

AKTE UITLATING

Van:

De vereniging **FEDERATIE NEDERLANDSE VAKBEWEGING (FNV)**, gevestigd te Utrecht,
Gevoegde partij aan de zijde van eisers
Advocaten: mr. A.H. Ekker & mr. D.M. Linders

Inzake:

1. De vereniging **NEDERLANDS JURISTEN COMITÉ VOOR DE MENSENRECHTEN**, gevestigd te Leiden,
2. De stichting **STICHTING PLATFORM BESCHERMING BURGERRECHTEN**, gevestigd te Amsterdam,
3. De stichting **STICHTING PRIVACY FIRST**, gevestigd te Amsterdam,
4. De stichting **STICHTING KOEPEL VAN DBC-VRIJE PRAKTIJKEN VAN PSYCHOTHERAPEUTEN EN PSYCHIATERS**, gevestigd te Amsterdam,
5. De **LANDELIJKE CLIËNTENRAAD**, gevestigd te Den Haag,
6. De heer **MAXIM FEBRUARI**,¹ woonachtig te Buren,
7. De heer **TOMMY DAVID WIERINGA**, woonachtig te Waterland,
Eisers
Advocaten: mr. A.H. Ekker & mr. D.M. Linders

Tegen:

De **STAAT DER NEDERLANDEN**, zetelende te Den Haag
Gedaagde
Advocaat: mr. C.M. Bitter

¹ Maxim Februari is het pseudoniem van de heer Maximiliaan Drenth.

Gevoegde partij aan de zijde van eisers, de Federatie Nederlandse Vakbeweging ("FNV"), doet hierbij eerbiedig zeggen als volgt:

1 INLEIDING

- 1.1 Bij vonnis d.d. 26 september 2018 heeft de rechtbank Den Haag de FNV toegestaan zich in de hoofdzaak aan de zijde van eisers te voegen en bij akte haar standpunt (kort) toe te lichten. De FNV onderschrijft het standpunt van eisers dat de toepassing van de wettelijke regeling omtrent SyRI in strijd is met hoger recht, in bijzonder art. 8 EVRM, en dat de verwerking van persoonsgegevens via SyRI onrechtmatig is, onder andere wegens strijd met de privacyrechtelijke beginselen van noodzakelijkheid, proportionaliteit en doelbinding alsook met het vereiste van voorzienbaarheid. In deze akte gaat de FNV, ter aanvulling van de in de dagvaarding genoemde fundamentele bezwaren, nader in op een aantal specifieke gevolgen van de SyRI regelgeving die voor haar achterban van belang zijn.
- 1.2 De FNV licht hieronder eerst de belangen van haar achterban bij deze procedure toe. Vervolgens zal zij uiteenzetten dat de Staat door gebruik te maken van het Systeem Risico Indicatie ("SyRI") handelt in strijd met bepalingen in de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) aangaande profilering en geautomatiseerde besluitvorming. Ten slotte komt aan de orde dat de Staat eveneens in strijd handelt met op haar rustende transparantieplichtingen in de AVG en de Awb.
- 1.3 De FNV behartigt niet alleen de belangen van werkenden op het terrein van arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden. De FNV legt zich ook toe op de belangen van uitkeringsgerechtigden. En dat is helaas hard nodig. Uitkeringsgerechtigden worden in toenemende mate gezien als mogelijke fraudeurs, niet als mensen die ondersteuning nodig hebben. De wantrouwende overheid is een probleem dat bredere maatschappelijke en politieke aandacht verdient. De inzet van bestandskoppelingen in systemen zoals SyRI geeft aan dit probleem echter een extra dimensie. De burger is op straffe van bestuursrechtelijke dwangmaatregelen verplicht verschillende overheidsinstanties te voorzien van informatie over zijn privéleven. Vervolgens kan deze informatie worden gecombineerd en geanalyseerd met behulp van een systeem waarvan de werking door de Staat geheim wordt gehouden.
- 1.4 De FNV is geheel vóór het aanpakken van uitkeringsfraudeurs. Kwaadwillende overtreders verpesten het niet alleen voor zichzelf, maar ook voor anderen. De eerlijke uitkeringsgerechtigde wordt maar al te vaak aangekeken op het gedrag van de fraudeur. Helaas is dat het stigma dat in het debat steeds de boventoon voert. Goedwerkende fraudebestrijding zou zich moeten richten op de echte fraudeurs, en daarbij de niet-frauderende gerechtigden, mensen die die hun uitkering echt nodig hebben om van te leven, niet moeten lastigvallen. Helaas leidt de inzet van systemen zoals SyRI er juist toe dat steeds meer goedwillende burgers binnen hun privédoelgebied worden lastiggevallen en worden geconfronteerd met handhavingsacties en sancties die zij niet verdienen of die niet in verhouding staan tot de geconstateerde overtrekking.

- 1.5 De Staat gaat bij voorbaat uit van kwade trouw van burgers. Pas als die burgers verhaal halen bij een onafhankelijke instantie, zoals de rechter of de Nationale Ombudsman, blijkt dat de meerderheid in werkelijkheid onschuldig is.
- 1.6 Handhaving in de sociale zekerheid is voornamelijk in handen van drie uitvoeringsinstanties: op landelijk niveau het Uitvoeringsorgaan Werknemersverzekeringen ("UWV") en de Sociale Verzekeringsbank ("SVB") en bij de gemeenten de Sociale Diensten. Deze organisaties hebben lange tijd als uitgangspunt gehanteerd dat sanctionerende handhaving alleen in uitzonderingsgevallen wordt ingezet ('zacht waar het kan, hard waar het moet'). In de afgelopen jaren is er echter een nieuw politiek klimaat ontstaan, waarin vooral het bestrijden van fraude en misbruik centraal staat. Hierbij wordt steeds vaker het belang van sancties en andere dwangmaatregelen benadrukt. Dit wordt bijvoorbeeld geïllustreerd door de invoering van de Wet Aanscherping Handhaving- en Sanctiebeleid SZW-wetgeving in 2013 (die al snel werd aangeduid als de 'Fraudewet'). Binnen deze wet, en het daarop gebaseerde uitvoeringsbeleid, staat sanctionerende handhaving centraal.²
- 1.7 Die kentering naar een zero tolerance uitkeringsfraudebestrijding heeft tot gevolg dat alle aspecten van het leven van de uitkeringsgerechtigde worden bekeken door een 'misbruik-bril'. Het wantrouwen van autoriteiten tegen vermeende fraudeurs neemt daarbij soms absurde vormen aan. Zo zette de Belastingdienst in 2014 de kinderopvangtoeslag van 232 gezinnen stop en vorderde de eerder ontvangen bedragen zonder pardon terug. Uit onderzoek van de Nationale Ombudsman bleek echter dat dat in meer dan de helft van de gevallen onterecht was.³
- 1.8 Tot slot blijkt ook uit een vonnis van de Centrale Raad van Beroep hoe ver overheidsinstanties gaan bij het opsporen van fraude. Deze zaak betrof een Delftse vrouw die op basis van een anonieme tip werd verdacht van bijstandsfraude langdurig in het geheim werd geobserveerd.⁴ Vier rechercheurs bleken de vrouw in zestig dagen tijd 97 keer te hebben bespied, onder meer met een camera, verborgen in een voor haar flat geparkeerde auto, en met auto-achterevoelingen terwijl ze haar tweelingzoon naar voetbal bracht of boodschappen deed. Rechercheurs ondervroegen zelfs haar destijds 9-jarige zoon tijdens het buitenspelen over hoe vaak de buurman bij hun moeder was. Een 'ernstige inbreuk' op het respect voor het privéleven, vond de CRvB. Het college van burgemeester en wethouders van Delft besloot op basis van het onderzoek uiteindelijk de uitkering van de vrouw in te trekken, reeds betaalde uitkeringen tot een hoogte van

² M. Hertogh (red.) e.a., Slimme Handhaving, Een empirisch onderzoek naar handhaving en naleving van de socialezekerheidswetgeving, Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 15 en 16, te raadplegen via www.instituutgak.nl/onderzoek/kennisbank/slimme-handhaving/.

³ Zie de Nationale ombudsman, 'Geen powerplay maar fair play. Onevenredig harde aanpak van 232 gezinnen met kinderopvangtoeslag', 9 augustus 2017. Naar aanleiding van dit rapport heeft de staatssecretaris van Financiën in een brief aan de Tweede Kamer zijn excuses aangeboden voor de gang van zaken. Zie Brief van de Staatsecretaris van Financiën aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 11 oktober 2018, Kamerstukken 31066, nr. 434, p. 2.

⁴ Zie <https://www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/de-doorgeslagen-jacht-op-de-bijstandsfraudeur~be95e9d26/>.

€ 7.500,- terug te vorderen en haar een boete op te leggen van € 5.500,-. De rechtbank Den Haag vernietigde die besluiten en de Centrale Raad van Beroep bekrachtigde dat.⁵

- 1.9 De cijfers vertellen eenzelfde verhaal: er wordt rigoureuus beleid gevoerd om de bijstandsfraudeur lik-op-stuk te geven, maar onder de streep blijken uitkeringsgerechtigden eigenlijk behoorlijk brave burgers te zijn. Uit onderzoek van de Universiteit Groningen is gebleken dat het algemene nalevingsniveau (in hoeverre houden uitkeringsgerechtigden zich aan socialezekerheidswetgeving?) zelfs 92% is.⁶ Volgens het ministerie van SZW zelf is het nalevingsniveau op het gebied van de socialezekerheidsregelingen ook hoog, tussen de 90% en 99,9% in 2009, zo vermeldt het handhavingsprogramma 2011-2014. Die percentages zien op naleving van de plicht tot melding van inkomen uit arbeid (WW, WAO/WIA, ANW en WWB) en naleving van de plicht tot melding van het voeren van een gezamenlijke huishouding (AOW, ANW en WWB).⁷ Deze nalevingsniveaus staan in geen verhouding tot de harde toon die de staatssecretaris gebruikt in de Kamerbrief ter begeleiding van het handhavingsprogramma:

In de sociale zekerheid zal in de komende jaren veel aandacht uitgaan aan het activerender maken van het stelsel. Mensen die nu nog in de uitkering zitten of werken in een gesubsidieerde baan, moeten zo veel mogelijk in een gewone baan aan de slag. Voor diegenen die aangewezen blijven op een uitkering moet duidelijk zijn dat misbruik niet wordt geaccepteerd, niet door de samenleving en niet door dit kabinet. Personen die zich niet aan de regels houden zullen actief worden opgespoord en uitkeringsfraude zal veel zwaarder dan nu worden bestraft. Dat betekent dat er heldere grenzen worden gesteld en dat het overschrijden van die grenzen ook lik-op-stuk zal worden gesanctioneerd. Het kabinet verwacht dat een striktere aanpak van uitkeringsfraude tot een aanzienlijke vermindering van het aantal uitkeringen kan leiden. Voor de jaren 2012–2015 is een bedrag aan besparingen ingeboekt dat oploopt tot structureel € 180 miljoen.⁸

- 1.10 Daarbij moet niet uit het oog worden verloren dat veel zogenaamde bijstandsfraude eigenlijk helemaal geen fraude is. Het gaat vaak om mensen die door een fout ten onrechte iets uitgekeerd hebben gekregen, of ongeletterd zijn en daardoor een formulier of brief niet goed begrijpen. Dat veroorzaakt veel problemen, zo concludeerde ook de Nationale Ombudsman in een rapport uit 2014.⁹

⁵ CRvB 15 augustus 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2807.

⁶ M. Hertogh (red.) e.a., *Slimme Handhaving*, Een empirisch onderzoek naar handhaving en naleving van de socialezekerheidswetgeving, Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 75, te raadplegen via www.instituutgak.nl/onderzoek/kennisbank/slimme-handhaving/.

⁷ SZW, *Handhavingsprogramma 2011-2014*. Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2010, p. 7 en 8, bijlage bij de Brief van de Staatsecretaris van SZW aan de Tweede Kamer van 21 december 2010, Kamerstukken II 2010–2011, 17 050, nr. 402.

⁸ Brief van de Staatsecretaris van SZW aan de Tweede Kamer van 21 december 2010, Kamerstukken II 2010–2011, 17 050, nr. 402.

⁹ De Nationale Ombudsman, *Geen fraudeur, toch boete*, Een onderzoek naar de Fraudewet in de praktijk, Rapport 2014/159 van 4 december 2014, raadpleegbaar via <https://www.nationaleombudsman.nl/nieuws/2014/ombudsman-fraudewet-pakt-goedwillende-burgers-aan-als-criminelen>.

- 1.11 De toepassing van het Systeem Risico Indicatie verergert de hierboven geschetste situatie. Risicomeldingen kunnen in de praktijk aanleiding om vormen ingrijpende bevoegdheden toe te passen. Problematisch is in dat verband dat de Participatiewet, anders dan art. 126 g Wetboek van Strafvordering, geen waarborgen bevat die het gebruik van opsporingsmiddelen betuigen.

2 PROFILERING

- 2.1 De Algemene Verordening Gegevensbescherming ("AVG") definieert 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 beroepsprestaties, economische situatie, gezondheid, persoonlijke voorkeuren, interesses, betrouwbaarheid, gedrag, locatie of verplaatsingen te analyseren of te voorspellen (art. 4, onderdeel 4 AVG)

- 2.2 De gegevensverwerking binnen SyRI moet worden aangemerkt als profilering in de zin van de AVG.

- a. Er is sprake van geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens. Het Inlichtingenbureau koppelt en analyseert de gegevens die zij van de deelnemers in een samenwerkingsverband op digitale wijze ontvangt immers met behulp van ICT-systemen, aan de hand van vooraf bepaalde risicomodellen;
- b. Er worden aan de hand van persoonsgegevens persoonlijke aspecten van natuurlijke personen geëvalueerd. Er kan bijvoorbeeld worden nagegaan hoeveel water een huishouden verbruikt (huisvestingsgegevens) om aan de hand daarvan te evalueren of een bepaalde persoon samenwoont of alleen woont (uitkerings-, toeslagen- en subsidiegegevens), er kan worden nagegaan of een bepaalde persoon in een re-integratietraject zit (re-integratiegegevens) om aan de hand daarvan te controleren of een belastingaangifte correct is (fiscale gegevens) en er kan op basis gegevens over het onderwijs dat door een kind wordt gevolgd (onderwijsgegevens), worden geëvalueerd of terecht een beroep wordt gedaan op ondersteuning op grond van de Jeugdwet (uitkerings-, toeslagen- en subsidiegegevens);
- c. De verwerking heeft (mede) de bedoeling betrouwbaarheid en gedrag te analyseren, hetgeen voldoende is om onder de definitie te vallen (**Productie 22** tijdens eisers, p. 7 en in tegenstelling tot wat de Staat impliceert in de CvA randnr. 4.5). Op basis van de wettelijke regeling is overigens niet uit te sluiten dat SyRI ook zal worden ingezet om gedrag te voorspellen.

- 2.3 De toepassing van SyRI is erop gericht om burgers aan de hand van een analyse van persoonsgegevens in te delen in categorieën: "niet-risicovolle personen", "mogelijk risicovolle personen" en "risicovolle personen" (zie CvA de Staat, randnr. 6.66). Anders dan de Staat betoogt

gaat de gegevensverwerking in SyRI daarmee verder dan het enkel "waarnemen van discrepanties" (CvA de Staat, randnr. 4.5) of het "vergelijken van bestaande gegevens" (randnr. 4.8 CvA). Het gaat om het evalueren van persoonlijke aspecten van burgers met het doel om te bepalen of zij een risico vormen voor wetsovertreding. Maar zelfs als wel slechts sprake zou zijn van het waarnemen van discrepanties of het vergelijken van bestaande gegevens, valt de gegevensverwerking binnen SyRI nog altijd onder de definitie van profilering.

- 2.4 Dat sprake is van profilering is om verschillende redenen van belang.
- 2.5 Ten eerste volgt uit de AVG dat de Staat de betrokkenen moet informeren over het bestaan van profilering en de gevolgen daarvan en dat betrokkenen het recht hebben te weten en te worden meegedeeld welke logica er ten grondslag ligt aan een eventuele automatische verwerking van de persoonsgegevens en, wanneer de verwerking op profilering is gebaseerd, wat de gevolgen van een dergelijke verwerking zijn (Overweging 62 en 63). Deze verplichting bestaat ongeacht of er naast profilering ook sprake is van geautomatiseerde besluitvorming (**Productie 22** zijdens eisers, p. 23)
- 2.6 Ten tweede dient de Staat bij het toepassen van profilering passende wiskundige en statistische procedures te hanteren en technische en organisatorische maatregelen te treffen om een voor de betrokkene behoorlijke en transparante verwerking te garanderen, waaronder om onjuistheden in persoonsgegevens te corrigeren en het risico op fouten te minimaliseren. Ook moeten discriminerende gevolgen van profilering worden voorkomen (Overweging 71). Deze voorwaarden zijn ook neergelegd in het algemene beginsel van "behoorlijke gegevensverwerking" ("fair" in de Engelse versie) op grond van artikel 5 lid 1 sub a AVG.
- 2.7 Ten derde is profilering aan te merken als een zelfstandige verwerking van persoonsgegevens in de zin van de AVG. Hiervoor gelden, evenals voor de gegevensverwerking in zijn algemeen, de eisen van noodzakelijkheid en voorzienbaarheid en dient voorzien te zijn in een rechtsgeldige verwerkingsgrondslag als bedoeld in art. 6 AVG. Zoals eisers reeds hebben toegelicht voldoet de wettelijke regeling van SyRI niet aan deze voorwaarden (zie de dagvaarding, randnrs. 5.5 t/m 5.35).

3 GEAUTOMATISEERDE BESLUITVORMING

- 3.1 Bij de inzet van SyRI is sprake van geautomatiseerde besluitvorming in de zin van artikel 22 AVG, zoals eisers ook hebben bedoeld te stellen in de dagvaarding (randnr 5.64 en 5.65). De FNV wenst op dit punt nader in te gaan. Haar stelling is dat het doen van een risicomelding door de Inspectie SZW is aan te merken als een besluit met rechtsgevolg, althans een besluit dat betrokkenen anderszins in aanmerkelijke mate treft, en dat dit besluit wordt genomen op basis van uitsluitend geautomatiseerde besluitvorming, zoals bedoeld in artikel 22 AVG.

- 3.2 De Staat betoogt dat geen sprake is van geautomatiseerde besluitvorming omdat (i) geen sprake is van een besluit met rechtsgevolg, althans een besluit dat betrokkenen anderszins in aanmerkelijke mate treft en (ii) er op minstens twee momenten sprake zou zijn van menselijke tussenkomst. Beide standpunten van de Staat zijn onjuist.

Besluit met rechtsgevolg

- 3.3 Er is al sprake van een besluit met rechtsgevolgen in het geval de betrokkene wordt onderworpen aan verscherpte toezichtsmaatregelen ("*increased security measures or surveillance*") (**Productie 22** zijdens eisers, p. 10). Daarvan is in het geval van SyRI hoe dan ook sprake. Een risicomelding is op zichzelf reeds aan te merken als een vorm van verscherpt toezicht. Een risicomelding leidt er immers toe dat een individuele betrokkene nader onderzocht wordt en aan specifiek onderzoek en aan specifieke handhavingsmaatregelen onderworpen wordt.
- 3.4 Ook omdat (en zowel afzonderlijk als in onderlinge samenhang met het vorige punt beschouwd) een besluit tot het doen van een risicomelding kan leiden tot daadwerkelijke maatregelen, zoals het beëindigen of korten van uitkeringen en/of het opleggen van boetes, is sprake van een rechtsgevolg. De EDPB noemt in dit verband specifiek als voorbeeld besluiten die leiden tot het recht op of de weigering van een bepaalde wettelijk toegekende sociale uitkering, zoals kinderbijslag of huurtoeslag ("*entitlement to or denial of a particular social benefit granted by law, such as child or housing benefit*") (**Productie 22** zijdens eisers, p. 10).

Besluit dat de betrokkene in aanmerkelijke mate treft

- 3.5 Indien zou worden aangenomen dat aan het doen van een risicomelding geen rechtsgevolgen zijn verbonden, is echter hoe dan ook sprake van een besluit dat de betrokkene in aanmerkelijke mate treft. De European Data Protection Board ("EDPB", voorheen de Artikel 29 Werkgroep) overweegt in dit verband:

"For data processing to significantly affect someone the effects of the processing must be more than trivial and must be sufficiently great or important to be worthy of attention. In other words, the decision must have the potential to significantly influence the circumstances, behaviour or choices of the individuals concerned. At its most extreme, the decision may lead to the exclusion or discrimination of individuals." (**Productie 22** zijdens eisers, p.10)
[onderstreping door advocaat]

- 3.6 Het "in aanmerkelijke mate treffen" kan dus ook betrekking hebben op de omstandigheden waarin de betrokkene komt te verkeren ten gevolge van het besluit of op de keuzes die de betrokkene neemt, of juist niet meer heeft, ten gevolge van het besluit. Die omstandigheden kunnen er in het geval van SyRI uit bestaan dat een lokale gemeenteambtenaar, de wijkcoördinator of de contactpersoon van de betrokkene bij het UWV die de risicomelding op zijn/haar bureau krijgt, zich van de betrokkene een bepaald beeld zal vormen ("een objectieve,

want door een algoritme gegenereerde risicomelding, dus het zal wel een fraudeur zijn”) en de betrokkene reeds daarom anders zal bejegenen, hetgeen weer invloed kan hebben op het gedrag en de keuzes van de betrokkene.

- 3.7 Dat een besluit een betrokkene ook op meer indirecte wijze in aanmerkelijke mate kan treffen is bevestigd door de Europese Commissie. De Commissie is van mening dat online micro-targetting van verkiezingspropaganda op basis van profielen (het versturen van verkiezingspropaganda die is toegespitst op de ontvanger of betreffende groep van ontvangers) de betrokkene reeds in aanmerkelijke mate kan treffen in de zin van artikel 22 AVG. De betrokkene kan door de aan hem/haar getoonde advertentie immers besluiten op een bepaalde manier te stemmen of om helemaal niet te stemmen. Dat acht de Europese Commissie voldoende om een dergelijke communicatie onder het bereik van artikel 22 AVG te brengen.¹⁰ Ook in het geval van een risicomelding vanuit SyRI wordt de betrokkene op meer indirecte wijze getroffen, namelijk door de beeldvorming die daardoor ontstaat bij de betreffende bestuursorganen en de mogelijke gevolgen die dat heeft. Enkel vanwege het beeld dat bij de betreffende ambtenaar wordt opgeroepen, kan hij/zij besluiten de betrokkene aan een nader onderzoek te onderwerpen, ook buiten het domein dat door de risicomelding wordt bestreken, en daarop gaan handhaven. Zo is de betrokkene door een enkele risicomelding ineens verworpen tot een verdachte. Een betrokkene bovendien, die in de meeste gevallen waarin SyRI wordt ingezet, reeds in een probleemwijk woont en al onder het stigma daarvan gebukt moet gaan.
- 3.8 Dat laatste kan ook andersom werken, zo bevestigt de EDPB:

“Processing that might have little impact on individuals generally may in fact have a significant effect on certain groups of society, such as minority groups or vulnerable adults.” (Productie 22 tijdens eisers, p. 11)

- 3.9 Met SyRI worden wijken die reeds als probleemwijk bekend staan aan een nader onderzoek onderworpen. Daardoor is de kans dat onregelmatigheden worden gevonden hoger dan in andere wijken. Dat bevestigt op zijn beurt weer het beeld van de probleemwijk en versterkt het negatieve beeld dat reeds bestaat van de burgers die in de wijk wonen, ook al is ten aanzien van hen geen risicomelding gedaan.

Geen (betekenisvolle) menselijke tussenkomst

- 3.10 De menselijke tussenkomst zou er volgens de Staat uit bestaan dat ambtenaren van de analyse-eenheid van de Inspectie SZW potentiële treffers handmatig controleren op ‘false positives’. Daarnaast zouden de deelnemende bestuursorganen bij ontvangst van een risicomelding eerst

¹⁰ ‘Free and Fair elections, Commission guidance on the application of Union data protection law in the electoral context’ Brussel: 12 september 2018 COM(2018) 638 final, p. 7.

een zelfstandig oordeel vellen of zij de risicomelding voldoende serieus achten om nader te onderzoeken (CvA Staat, randnr. 6.86 e.v.).

- 3.11 Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van menselijke tussenkomst is de volgende overweging van de EDPB van belang:

“The controller cannot avoid the Article 22 provisions by fabricating human involvement. For example, if someone routinely applies automatically generated profiles to individuals without any actual influence on the result, this would still be a decision based solely on automated processing.

*To qualify as human intervention, the controller must ensure that any oversight of the decision is meaningful, rather than just a token gesture. It should be carried out by someone who has the authority and competence to change the decision. As part of the analysis, they should consider all the available input and output data.” (Productie 22 zijdens eisers, p.10)
[onderstreping door advocaat]*

- 3.12 Het enkel verwijderen van ‘false positives’ kan niet worden aangemerkt als menselijke tussenkomst. Dit betreft immers slechts het verwijderen van evident onjuiste treffers. Deze controle omvat daarmee geen inhoudelijke beoordeling van de treffers die wel leiden tot een risicomelding en kan derhalve niet worden gezien als zinvol toezicht op het gehele besluitvormingsproces. Deze controle omvat bovendien geen grondige beoordeling van “alle relevante gegevens, inclusief aanvullende informatie die wordt verstrekt door de betrokkene” (zie CvA Staat, randnr. 6.86). De betrokkene heeft in dit stadium immers niet de mogelijkheid om, overeenkomstig art. 22 lid 3 AVG, zijn standpunt kenbaar te maken. De Staat licht ook niet toe op welke wijze ambtenaren bij de Inspectie SZW een dergelijke grondige beoordeling zouden kunnen uitvoeren.

- 3.13 De beoordeling door de deelnemende partijen, na ontvangst van een risicomelding, is evenmin aan te merken als een vorm van menselijke tussenkomst. Op dat moment heeft de geautomatiseerde besluitvorming immers al plaatsgevonden. De risicomelding ligt reeds op het bureau van de betreffende ambtenaar. Bovendien is deze beoordeling niet “betekenisvol en niet symbolisch” want de ambtenaar die de risicomelding ontvangt heeft geen inzicht in de wijze waarop de risicomelding tot stand is gekomen en is ook niet bevoegd om de risicomelding te veranderen. Dat uitvoeringsinstanties in staat zouden zijn om risicomeldingen vanuit SyRI effectief te beoordelen is ook zeer onwaarschijnlijk. Zo is recent gebleken dat het UWV niet in staat is om te bepalen welke arbeidsmigranten wel en niet in aanmerking komen voor een WW-uitkering, terwijl zij intern over alle daarvoor benodigde informatie beschikt.¹¹

Geen uitzondering van toepassing

¹¹ Zie ‘Uitkeringsfraude Arbeidsmigranten WW’, Kamerbrief van minister Koolmees aan de Tweede Kamer, 1 oktober 2018, 2018-0000161434.

3.14 Het is de Staat niet toegestaan om uitsluitend op basis van geautomatiseerde verwerkingen te komen tot een besluit. Een uitzondering op deze regel geldt indien het besluit is toegestaan bij een Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepaling die op de verwerkingsverantwoordelijke van toepassing is en die ook voorziet in passende maatregelen ter bescherming van de rechten en vrijheden en gerechtvaardigde belangen van de betrokkene (art. 22 lid 2 sub b AVG). De genoemde uitzondering is in dit geval niet van toepassing. De wettelijke regeling van SyRI voorziet immers niet in een bevoegdheid om gebruik te maken van geautomatiseerde besluitvorming. Sterker nog, de Staat stelt zich op het standpunt dat er helemaal geen sprake is van geautomatiseerde besluitvorming. Voor zover de Staat zich wenst te beroepen op de Wet SUWI en Besluit SUWI, voldoet deze wet- en regelgeving bovendien niet aan het vereiste van voorzienbaarheid (zie de dagvaarding, randnr. 5.5 t/m 5.31).

4 TRANSPARANTIE VAN SYRI RISICOMODELLEN

4.1 De Staat voldoet bij de toepassing van SyRI niet aan de op haar rustende informatieverplichting op grond van de AVG (zie de dagvaarding, randnrs. 4.29 t/m 4.32 en 5.64 t/m 5.69). Minister Dekker voor Rechtsbescherming gaat in een recente brief aan de Tweede Kamer in op de voorschriften in de AVG op het gebied van transparantie van algoritmes en analysemethoden.¹² Hij gaf hiermee antwoord op een motie waarin de Kamer de regering verzocht na te streven dat de werking en de broncode van door overheden gebruikte algoritmes en analysemethoden die een aanmerkelijke impact op burgers hebben openbaar zijn, inclusief informatie over gebruikte databestanden. In de motie wordt de regering voorts verzocht bij algoritmes en analysemethoden die om zwaarwegende redenen niet openbaar gemaakt kunnen worden een technische audit uit te voeren om te controleren of de algoritmes en analysemethoden niet onbedoeld discrimineren of andere negatieve effecten hebben die al dan niet wet- en regelgeving schenden, en het resultaat van die audit openbaar te maken.

4.2 Uitgangspunt is dat algoritmes en analysemethoden in gebruik bij de overheid zo transparant mogelijk dienen te zijn, aldus de minister. Immers:

“transparantie kan bijdragen aan het vertrouwen dat men in het gebruik van algoritmes door de overheid moet kunnen hebben, en aan de mogelijkheden om zich eventueel tegen een uitkomst van het gebruik daarvan te weer te stellen.”

4.3 Daarnaast verwijst de minister naar het beginsel van transparantie in art. 5, eerste lid onder a AVG en de daarmee samenhangende informatieverplichtingen op grond van art. 12 AVG e.v. In dit kader merkt de minister het volgende op:

¹² Zie de brief d.d. 9 oktober 2018 van minister Dekker voor Rechtsbescherming aan de voorzitter van de Tweede Kamer 'Transparantie van algoritmes in gebruik bij de overheid', kenmerk 2370000. De brief is een reactie op een motie waarin de minister wordt verzocht om na te streven dat de werking en de broncode van door overheden gebruikte algoritmes en analysemethoden die een aanmerkelijke impact op burgers hebben openbaar zijn, inclusief informatie over gebruikte databestanden.

“Als een overheidsdienst met behulp van algoritmes persoonsgegevens verwerkt, vloeit uit dat artikel voort dat zij over deze verwerking informatie dient te verschaffen die beknopt, transparant, begrijpelijk en gemakkelijk toegankelijk moet zijn. Deze informatie moet in duidelijke en eenvoudige taal worden verschaft [...]”

- 4.4 Over gegevensverwerking in het kader van geautomatiseerde besluitvorming zegt de minister het volgende:

“Als de verwerking het karakter van geautomatiseerde besluitvorming heeft, schrijft de AVG bovendien voor dat de overheidsdienst betrokkene daarover informeert. Zij dient ten minste in het geval dat deze besluitvorming gebaseerd is op profilering, ook nuttige informatie te verschaffen over de onderliggende logica en het belang en de verwachte gevolgen van die verwerking voor de betrokkene (artikelen 13, tweede lid, onder f, en 14, tweede lid, onder g, AVG).¹² Bij “onderliggende logica” zou het bijvoorbeeld kunnen gaan om de beoordelingscriteria die het algoritme gebruikt, de werkwijze van het algoritme of het proces waarin het algoritme wordt gebruikt, afhankelijk van wat voor soort besluit het is en de wijze van gebruik.”

- 4.5 Zoals de minister aangeeft is het ingeval van algoritmes van belang om betrokkenen te informeren over de beoordelingscriteria die het algoritme gebruikt.

- 4.6 Dat geldt ook voor de risicomodellen die in SyRI worden gebruikt. Nu er bij het gebruik van die risicomodellen sprake is van profilering, dient de Staat nuttige informatie te verstrekken over de onderliggende logica. De vraag die beantwoord zou moeten worden is: hoe komt de Staat tot een bepaalde risicomelding? De Staat is op grond van de AVG naar mening van de FNV verplicht om de in SyRI gebruikte risicomodellen openbaar te maken.

- 4.7 De minister verwijst in zijn Kamerbrief ook nog naar een transparantieverplichting op basis van een recente uitspraak van de Hoge Raad over het vaststellen van de WOZ-waarde van onroerende zaken:

“Indien echter een door het bestuursorgaan genomen besluit geheel of ten dele het resultaat is van een geautomatiseerd proces - zoals de modelmatige waardebeoordeling in het kader van de uitvoering van de Wet WOZ - en de belanghebbende de juistheid van de bij dat geautomatiseerde proces gemaakte keuzes en van de daarbij gebruikte gegevens en aannames wil controleren en zo nodig gemotiveerd betwisten, moet het bestuursorgaan zorgdragen voor de inzichtelijkheid en controleerbaarheid van die keuzes, aannames en gegevens. Zonder die inzichtelijkheid en controleerbaarheid dreigt een ongelijkwaardige procespositie van partijen te ontstaan. Een belanghebbende kan in geval van besluitvorming op basis van een computerprogramma dat vanuit zijn perspectief is te beschouwen als een zogenoemde “black box” immers niet controleren op basis waarvan tot een bepaald besluit wordt gekomen (vgl. Afdeling Bestuursrechtspraak RvS 17 mei 2017, nrs. 201600614 e.a., ECLI:NL:RVS:2017:1259, AB 2017/91, rechtsoverweging 14.3). Dit heeft ook te gelden indien

*die informatie (nog) niet is neergelegd in op de zaak betrekking hebbende stukken.*¹³
[onderstreping door advocaat]

- 4.8 De Hoge Raad legt in deze uitspraak dus een veel breder toepasselijke transparantieverplichting op dan de AVG. Het hoeft niet te gaan om "geautomatiseerde besluitvorming die leidt tot een besluit met rechtsgevolg, althans een besluit dat betrokkenen anderszins in aanmerkelijke mate treft". Ook indien een besluit slechts (i) geheel of ten dele (ii) het resultaat is van een geautomatiseerd proces, dient het bestuursorgaan zorg te dragen voor inzichtelijkheid en controleerbaarheid van de keuzes, aannames en gegevens die tot dat besluit hebben geleid.
- 4.9 Deze regel is hoe dan ook van toepassing op SyRI. Elke besluit dat wordt genomen ten opzichte van een betrokkene ten aanzien van wie een SyRI-risicomelding is gedaan, is tenslotte in ieder geval ten dele het resultaat van een geautomatiseerd proces.
- 4.10 Deze uitspraak brengt met zich mee dat individuele bestuursorganen die op basis van een uit SyRI afkomstige risicomelding een besluit nemen in de zin van de Awb, op verzoek van de belanghebbende inzage moeten kunnen bieden in de wijze waarop de risicomelding tot stand is gekomen. Dit veronderstelt dat belanghebbenden van het bestaan van een risicomelding op de hoogte worden gesteld en dat het betreffende bestuursorgaan toegang heeft tot de benodigde gegevens. De Staat heeft op geen enkele manier toegelicht op welke wijze bestuursorganen aan de genoemde verplichting kunnen voldoen. Uit de door de Staat gegeven toelichting komt juist het beeld naar voren dat bestuursorganen binnen een samenwerkingsverband enkel een risicomelding ontvangen, zonder een nadere toelichting op de achtergrond daarvan.
- 4.11 Zoals ook eisers reeds hebben toegelicht, brengt deze gang van zaken een schending van het recht op een eerlijk proces, het beginsel van de 'equality of arms' en de onschuldspresumptie met zich mee (dagvaarding, randnr. 4.16 t/m 4.18 en 5.76 t/m 5.78).

Waarvan akte!

Advocaat

Deze zaak wordt behandeld door:
Anton H. Ekker & Douwe M. Linders
Deikwijs Advocaten
Panamalaan 8A
1019 AZ Amsterdam
T: +31 (0)20 2 614 614
F: +31 (0)20 2 614 615
www.deikwijs.nl - info@deikwijs.nl

13 HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316, r.o. 2.3.3. In hiermee vergelijkbare zin: ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259 (PAS-zaak).