van noodzakelijke informatie voor de beoordeling van de aangifte alsook het (daardoor) later ontvangen van de aanslag zijn geen effecten die afzonderlijk of in combinatie iemand in aanmerkelijke mate treffen. Hetzelfde geldt voor integraal boekenonderzoek bij de ondernemer en de integrale beoordeling van de aangifte. Dat laatste ligt anders als dat – al dan niet in combinatie met andere selectieregels - bijvoorbeeld in de daaropvolgende jaren telkens opnieuw het geval is.

Wel kan naar het oordeel van de AP een substantieel verhoogde kans op allerlei nadelen als gevolg van de uitworp onder omstandigheden een gevolg zijn dat in aanmerking moet worden genomen. Uit de jurisprudentie kan worden opgemaakt dat voor de vraag of iemand in aanmerkelijke mate wordt getroffen ook wordt gekeken naar de verdere mogelijke gevolgen van het selectieproces.[62] Indien een selectieregel of

[62] Amsterdam 4 april 2023 (ECLI:NL:GHAMS:2023:804), r.o. 3.37 (Ola) en Gerechtshof Amsterdam 4 april 2023, (ECLI:NL:GHAMS:2023:796), r.o. 3.34 (Über).

een combinatie van selectieregels tot gevolg heeft dat bepaalde groepen ofindividuen structureel een substantieel verhoogde kans op correcties, onderzoeken e.d. lopen, deze gevolgen geacht moeten worden betrokkenen vanafeen bepaald ernstig niveau in aanmerkelijke mate te kunnen treffen. Een dergelijk effect zou kunnen optreden als bijvoorbeeld uitworp in het ene jaar op zichzelfal aanleiding is voor uitworp in jaren daarna waarna telkens integrale controle volgt met kans op correcties en onderzoeken. Hetzelfde geldt uiteraard indien aan de uitworp op zichzelfconclusies zouden worden verbonden over risico's en deze zouden worden gedeeld met andere partijen ofanderszins herhaaldelijk o fpermanent zouden leiden tot verhoogde aandacht (overigens is dat in deze casus niet gebleken o fgesteld). Het is van groot belang alle (mogelijke) effecten voor een betrokkene - ook indirecte effecten - die het gevolg zijn van de gehanteerde selectieregels secuur in kaart te brengen en daarbij met name acht te slaan op effecten met een (potentieel) repeterend o fstructureel karakter. Deze effecten zouden moeten worden tegengegaan door selectieregels o fbeleid dat het gevolg veroorzaakt aan te passen o fafte schaffen. Slechts indien feitelijke gevolgen - zoals het bewaren o fdelen van profielen - uit oogpunt van bijvoorbeeld fraudebestrijding noodzakelijk is zou overgegaan moeten worden tot het maken van wetgeving die specifiek die feitelijke gevolgen legitimeert. Daarbij behoort dan uiteraard uitvoerig aandacht besteed te worden aan de passende maatregelen die dan aangewezen zijn ter bescherming van de rechten, vrijheden én gerechtvaardigde belangen van de belastingplichtige.

Hoogachtend,

voorzitter