PELS RIJCKEN

Landsadvocaat

**Advies**

| | |
|---|---|
| voor | Persoonsgegevens (het ministerie van Financiën (de Belastingdienst en de Dienst Toeslagen)) |
| van | Persoonsgegevens (kantoor landsadvocaat) |
| datum | 12 maart 2024 |
| inzake | Advies over geautomatiseerde selectietechniek |
| zaaknr | 11021340 |

## 1 Inleiding

1.1 Het ministerie van Financiën heeft ons gevraagd om te adviseren over het gebruik van geautomatiseerde analysetechnieken door de Belastingdienst en de Dienst Toeslagen. Kort gezegd stellen deze technieken de Belastingdienst en de Dienst Toeslagen in staat om geautomatiseerd te selecteren welke aangiften of aanvragen in aanmerking komen voor een handmatige controle en welke volledig geautomatiseerd kunnen worden afgedaan.

1.2 Aan de hand van een aantal concrete vragen is aan ons gevraagd het juridische kader te schetsen rondom bovengenoemde selectie, en om met name in te gaan op de duiding van de begrippen 'profilering' en 'in aanmerkelijke mate treffen' in de zin van de Algemene verordening gegevensbescherming (hierna: AVG).[1]

1.3 Op 25 januari jl. hebben wij ons advies uitgebracht (**bijlage**). Naar aanleiding van dit advies is een aantal verduidelijkende vragen gesteld, die hebben geleid tot een aantal aanvullingen op ons advies en een enkele wijziging daarvan (hierna: aanvullingen). Ook zijn door een aantal departementen aanvullende vragen gesteld. Voor zover relevant voor onderhavig advies hebben wij het antwoord op die vragen in onderstaand stuk verwerkt. Ons eerdere advies van 25 januari jl. is dan ook met onderhavig advies gewijzigd en wordt in zoverre door voorliggend advies vervangen. De aanvullingen zijn terug te vinden in de randnummers 1.5, 1.6, 3.2, 3.16, 6.10, 6.16 en bij de beantwoording van de vragen 4, 6, 7(a), 7(b), 9, 14 en 15 van dit advies.

[1] Het geschetste juridisch kader is beperkt tot datgene dat van belang is voor beantwoording van de concrete vragen. Zo is in dit advies bijvoorbeeld geen aandacht besteed aan de (kwaliteits)eisen die gelden voor de toepassing van specifieke selectiecriteria, aan de regels voor de verwerking van bijzondere persoonsgegevens bij de in artikel 22 AVG bedoelde besluitvorming en de uitzonderingen die op het verbod van artikel 22 AVG mogelijk zijn.

1.4 Wij zullen hierna eerst stilstaan bij de achterliggende feiten. Daarna behandelen wij het juridisch kader, om af te sluiten met de beantwoording van de gestelde vragen.

1.5 Ons advies ziet specifiek op de casus zoals deze door het ministerie van Financiën aan ons is voorgelegd. De conclusies uit ons advies kunnen daarom niet, althans niet zonder meer, worden toegepast op andere casus waarin bij de besluitvorming gebruik wordt gemaakt van geautomatiseerde middelen.

1.6 Verder merken wij op dat wij in het kader van de totstandkoming van dit advies geen rechtsvergelijkend onderzoek hebben gedaan naar de invulling van (de uitzonderingen op) artikel 22 AVG in omringende landen.

## 2 Feiten

2.1 Om de zeer grote hoeveelheid aangiften en aanvragen die de Belastingdienst en de Dienst Toeslagen jaarlijks ontvangen te kunnen verwerken, maken zij gebruik van geautomatiseerde analysetechnieken op basis waarvan wordt bepaald welke aangiften of aanvragen in aanmerking komen voor een handmatige controle en welke volledig geautomatiseerd kunnen worden afgedaan. Deze geautomatiseerde vorm van selectie brengt aldus het risico op een onjuiste of onvolledige aangifte of aanvraag in kaart.

2.2 Bij de selectie wordt gebruik gemaakt van een grote hoeveelheid selectiecriteria. Bij wijze van voorbeeld, zijn aan ons de volgende tien selectiecriteria toegestuurd:

1. Beoordeel hoog bedrag totaal aftrekposten in relatie tot het inkomen;
2. Aftrekbare kosten ROW beoordelen in verhouding tot opbrengst;
3. Eerste jaar aftrek rente en kosten eigen woning beoordelen;
4. Reserveringsruimte gebruikt, overschrijding maximumbedrag, zie leeftijd belastingplichtige;
5. Beoordeel aftrekbare kosten i.v.m. ontvangen alimentatie;
6. Aftrek erfpacht/opstal eigenwoning beoordelen - eerste jaar aftrek;
7. Beoordeel aftrek specifieke zorgkosten - vult veel verschillende subrubrieken in;
8. Geclaimde jonggehandicaptenkorting beoordelen - volgens UWV niet Wajong-gerechtigd;
9. Totaal persoonsgebonden aftrek beoordelen;
10. Beoordeel op basis van correcties in eerdere jaren, aangiftegedrag, betalingsgedrag, opgelegde boetes, postbusadres of de omstandigheid dat er veel personen staan ingeschreven op een adres.

2.3 Zoals gezegd, is dit een kleine greep uit de mogelijke selectieregels. De uitkomst van de invulling van een bepaalde selectieregel kan vervolgens wijzen in de richting van een onvolledige of onjuiste aangifte of aanvraag, of juist in de richting dat daarvan

geen sprake is. In zijn algemeenheid, wordt niet vooraf bepaald hoeveel selectieregels moeten uitwijzen dat sprake zou kunnen zijn van een onjuiste of onvolledige aangifte of aanvraag, om het besluit te nemen om de betrokkene handmatig te controleren.

2.4 Hiernaast wordt door de Belastingdienst en de Dienst Toeslagen ook gebruik gemaakt van zogenoemde knock-out criteria. Dit zijn bijvoorbeeld criteria die essentieel zijn voor het kunnen beoordelen van een aanvraag, en wanneer daaraan niet is voldaan, kan een aanvraag niet behandeld worden. In dat geval wordt automatisch een vraagbrief gestuurd om de ontbrekende informatie te achterhalen. Er zijn meerdere soorten knock-out criteria, en er kunnen dus ook verschillende redenen zijn waarom een aanvraag via de knock-out criteria uitgeworpen kan worden. Een aantal van deze criteria komt aan bod bij de beantwoording van de gestelde vragen.

2.5 Na de eerste selectie, komt het veelal voor dat een nadere selectie nodig is omdat meer aanvragen of aangiften in aanmerking komen voor handmatige controle dan de behandelcapaciteit toelaat.

2.6 Bij de Belastingdienst wordt dan een nadere selectie van aangiften verricht, op basis van nadere selectiecriteria waarbij rekening is gehouden met onder andere de werkvoorraad en de beschikbare behandelcapaciteit. Deze nadere selectie vindt ook geautomatiseerd plaats.

2.7 Tot zover de feiten van de zaak. Hieronder gaan wij in op het juridisch kader dat de relevante feiten omlijst.

## 3 Profilering

3.1 In dit hoofdstuk gaan wij in op de vraag wanneer sprake is van profilering aan de hand van het toepasselijk juridisch kader.

3.2 Dit juridisch kader wordt gevormd door de AVG, de jurisprudentie, en de richtsnoeren van de artikel 29 Werkgroep (hierna: WG29).[2] Deze richtsnoeren vormen geen bindend recht, maar daaraan wordt in de praktijk wel veel waarde gehecht.

---

[2] De Artikel 29 Werkgroep (inmiddels: Europees Comité voor gegevensbescherming, ook wel European Data Protection Board) is de overkoepelende organisatie waarin de nationale privacytoezichthouders van de landen in de Europese Economische Ruimte (EER) en de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming (EDPS) samenwerken. De EDPB zorgt ervoor dat onder meer de AVG consequent worden toegepast, bijvoorbeeld door het uitbrengen van rapporten over de uitleg van bepaalde artikelen uit de AVG. De taken van de EDPB staan beschreven in artikel 70 AVG. Eén van die taken is het uitvaardigen van richtsnoeren, aanbevelingen en beste praktijken ter verdere specificatie van de criteria en de voorwaarden voor besluiten op basis van profilering krachtens artikel 22, lid 2 AVG (zie artikel 70 lid 1 aanhef en onder f AVG). Vgl. ook overweging 72 van de considerans van de AVG: "Voor profilering gelden de regels van deze verordening betreffende de verwerking van persoonsgegevens, bijvoorbeeld de rechtsgronden voor verwerking of beginselen van gegevensbescherming. Het Europees Comité voor gegevensbescherming dat door deze verordening wordt ingesteld (het „Comité") dient de mogelijkheid te krijgen om in dat verband richtsnoeren op te stellen."

Algemeen

3.3 Artikel 22 AVG normeert het gebruik van uitsluitend op geautomatiseerde verwerking gebaseerde individuele besluitvorming (hierna: ook wel geautomatiseerde besluitvorming), en op profilering gebaseerde besluitvorming (hierna ook wel: profilering). De eerste twee leden van dit artikel luiden als volgt:

> "1. De betrokkene heeft 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.
>
> 2. Lid 1 geldt niet indien het besluit:
>
> a) noodzakelijk is voor de totstandkoming of de uitvoering van een overeenkomst tussen de betrokkene en een verwerkingsverantwoordelijke;
>
> b) 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; of
>
> c) berust op de uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene."

3.4 Het verbod ziet dus op besluiten die zijn gebaseerd op uitsluitend geautomatiseerde verwerkingen of profilering, en die rechtsgevolgen teweegbrengen, of de betrokkene anderszins in aanmerkelijke mate treffen.

3.5 Het tweede lid, onder b, biedt de ruimte om bij lidstatelijk recht een uitzondering te maken op het verbod. Van die ruimte is gebruik gemaakt via artikel 40 UAVG, voor zover relevant luidt dit artikel als volgt:

> "1. Artikel 22, eerste lid, van de verordening geldt niet indien de in die bepaling bedoelde geautomatiseerde individuele besluitvorming, anders dan op basis van profilering, noodzakelijk is om te voldoen aan een wettelijke verplichting die op de verwerkingsverantwoordelijke rust of noodzakelijk is voor de vervulling van een taak van algemeen belang.
>
> 2. Bij de geautomatiseerde individuele besluitvorming, bedoeld in het eerste lid, treft de verwerkingsverantwoordelijke passende maatregelen die strekken tot bescherming van de rechten en vrijheden en gerechtvaardigde belangen van de betrokkene."

3.6 Blijkens lid 1 valt besluitvorming op basis van profilering niet onder de uitzondering van artikel 40 UAVG. Dat betekent dat besluitvorming gebaseerd op profilering, indien het besluit rechtgevolgen teweegbrengt, of de betrokkene anderszins in aanmerkelijke mate treft, niet is toegestaan.

> Het is wel mogelijk om profilering in het kader van een wettelijke verplichting of in het kader van een taak van algemeen belang te legaliseren middels een specifieke wettelijke grondslag in een sectorale wet.[3]

3.7 Daarmee rijst de vraag wanneer sprake is van profilering in de zin van de AVG.

Definitie en duiding van het begrip profilering

3.8 In artikel 4, aanhef en onder 4, AVG staat de definitie van 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;"

3.9 Deze definitie bestaat in wezen uit drie elementen:

i. het moet een geautomatiseerde vorm van verwerking zijn;
ii. het moet betrekking hebben op persoonsgegevens; en
iii. het doel van de profilering moet het evalueren van persoonlijke aspecten van een natuurlijk persoon zijn.[4]

3.10 Het gaat dus om elke vorm van geautomatiseerde verwerking. Dit betekent dat ook indien sprake is van een menselijke tussenkomst, er nog steeds sprake kan zijn van profilering.[5]

3.11 Het woord 'evalueren' suggereert verder dat bij profilering een zekere beoordeling over een persoon wordt gemaakt. De WG29 geeft als voorbeeld dat profilering vaak wordt toegepast om voorspellingen over mensen te doen, door gebruik te maken van gegevens uit verschillende bronnen[6] om een persoon eigenschappen toe te kennen op basis van de kenmerken van anderen die in statistisch opzicht vergelijkbaar zijn.[7]

> De Nederlandse wetgever heeft zich uitgelaten over waarom dit onwenselijk is:

---

3 *Kamerstukken II* 2017-2018, 34 851, nr. 3 (MvT UAVG), p. 122.
4 Zie: WG29, 'Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679', laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 7.
5 Zie: WG29, 'Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679', laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 7.
6 Dit is slechts een voorbeeld, profilering kan ook plaatsvinden op basis van een enkele bron. Het gebruik van meerdere bronnen kan wel maken dat het profileringsproces indringender wordt, waardoor sneller sprake is van een in aanmerkelijke mate treffen, zie H.6 hierna.
7 Zie: WG29, 'Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679', laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 7.

> "De ratio van deze bepaling is dat het kwetsbaar is om besluitvorming te baseren op enkele persoonskenmerken, zoals de automatische weigering van een online ingediende kredietaanvraag of van verwerking van sollicitaties via internet zonder menselijke tussenkomst. De negatieve kenmerken van een bepaalde groep kunnen op deze wijze immers tegengeworpen worden aan een individu, die deze kenmerken helemaal niet hoeft te hebben."[8]

3.12 Een eenvoudige indeling van personen op grond van kenmerken zoals leeftijd, geslacht en lengte leidt niet noodzakelijkerwijs tot profilering. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat een bedrijf voor statistische doeleinden zijn klanten wil indelen op basis van leeftijd of geslacht en een overzicht van zijn klanten wil opstellen zonder voorspellingen te doen of conclusies te trekken over een bepaalde persoon. In dit geval is het doel niet het evalueren van individuele kenmerken en is er dus geen sprake van profilering.[9] Zoals gezegd, veronderstelt het begrip evalueren dat een zekere beoordeling over een persoon wordt gemaakt, en dat is bij dit voorbeeld niet het geval.

3.13 Het gaat dus *in ieder geval* om de evaluatie van persoonlijke aspecten, door middel van het toepassen van generieke kenmerken van een bepaalde groep op een individu. Ook in het volgende van de WG29 afkomstige voorbeeld is sprake van profilering:

> "Een informatiemakelaar verzamelt gegevens uit verschillende openbare en private bronnen, ofwel namens zijn klanten ofwel voor eigen doeleinden. De informatiemakelaar combineert de gegevens om profielen van personen te ontwikkelen, die hij indeelt in segmenten. Hij verkoopt deze informatie aan bedrijven die hun producten en diensten gerichter willen aanbieden. De informatiemakelaar past profilering toe door een persoon op grond van zijn interesses in een bepaalde categorie te plaatsen. (...)"[10]

3.14 In dit voorbeeld gaat het om het creëren van profielen van personen, om ze vervolgens in segmenten in te delen. Doordat een persoon op basis van zijn interesses in een categorie wordt geplaatst, is sprake van profilering.

3.15 Het op geautomatiseerde wijze creëren van een profiel van een persoon op basis van bepaalde eigenschappen kan dus ook als profilering worden gezien, en dat staat dus los van de vraag of een persoon generieke kenmerken van een bepaalde groep tegengeworpen krijgt.

3.16 Als gezegd moet het gaan om een evaluatie van persoonlijke aspecten. Uit de richtsnoeren van de WG29 kan worden afgeleid dat onder persoonlijke aspecten in ieder geval leeftijd, geslacht en lengte moet worden begrepen.[11] Wij leiden daaruit af

---

8 *Kamerstukken II* 2017-2018, 34 851, nr. 3 (MvT UAVG), p. 120.
9 Zie: WG29, 'Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679', laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 7.
10 Zie: WG29, 'Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679', laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 8.
11 WG29, 'Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679', laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 7: "Een eenvoudige indeling van personen op grond van kenmerken zoals leeftijd, geslacht en lengte leidt niet noodzakelijkerwijs tot

dat 'persoonlijke aspecten' in de zin van het profileringsbegrip ruim moet worden opgevat en dat daaronder ook bijvoorbeeld financiële informatie valt (inkomen, aftrekposten, etc.) en andere voor de belastingheffing c.q. toekenning van toeslagen relevante gegevens over het individu (zie ook randnummer 3.19 hierna).

3.17 Hierna bespreken wij een aantal toepassingen van het begrip profilering in de rechtspraak. De rechtbank Amsterdam heeft bijvoorbeeld over het opstellen van een risicoprofiel geoordeeld dat sprake is van profilering:

> "Bij toepassing van de 'fraud probability score' is sprake van profilering in de zin van artikel 4 onderdeel 4 AVG. Door geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens van [verzoekers] wordt immers een risicoprofiel opgesteld waarmee een voorspelling wordt gedaan over hun gedrag en betrouwbaarheid.[12]"

3.18 In een andere zaak heeft het Hof Amsterdam bepaald dat het systeem van Uber dat bedoeld was om fraude op te sporen bij chauffeurs, een vorm van profilering was. Het ging om software die o.a. een signaal gaf wanneer een chauffeur in korte tijd herhaaldelijk betrokken was geraakt bij geannuleerde ritten, aangezien dit op annuleringsfraude kan duiden. Dit voorbeeld merkt het Hof aan als profilering:

> "In de tweede plaats vormt een belangrijke aanwijzing het door Uber niet dan wel onvoldoende betwiste feit dat bij het nemen van onderhavige besluiten onder meer gebruik is gemaakt van profilering. Uber heeft namelijk (in de punten 41-42 van het verweerschrift in hoger beroep) toegelicht dat het Risk-team gebruik maakt van zogenaamde ERAF-software die op basis van tientallen regels meerdere frauduleuze activiteiten kan signaleren. Vanuit die software wordt automatisch een signaal gegeven. Uber noemt als voorbeeld het signaal dat de software afgeeft wanneer in een korte periode een chauffeur herhaaldelijk betrokken is geweest bij geannuleerde ritten. Dit kan dan volgens Uber duiden op annuleringsfraude. Dit voorbeeld illustreert, naar het oordeel van het hof, dat het gaat om een geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens van de chauffeurs waarbij aan de hand van die gegevens bepaalde persoonlijke aspecten van hen worden geëvalueerd, met de bedoeling hun beroepsprestaties, betrouwbaarheid en gedrag te analyseren of te voorspellen. Daarmee voldoet deze verwerking aan de definitie van profilering, zoals opgenomen in artikel 4 sub 4) van de AVG."[13]

3.19 Zoals volgt uit bovenstaand citaat, wordt de automatische verwerking van het feit dat een chauffeur herhaaldelijk betrokken is bij geannuleerde ritten al gezien als een evaluatie van persoonlijke aspecten van de betrokken chauffeur, met als doel het

---

profilering. Dat hangt af van het doel van die indeling. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat een bedrijf voor statistische doeleinden zijn klanten wil indelen op basis van leeftijd of geslacht en een overzicht van zijn klanten wil opstellen zonder voorspellingen te doen of conclusies te trekken over een bepaalde persoon. In dit geval is het doel niet het evalueren van individuele kenmerken en is er dus geen sprake van profilering."

12 Rb. Amsterdam 11 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1019, r.o. 4.45. In hoger beroep heeft het Hof de beschikking van de rechtbank deels vernietigd, maar de toepassing van het begrip profilering was geen onderdeel van het hoger beroep (zie ECLI:NL:GHAMS:2023:804).

13 Hof Amsterdam 4 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:793, r.o. 3.21.

voorspellen of analyseren van de beroepsprestaties, betrouwbaarheid en gedrag. Dit leidt tot de conclusie dat sprake is van profilering. Persoonlijke aspecten zijn dus niet enkel gegevens zoals leeftijd en inkomen, maar kunnen ook handelingen of nalaten van betrokkenen omvatten.

3.20 Als laatste wijzen wij op de conclusie van A-G Pikamäe in de *SCHUFA*-zaak. Hij concludeert dat sprake is van profilering bij een scoringsysteem, waarbij op basis van bepaalde criteria een score wordt bepaald op basis waarvan conclusies kunnen worden getrokken over de kredietwaardigheid van een persoon:

> "In dit verband zij opgemerkt dat de door SCHUFA verrichte scoring onder de wettelijke definitie van artikel 4, punt 4, AVG valt, aangezien bij deze procedure persoonsgegevens worden gebruikt om bepaalde aspecten van een natuurlijke persoon te evalueren teneinde elementen betreffende hun economische situatie, betrouwbaarheid en waarschijnlijke gedrag te analyseren of te voorspellen. Uit het dossier van de zaak komt namelijk naar voren dat de door SCHUFA gebruikte methode op basis van bepaalde criteria een 'score' oplevert, dat wil zeggen een resultaat waarmee conclusies kunnen worden getrokken over de kredietwaardigheid van de betrokkene. Ten slotte wil ik erop wijzen dat geen van de belanghebbende partijen de kwalificatie van de betrokken procedure als 'profilering' betwist, zodat in casu kan worden aangenomen dat aan deze voorwaarde is voldaan."[14]

3.21 Deze conclusie is zeer recent bevestigd door het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU).[15] Hierbij gaat het HvJEU nog iets nader in op de feitelijke werkwijze die als profilering wordt aangemerkt:

> "SCHUFA is een privaatrechtelijke vennootschap naar Duits recht die aan haar contractuele partners informatie verstrekt over de kredietwaardigheid van derden, met name consumenten. Daartoe doet zij op basis van bepaalde kenmerken van een persoon en aan de hand van een wiskundig-statistische methode een voorspelling over de waarschijnlijkheid van diens toekomstig gedrag („score"), zoals de terugbetaling van een lening. Het vaststellen van scores is gebaseerd op de veronderstelling dat een soortgelijk gedrag kan worden voorspeld door een persoon in te delen bij een groep van andere personen met vergelijkbare kenmerken die zich op een bepaalde manier hebben gedragen."[16]

3.22 Concluderend stellen wij vast dat de wettelijke definitie van profilering ruim is bedoeld. Het gaat immers om *elke* vorm van geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens waarbij bepaalde persoonlijke aspecten van een individu worden geëvalueerd. In de rechtspraak wordt deze definitie vervolgens eveneens ruim uitgelegd.

---

[14] Conclusie van A-G Pikamäe (HvJEU) 16 maart 2023, ECLI:EU:C:2023:220 (*SCHUFA*), r.o. 33.
[15] HvJEU 7 december 2023, ECLI:EU:C:2023:957 (*SCHUFA Scoring*), r.o. 47.
[16] HvJEU 7 december 2023, ECLI:EU:C:2023:957 (*SCHUFA Scoring*), r.o. 14.

3.23 Profilering moet dus een evaluatie van persoonlijke aspecten omvatten. Dit veronderstelt een zeker subjectief aspect in de evaluatie, en een zekere mate van beoordeling van een betrokkene.

## 4 Geautomatiseerde besluitvorming

4.1 Conform de adviesvraag, zijn wij hiervoor ingegaan op de vraag wanneer sprake is van profilering. Ter volledigheid merken wij op dat naast profilering ook sprake kan zijn van uitsluitend op geautomatiseerde verwerking gebaseerde besluitvorming. Wij gaan daar nu kort op in.

4.2 Blijkens artikel 22 AVG is het niet toegestaan om betrokkenen te onderwerpen aan besluiten die uitsluitend zijn gebaseerd op geautomatiseerde verwerking (waaronder profilering), indien aan dit besluit rechtsgevolgen zijn verbonden of dit de betrokkene anderszins in aanmerkelijke mate treft.

4.3 De Nederlandse wetgever heeft gebruik gemaakt van de mogelijkheid om van dit verbod af te wijken, via artikel 40, lid 1, UAVG. Die afwijking geldt slechts als de geautomatiseerde besluitvorming niet op basis van profilering plaatsvindt:

> "1. Artikel 22, eerste lid, van de verordening geldt niet indien de in die bepaling bedoelde geautomatiseerde individuele besluitvorming, anders dan op basis van profilering, noodzakelijk is om te voldoen aan een wettelijke verplichting die op de verwerkingsverantwoordelijke rust of noodzakelijk is voor de vervulling van een taak van algemeen belang."

4.4 Geautomatiseerde besluitvorming ziet op het nemen van besluiten met technische middelen en zonder menselijke tussenkomst. Dit begrip is verder niet gedefinieerd in de AVG. Dat geautomatiseerde besluitvorming ziet op besluitvorming zonder menselijke tussenkomst, volgt ook uit het volgende citaat:

> "Artikel 22, eerste lid, van de verordening bevat derhalve geen verbod op profilering, noch een verbod op het gebruiken van geautomatiseerde processen als onderdelen van het proces dat aan de besluitvorming zelf voorafgaat. In velerlei contexten heeft het gebruikmaken van geautomatiseerde processen toegevoegde waarde (denk aan verzekeringsbranche) en de verordening laat dit, als onderdeel van besluitvorming zolang er in ieder geval sprake is van een vorm van menselijke tussenkomst, ongemoeid."[17] (onderstreping toegevoegd).
>
> Voor de goede orde merken wij op dat dit citaat enkel ziet op geautomatiseerde besluitvorming. Van profilering kan ook sprake zijn in geval van menselijke tussenkomst, zie randnummer 3.9 hiervoor.

[17] *Kamerstukken II* 2017-2018, 34 851, nr. 3 (MvT UAVG), p. 120.

4.5 Het verbod op geautomatiseerde besluitvorming omvat dus niet de gevallen waarin sprake is een menselijke tussenkomst in het besluitvormingsproces. Er is sprake van een menselijke tussenkomst wanneer het menselijke toezicht op de besluitvorming zinvol is, en niet slechts symbolisch. Deze tussenkomst moet worden uitgevoerd door iemand die bevoegd en bekwaam is om het besluit te veranderen. Deze persoon moet alle relevante gegevens in zijn of haar analyse betrekken.[18]

4.6 De WG29 geeft het volgende voorbeeld van een menselijke tussenkomst:

> "Een geautomatiseerd proces produceert iets wat in feite een aanbeveling betreffende een betrokkene is. Als een mens het proces beoordeelt en bij het nemen van het definitieve besluit rekening houdt met andere factoren, zou dat besluit niet "uitsluitend op geautomatiseerde verwerking gebaseerd" zijn."[19]

4.7 Wanneer iemand altijd zonder meer geautomatiseerde gegenereerde aanbevelingen opvolgt, is er geen sprake van een menselijke tussenkomst en levert dat dus geautomatiseerde besluitvorming op.

4.8 Volgens de WG29 kunnen de begrippen geautomatiseerde besluitvorming en profilering overlappen. Het zijn geen noodzakelijkerwijs gescheiden activiteiten, en het verschil is fluïde; geautomatiseerde besluitvorming kan ontwikkelen tot profilering.[20] Dit wordt geïllustreerd aan de hand van het volgende voorbeeld:

> "Het opleggen van snelheidsboeten louter op grond van bewijs van flitscamera's is geautomatiseerde besluitvorming waarbij niet noodzakelijkerwijs profilering wordt toegepast.
>
> Er zou echter sprake zijn van een besluit op basis van profilering als de rijgewoonten van de persoon langere tijd werden waargenomen en de hoogte van de boete bijvoorbeeld is bepaald op grond van een beoordeling waarin ook andere factoren zijn meegenomen, zoals de vraag of de persoon herhaaldelijk snelheidsovertredingen heeft begaan of de vraag of de bestuurder recentelijk andere verkeersovertredingen heeft begaan."[21]

4.9 Tot zover de duiding van de begrippen profilering en geautomatiseerde besluitvorming. Het verbod van artikel 22, lid 1, AVG geldt pas als deze handelingen leiden tot een besluit waaraan rechtsgevolgen zijn verbonden, of een besluit dat de betrokkene anderszins in aanmerkelijke mate treft. Wij gaan deze elementen langs.

---

18 Zie: WG29, 'Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679', laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 24-25.
19 Zie: WG29, 'Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679', laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 24.
20 Zie: WG29, 'Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679', laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 9.
21 Zie: WG29, 'Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679', laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 9.

## 5 Besluit met rechtsgevolgen

5.1 Allereerst verdient opmerking dat het begrip 'besluit' breder moet worden opgevat dan in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), het begrip kan bijvoorbeeld dus ook privaatrechtelijke rechtshandelingen omvatten.[22] Het HvJEU heeft bepaald dat het begrip een ruime strekking heeft, en verschillende handelingen kan omvatten die de betrokkene op verschillende manieren kunnen treffen.[23]

5.2 Op basis van het bovenstaande menen wij dat de drempel om te kunnen spreken van een besluit in de zin van de AVG laag is. Van groter belang is de vraag wanneer sprake is van een besluit *met rechtsgevolgen*. Daar gaan wij nu op in.

5.3 Ook het begrip 'rechtsgevolgen' is niet gedefinieerd in de AVG. De WG29 schrijft evenwel dat bij een rechtsgevolg sprake is van een invloed op iemands wettelijke rechten of plichten, of op iemands juridische status of zijn rechten uit hoofde van een overeenkomst. Hierbij wordt een drietal voorbeelden gegeven:

- beëindiging van een overeenkomst;
- het recht op of de weigering van een bepaalde wettelijk toegekende sociale uitkering, zoals kinderbijslag of huurtoeslag;
- weigering van toelating tot een land of van toekenning van een nationaliteit.[24]

## 6 Besluit dat de betrokkene anderszins in aanmerkelijke mate treft

6.1 Een besluit dat is gebaseerd op uitsluitend geautomatiseerde verwerking is ook verboden, wanneer het de betrokkene anderszins in aanmerkelijke mate treft. Dus ook wanneer er geen verandering optreedt in iemands wettelijke rechten of plichten, kan sprake zijn van verboden geautomatiseerde besluitvorming.

6.2 De toevoeging 'anderszins' geeft aan dat de drempel om te kunnen spreken van een aanmerkelijke mate vergelijkbaar is met de mate waarin een betrokkene wordt getroffen bij een besluit met een rechtsgevolg.[25] Het moet in beide gevallen gaan om ernstige, aanzienlijke effecten.[26]

6.3 Volgens de WG29 is hiervan sprake wanneer de effecten van de verwerking groot of belangrijk genoeg zijn om aandacht te verdienen, in andere woorden moet het besluit het potentieel hebben om:

---

22 *Kamerstukken II* 2017-2018, 34 851, nr. 3 (MvT UAVG), p. 120.
23 HvJEU 7 december 2023, ECLI:EU:C:2023:957 (*SCHUFA Scoring*), r.o. 45-46.
24 Zie: WG29, 'Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679', laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 25.
25 Zie: WG29, 'Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679', laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 25.
26 Zie: WG29, 'Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679', laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 25.

- de omstandigheden, het gedrag of de keuzen 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 van personen te leiden.[27]

6.4 Hierbij worden de volgende voorbeelden gegeven:

- besluiten die iemands financiële situatie treffen, zoals zijn mogelijkheid om in aanmerking te komen voor een lening;
- besluiten die iemands toegang tot gezondheidszorgdiensten treffen;
- besluiten waarmee iemand de toegang tot een werkgelegenheidskans wordt geweigerd of waarmee hij daarbij ernstig wordt benadeeld;
- besluiten die iemands toegang tot onderwijs, bijvoorbeeld toelating tot een universiteit, treffen.[28]

6.5 De WG29 noemt ook het voorbeeld dat een bedrijf tienduizenden sollicitaties ontvangt, en vanwege dit hoge aantal, volledig geautomatiseerde middelen worden gebruikt om ongeschikte kandidaten eruit te filteren.[29]

6.6 In overweging 71 van de AVG wordt ook een tweetal voorbeelden gegeven:

- de automatische weigering van een online ingediende kredietaanvraag;
- verwerking van sollicitaties via internet zonder menselijke tussenkomst.

6.7 In het kader van op profilering gebaseerde reclame, overweegt de WG29 dat ook sprake kan zijn van een besluit dat de betrokkene in aanmerkelijke mate treft. Hierbij noemt de WG29, ter illustratie, de volgende omstandigheden die zouden kunnen leiden tot de conclusie dat sprake is van een in aanmerkelijke mate treffen:

- het indringende karakter van het profileringsproces, zoals opsporing via verschillende websites, apparaten en diensten;
- de verwachtingen en wensen van de betrokken personen;
- de manier waarop de advertentie wordt gepresenteerd; of
- het gebruik van kennis over de kwetsbaarheden van de benaderde betrokkenen.

6.8 Hierbij merkt de WG29 nog op dat verwerkingen die personen in het algemeen weinig treffen, bepaalde groepen zoals kwetsbare volwassenen alsnog in aanmerkelijke mate

---

[27] Zie: WG29, 'Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679', laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 26.
[28] Zie: WG29, 'Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679', laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 26.
[29] Zie: WG29, 'Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679', laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 28.

kunnen treffen. Als voorbeeld wordt het geval genoemd dat een persoon met een precaire financiële situatie regelmatig advertenties krijgt voor leningen met een hogere rente, met nog diepere schulden als gevolg.[30]

6.9 Blijkens de wettekst, gaat het bij het verbod van artikel 22 AVG enkel om het gevolg van een besluit, dat de betrokkene in aanmerkelijke mate moet treffen. Maar bij de bovenstaande opsomming betrekt de WG29 ook andere omstandigheden dan het enkele gevolg, zoals het karakter van het profileringsproces zelf en de verwachtingen van betrokkenen. Bovenstaande opsomming is slechts een voorbeeld van mogelijke relevante omstandigheden in het kader van op profilering gebaseerde reclame. Maar het punt is dat de WG29 wel andere omstandigheden dan het enkele gevolg van profilering laat meewegen, en daarmee wordt het begrip dus verruimd ten opzichte van de wettekst, en is het vatbaar voor een casuïstische beoordeling door de rechter, die rekening kan houden met alle omstandigheden van het geval.

> In dit kader zien de "omstandigheden van het geval" op het concrete profileringsproces.

6.10 Hierna bespreken wij een aantal uitspraken waarin de vraag aan de orde was wanneer sprake is van een in aanmerkelijke mate treffen. Hierbij moet vanzelfsprekend worden bedacht dat deze uitspraken niet een-op-een toepasbaar zijn op de voorliggende casus.

6.11 Zo heeft de rechtbank Den Haag, in een zaak die draaide om de inzet van het Systeem Risicoindicatie (SyRI) door het ministerie van SZW, geoordeeld dat dit systeem betrokkenen in aanmerkelijke mate treft omdat een risicomelding gedurende twee jaar kan worden opgeslagen, en voor twintig maanden mocht worden gebruikt. Ook mocht de risicomelding worden gedeeld met het OM en de politie. Dat een risicomelding niet steeds tot verder onderzoek of een sanctie hoefde te leiden, en dat het ook niet als enige grond voor een handhavingsbesluit mocht worden gebruikt, deed niet af aan het oordeel van de rechtbank. De rechtbank verwees hierbij expliciet naar de hiervoor uitgezette richtsnoeren van de WG29:

> "Hoewel naar het oordeel van de rechtbank de inzet van SyRI, anders dan door NJCM c.s. is betoogd, als zodanig niet op rechtsgevolg is gericht - niet civielrechtelijk en evenmin bestuurs- of strafrechtelijk - heeft een risicomelding wel een aanmerkelijk effect op het privéleven van degene op wie de melding betrekking heeft. De rechtbank ontleent die conclusie mede aan de richtsnoeren van de artikel 29 Data Protection Working Party (zie hiervoor 6.36). Een risicomelding kan voor gedurende twee jaar worden opgeslagen en mag voor (maximaal) twintig maanden door de deelnemers van het desbetreffende SyRI-project worden gebruikt. Verder mag ook aan het OM en aan de politie desgevraagd mededeling van de risicomelding

[30] Zie: WG29, 'Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679', laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 26.

> worden gedaan. Dat een risicomelding niet steeds tot verder onderzoek hoeft te leiden, of tot een (bestuursrechtelijke of strafrechtelijke) sanctie en ook niet als enige basis voor een handhavingsbesluit mag worden gebruikt, doet niet af aan het aanmerkelijke effect op het privéleven van een betrokkene."[31]

6.12 In een zaak tegen Uber, heeft het Hof Amsterdam over een aantal geautomatiseerde systemen van Uber geoordeeld dat deze de betrokken taxichauffeurs in aanmerkelijke mate troffen. Het ging om verschillende systemen die, over het geheel gezien, invloed hadden op het verdienvermogen van de taxichauffeurs. Dit gegeven was beslissend voor het oordeel dat sprake is van een in aanmerkelijke mate treffen. Dat het Hof de beoordelingsdrempel niet heel hoog legt, blijkt o.i. uit de volgende rechtsoverweging:

> "In de derde plaats wensen [appellant sub 1] c.s. informatie over het vaststellen van (gemiddelde) beoordelingen van chauffeurs: Uber heeft toegelicht dat beoordelingen worden gegeven door de passagiers, en niet door Uber, en dat Uber die beoordelingen slechts combineert om tot een gemiddelde rating van de chauffeur te komen. Uit de privacy verklaring (zie hiervoor, 2.6) blijkt dat de gecombineerde beoordelingen gronden kunnen vormen voor deactivering van de chauffeurs. Daarmee kunnen deze gecombineerde beoordelingen, weliswaar op indirecte wijze, naar het oordeel van het hof aanzienlijke effecten voor de chauffeurs teweeg brengen. De vaststelling van die gemiddelde ratings treft de chauffeurs dan ook in aanmerkelijke mate."[32]

6.13 Het automatisch bundelen van de beoordelingen van klanten van taxichauffeurs treft hen in aanmerkelijke mate omdat dit (weliswaar indirect) zou kunnen leiden tot deactivering van het account van de chauffeurs.

6.14 Een andere zaak die speelde bij het Hof Amsterdam, draaide onder andere om een 'fraud probability score' die werd ontwikkeld door Ola ten behoeve van een digitaal taxiplatform. Het ging om een score over chauffeurs die bij Ola intern werd gebruikt, en leidde tot het stempel 'verdacht' of 'niet verdacht'. Het Hof oordeelde dat dit systeem de betrokkenen in aanmerkelijke mate treft:

> "Ola heeft niet ontkend dat er dergelijke profielen bestaan van [appellant sub 1] c.s. Sterker nog, Ola heeft [appellant sub 1] c.s. laten weten dat zij (inmiddels) in het segment 'niet verdacht' zijn opgenomen. Naar het oordeel van het hof treft deze score [appellant sub 1] c.s. in aanmerkelijke mate. Van deze score hangt immers af of Ola al dan niet overgaat tot nadere maatregelen jegens de chauffeur. Daar komt bij dat de score, als die negatief is, een ernstige aantijging impliceert jegens de chauffeur, die ook nog andere zware repercussies kan hebben, zoals [appellant sub 2] ter zitting heeft toegelicht en niet door Ola is betwist, zoals een melding bij de toezichthouder Transport for [plaats A] en de intrekking van de taxilicentie. Aanvankelijk had

[31] Rechtbank Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, r.o. 6.59. Opmerking verdient nog dat uit de bewoordingen van de rechtbank niet duidelijk blijkt of dit oordeel is gegeven in het kader art. 22 AVG, of art. 8 EVRM.

[32] Gerechtshof Amsterdam 4 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:796, r.o. 3.35.

> Ola [appellant sub 2] verdacht van fraude en het heeft [appellant sub 2] bijzonder veel moeite gekost om deze verdachtmaking gewist te krijgen uit het systeem van Ola. Doordat hij geen informatie had over hoe de beschuldiging tot stand was gekomen, heeft hij zich ook niet goed kunnen verweren. Dat de score bij [appellant sub 1] c.s. uiteindelijk positief is uitgevallen, doet niet af aan het belang van die score. Uit het document 'How we process your data' blijkt bovendien dat de score van belang is bij de toedeling van ritten door Ola. Het argument van Ola, opgeworpen in (punt 7.4.1 van) haar incidenteel hoger beroep, dat het hier gaat om besluitvorming voor intern gebruik slaagt niet, aangezien die omstandigheid de score niet onttrekt aan de werkingssfeer van artikel 22 lid 1 AVG."[33]

6.15 Het gegeven dat het systeem ook een voor de betrokkene positief oordeel kan vellen, namelijk 'niet verdacht', deed dus niet af aan het belang van de score. Ook deed aan het oordeel van het Hof niet af dat de score slechts werd gebruikt voor interne besluitvorming.

6.16 Als laatste wijzen wij op het eerder aangehaalde arrest van het HvJEU inzake SCHUFA Scoring. Het bedrijf SCHUFA berekent scores die een voorspelling doen over het waarschijnlijke gedrag van consumenten. Kredietverstrekkers kunnen de diensten van SCHUFA gebruiken om kredietaanvragen te beoordelen. In deze zaak stond vast, dat een ontoereikende score vrijwel altijd een weigering van het gevraagde krediet tot gevolg had, en de handelswijze van de kredietverstrekker dus hoofdzakelijk door die waarde wordt bepaald. Hiermee heeft de vaststelling van de score door SCHUFA, via de handelswijze van derden, op zijn minst in aanmerkelijke mate gevolgen voor de betrokkene.[34]

> De meeste voorbeelden uit de rechtspraak zien op profilering door private partijen, desalniettemin menen wij dat deze rechtspraak onverminderd relevant is voor overheidsorganen. De omstandigheid dat sprake is van een publieke taak, maakt niet dat de beoordeling of sprake is van profilering anders zou moeten uitvallen.

6.17 Aan dit oordeel is opvallend dat ook wanneer de profilerende partij niet zelf een besluit met aanmerkelijke gevolgen neemt, maar een derde op basis van de informatie van de profilerende partij, dit alsnog wordt meegewogen bij de vraag of de profilerende partij een besluit neemt met aanmerkelijke gevolgen.

6.18 Concluderend stellen wij vast dat bij de beantwoording van de vraag of een op uitsluitend geautomatiseerde verwerking gebaseerd besluit de betrokkene in aanmerkelijke mate treft, alle omstandigheden die horen bij het concrete profileringsproces moeten worden meegewogen.

---

[33] Gerechtshof Amsterdam 4 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:804, r.o. 3.37.
[34] HvJEU 7 december 2023, ECLI:EU:C:2023:957 (*SCHUFA Scoring*), r.o. 48.

## 7 Beantwoording van de vragen

*1. Kan de landsadvocaat de stelling onderschrijven dat deze selectie een vorm is van geautomatiseerde verwerking, maar geen besluit is in de zin van de Algemene wet bestuursrecht en geen rechtsgevolgen heeft?*

Zoals eerder opgemerkt, kent de AVG een eigen besluitbegrip, en is dus niet doorslaggevend of sprake is van een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Wij gaan daarom in op de vraag of de automatische selectie – wat op zichzelf een uitsluitend op geautomatiseerde verwerking gebaseerd besluit is – een besluit is met rechtsgevolgen, in de zin van de AVG.

Zoals uiteengezet in hoofdstuk 5, is van een rechtsgevolg sprake bij een verandering van iemands wettelijke rechten of juridische status. Iedere aangifte of aanvraag wordt gecontroleerd, en de mogelijkheid dat dit al dan niet handmatig zou plaatsvinden maakt als zodanig niet dat er een verandering optreedt in de wettelijke rechten of juridische status.

Maar zoals in de aan ons toegezonden notitie terecht is opgemerkt (p. 2), kan dat veranderen wanneer de aangifte of de aanvraag op volledig geautomatiseerde wijze wordt afgehandeld. De vaststelling van de aangifte of de aanvraag is een besluit dat op rechtsgevolg is gericht. Wij achten het daarom waarschijnlijk dat zal worden geoordeeld dat er sprake is van een besluit met rechtsgevolg in de zin van artikel 22 AVG.

*2. Zo ja, kan de landsadvocaat aangeven of deze manier van geautomatiseerde selectie valt onder de definitie van profilering en of de selectie de betrokkene in aanmerkelijke mate raakt?*

De vraag of sprake is van profilering, wordt beantwoord aan de hand van de toegezonden selectiecriteria bij vraag 6. De vraag of de selectie de betrokkene in aanmerkelijke mate raakt, wordt beantwoord bij vraag 4.

*3. Kan de landsadvocaat adviseren over de vraag of de definitie van profileren in de zin van de AVG breed, in de zin dat iedere beoordeling van beroepsprestaties, economische situatie, gezondheid, persoonlijke voorkeuren, interesses, betrouwbaarheid, gedrag, locatie of verplaatsingen per definitie als profilering te gelden heeft, of smal moet worden opgevat.*

Wij hebben deze vraag beantwoord in randnummers 3.8 – 3.23. Wij herhalen hier onze conclusie:

Concluderend stellen wij vast dat de wettelijke definitie van profilering ruim is bedoeld. Het gaat immers om elke vorm van geautomatiseerde verwerking van

persoonsgegevens waarbij bepaalde persoonlijke aspecten van een individu worden geëvalueerd. In de rechtspraak wordt deze definitie vervolgens eveneens ruim uitgelegd.

*4. Kan de landsadvocaat verder een eenduidig antwoord geven op de vraag of de selectie zelf, van wel of niet te behandelen aangiften of aanvragen, in die gevallen dat de selectie plaatsvindt met een geautomatiseerd selectie-instrument dat gebruik maakt van profilering, kan worden aangemerkt als een besluit waaraan rechtsgevolgen zijn verbonden of dat een betrokkene anderszins in aanmerkelijke mate treft in de zin van artikel 22 AVG?*

Wij menen dat het enkele, op profilering gebaseerde, besluit om een betrokkene al dan niet handmatig te controleren op zich geen rechtsgevolg met zich brengt, maar achten het niettemin waarschijnlijk dat sprake is van een besluit met rechtsgevolg in de zin van artikel 22 AVG, omdat de vaststelling van de aangifte of de aanvraag wel een besluit is dat op rechtsgevolg is gericht en die vaststelling geautomatiseerd kan plaatsvinden. Dit antwoord hebben wij uitgewerkt bij de behandeling van vraag 1.

Wij gaan nu in op de vraag of de selectie zelf, als sprake is van profilering, de betrokkene in aanmerkelijke mate treft. Hierbij tekenen wij aan dat de vraag of de automatische selectie zoals in deze casus aan de orde een besluit vormt in de zin van artikel 22, lid 1, AVG, in de rechtspraak nog niet eenduidig is beantwoord. Zie ook ons antwoord op de vragen 14 en 15.

Zoals gezegd nemen wij verder tot uitgangspunt dat niet slechts moet worden gekeken naar het gevolg van de eerste selectie, maar dat ook moet worden gekeken naar de uiteindelijke mogelijke gevolgen van het gehele selectiesysteem.

In de arresten betreffende de Uber- en Ola-zaak[35], komt immers naar voren dat het Hof relevant acht dat de resultaten van profilering *kunnen* worden gebruikt voor besluiten die betrokkenen in aanmerkelijke mate zouden treffen.

> Hierbij tekenen wij aan, dat de rechter nog niet specifiek heeft geoordeeld over in hoeverre de uiteindelijke mogelijke (rechts)gevolgen van een besluit moeten worden meegewogen bij de beoordeling van een besluit dat op zich geen rechts- of aanmerkelijke gevolgen met zich meebrengt (zoals het geval is bij het enkele besluit om iemand al dan niet handmatig te controleren met behulp van profilering). Op basis van o.a. bovenstaande jurisprudentie, waarin de rechter de mogelijke uiteindelijke gevolgen wel betrekt in het oordeel, zijn wij van oordeel dat er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de rechter deze mogelijke gevolgen wél zal meewegen.

[35] Respectievelijk: Gerechtshof Amsterdam 4 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:796, en: Gerechtshof Amsterdam 4 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:804.

Wanneer wij dat vertalen naar de voorliggende casus, dan is het uiteindelijke besluit om al dan niet handmatig te controleren, (mede) afhankelijk geweest van de uitkomsten van het automatische selectiesysteem. Het besluit dat wij hier meewegen, is dus het besluit om al dan niet over te gaan tot handmatige controle, (mede) op basis van de resultaten van het automatische selectiesysteem.

Ten tweede geldt, zoals wij hebben uiteengezet in randnummer 6.9, dat bij de beoordeling of een betrokkene in aanmerkelijke mate wordt getroffen niet slechts naar de (directe) gevolgen van een besluit moet worden gekeken, maar naar alle omstandigheden die zien op het profileringsproces.

Ten derde is van belang om op te merken dat ook positieve gevolgen van profilering kunnen maken dat een betrokkene in aanmerkelijke mate wordt getroffen. Bijvoorbeeld in de hiervoor besproken Ola-zaak, deed het oordeel dat de betrokkene 'niet verdacht' was, niet af aan het belang van de score op basis waarvan dit oordeel werd gegeven.[36]

Dus ook wanneer profilering wordt toegepast in het kader van dienstverlening aan burgers kan sprake zijn van een besluit dat de burger in aanmerkelijke mate treft. Daaraan doet niet af dat belastingplichtigen ook gebaat kunnen zijn bij het selectiesysteem. Het systeem is volgens u niet alleen essentieel om de zeer grote hoeveelheden aangiften en aanvragen te verwerken, maar het systeem is ook behulpzaam bij het voorkomen van onbedoelde fouten in aangiftes en aanvragen.

Het selectiesysteem is dus van waarde bij het efficiënt behandelen van aanvragen en aangiftes en voorkomen van terugvorderingen, maar het systeem beoordeelt ook de kans dat mogelijk sprake is van een onjuiste aanvraag of aangifte. Indien die kans boven een bepaalde drempelwaarde komt, kan worden besloten tot handmatige controle, en dat kan aanmerkelijke (negatieve) gevolgen hebben in een concreet geval. Daar gaan wij hierna nader op in.

Langs deze uitgangspunten, achten wij het waarschijnlijk dat bij de eerste selectie zelf al sprake is van een besluit dat de betrokkene in aanmerkelijke mate treft. Hierbij tekenen wij wel aan dat een in aanmerkelijke mate treffen een open norm betreft, en deze casus geen jurisprudentieel precedent kent. In zoverre is de voorliggende vraag een open vraag, die uiteindelijk door de (Europese) rechter zal moeten worden beantwoord.

Op basis van het selectiesysteem kan worden besloten om over te gaan tot handmatige controle van de betrokkene. Wanneer deze handmatige controle aanleiding geeft tot een uitvraag van nadere informatie, dan heeft de betrokkene een wettelijke meewerkplicht.[37] In dit geval kan het dus zo zijn dat (indirect) een

---

[36] Gerechtshof Amsterdam 4 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:804, r.o. 3.37.
[37] Zie bijv. artikel 47 Algemene wet inzake rijksbelastingen.

wettelijke plicht wordt geactiveerd. Dit kan ertoe leiden dat de betrokkene meer informatie moet verstrekken, en dus dat de betrokkene meer tijd kwijt is aan de aangifte of aanvraag. Ook kan het dan langer duren voordat een besluit wordt genomen op de aangifte of aanvraag. Hiernaast is de kans groter dat eventuele (andere) onregelmatigheden aan het licht komen, met als mogelijk uiteindelijk gevolg dat de aangifte of aanvraag inhoudelijk negatiever wordt beoordeeld. Dit kan uiteraard ook financiële gevolgen hebben voor de betrokkene. Als laatste kan het feit dat een betrokkene handmatig is gecontroleerd ertoe leiden dat de betrokkene in latere jaren eveneens handmatig wordt gecontroleerd.

Volgens de WG29 moet ook worden meegewogen dat bepaalde verwerkingen in het algemeen mogelijk weinig ingrijpend zijn, maar dat dit anders kan zijn voor bepaalde groepen zoals financieel kwetsbare volwassenen (zie randnummer 6.8). Deze overweging is relevant voor de voorliggende casus, omdat ook geselecteerd wordt op bepaalde groepen waarvan bekend is dat zij meer fouten maken, zoals startende ondernemers. Wanneer deze groep automatisch geselecteerd wordt voor een handmatige beoordeling, is er een kans dat meer fouten aan het licht komen.

Het feit dat op basis van het automatische selectiesysteem ook kan worden geoordeeld dat géén handmatige selectie plaatsvindt, doet aan het voorgaande niet af. Zoals uiteengezet in randnummer 6.14, heeft het Hof immers bepaald dat eventuele positieve gevolgen niet afdoen aan het belang van de score i.c.

Maar er zijn ook argumenten tegen de stelling dat de besluiten die via het profilerende selectiesysteem worden genomen, besluiten zijn die betrokkenen in aanmerkelijke mate treffen in de zin van art. 22 AVG.

Ten eerste kan worden betoogd dat het besluit om over te gaan tot handmatige controle geen materiële gevolgen heeft voor het uiteindelijk te nemen inhoudelijke besluit op de aanvraag of aangifte. Hierdoor is dit besluit van ondergeschikte betekenis, en is geen sprake van een in aanmerkelijke mate treffen. Wij menen dat dit argument technisch gezien hout snijdt, maar dat hiertegenover wel kan worden gewezen op het feit dat een handmatig gecontroleerde aanvraag of aangifte een hogere kans heeft op de detectie van ongeregeldheden. *In de praktijk* is er dus wel een mogelijk inhoudelijk gevolg voor de beoordeling van de aanvraag of aangifte.

Ten tweede kan van alle hiervoor genoemde omstandigheden worden gesteld dat deze de betrokkene niet in aanmerkelijke mate treffen, nu iedere betrokkene in principe handmatig gecontroleerd kan en mag worden. Dat daarbij gebruik wordt gemaakt van een automatisch selectiesysteem doet hier niets aan af. Hier kan echter tegenin worden gebracht dat ook de selectieve inzet van een wettelijke bevoegdheid een aanmerkelijk gevolg kan hebben voor een betrokkene. Feitelijk wordt de betrokkene bijvoorbeeld blootgesteld aan een verhoogde kans op nadelige gevolgen, doordat handmatig wordt gecontroleerd. Deze kans doet zich in mindere mate voor in de

gevallen van een (volledig) geautomatiseerde controle. En andersom: een gemiste kans op voordeel, kan ook als nadeel worden bestempeld.

Zoals gezegd, vergt de beantwoording op deze vraag de toepassing van een open norm, wat uiteindelijk is voorbehouden aan de rechter. Hierbij heeft de rechter vooralsnog geen concrete door de rechtspraak ontwikkelde handvatten, waardoor een antwoord op deze vraag niet met zekerheid is te geven.

Dit gezegd hebbend, is onze inschatting dat de besluiten die via het profilerende selectiesysteem worden genomen, naar alle waarschijnlijkheid besluiten zijn die betrokkenen in aanmerkelijke mate treffen in de zin van art. 22 AVG.

> Opmerking verdient hier nog dat een besluit in de zin van artikel 22 lid 1 AVG onder meer kan zijn toegestaan als dit is bepaald bij een Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepaling die voorziet in passende maatregelen ter bescherming van de rechten en vrijheden en gerechtvaardigde belangen van de betrokkene (art. 22 lid 2 aanhef en onder b AVG). In overweging 71 van de considerans bij de AVG is de controle en voorkoming van belastingfraude en –ontduiking in deze context uitdrukkelijk genoemd als voorbeeld.[38]

*5. Kan de landsadvocaat onderschrijven dat indien de Belastingdienst en Dienst Toeslagen zich beperken tot fiscaal relevante of voor toeslagen relevante selectiecriteria, er in principe geen sprake kan zijn van profilering, omdat het persoonlijke aspect ontbreekt?*

Zoals uit de definitie van het begrip profilering volgt, is van belang of sprake is van een geautomatiseerde *evaluatie* van persoonlijke aspecten van een betrokkene. Hiervan is met name sprake als het doel is om een analyse of voorspelling te doen over bijvoorbeeld het gedrag of de betrouwbaarheid van de betrokkene, maar de definitie is niet beperkt tot die gevallen.

Profilering moet dus een evaluatie van persoonlijke aspecten bevatten. Dit veronderstelt een zeker subjectief aspect in de evaluatie, en een zekere mate van beoordeling van een betrokkene. Het gebruik van fiscaal- of voor toeslagen relevante criteria is daarbij eerder een ondergrens – de te gebruiken gegevens zullen relevant

---

[38] "De betrokkene dient het recht te hebben niet te worden onderworpen aan een louter op geautomatiseerde verwerking gebaseerd besluit, dat een maatregel kan behelzen — over persoonlijke hem betreffende aspecten, waaraan voor hem rechtsgevolgen zijn verbonden of dat hem op vergelijkbare wijze aanmerkelijk treft, zoals de automatische weigering van een online ingediende kredietaanvraag of van verwerking van sollicitaties via internet zonder menselijke tussenkomst. Een verwerking van die aard omvat „profilering", wat bestaat in de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens ter beoordeling van persoonlijke aspecten van een natuurlijke persoon, met name om kenmerken betreffende beroepsprestaties, economische situatie, gezondheid, persoonlijke voorkeuren of interesses, betrouwbaarheid of gedrag, locatie of verplaatsingen van de betrokkene te analyseren of te voorspellen, wanneer daaraan voor hem rechtsgevolgen zijn verbonden of dat hem op vergelijkbare wijze aanmerkelijk treft. Besluitvorming op basis van een dergelijke verwerking, met inbegrip van profilering, dient echter wel mogelijk te zijn wanneer deze uitdrukkelijk is toegestaan bij Unierecht of lidstatelijk recht dat op de verwerkingsverantwoordelijke van toepassing is, onder meer ten behoeve van de controle en voorkoming van belastingfraude en -ontduiking overeenkomstig de regelgeving (...)"

moeten zijn, anders mogen ze niet gebruikt worden – dan een gegeven dat maakt dat geen sprake is van profilering.

Hierbij merken wij op dat de wetgever heeft overwogen dat geautomatiseerde individuele besluitvorming op basis van strikt individuele kenmerken mogelijk moet zijn. Hierbij kan worden gedacht aan gebonden besluitvorming in het kader van het toekennen van bepaalde toeslagen. Wij citeren de wetgever:

> "Wanneer er sprake is van uitoefening van gebonden bevoegdheden, waarbij er daarenboven zeer geringe beoordelingsruimte is, heeft menselijke tussenkomst bij besluitvorming in beginsel geen meerwaarde. Men denke hierbij bijvoorbeeld aan het toekennen van kinderbijslag, het opleggen van een boete in het kader van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (Wahv), het bijstellen van de hoogte van het recht op studiefinanciering op basis van veranderingen in het inkomen van een van de ouders of het zonder menselijke tussenkomst vaststellen van een overtreding van de maximumsnelheid. Dit zijn allemaal besluiten die genomen worden zonder menselijke tussenkomst. Er is geen reden vanuit het belang van bescherming van persoonsgegevens om geautomatiseerde besluitvorming in dit kader onmogelijk te maken. De risico's die de verordening, blijkens de overweging 71, beoogt in te dammen met dit artikel, doen zich hier feitelijk niet voor. Dit is de reden dat in artikel 40 van onderhavige Uitvoeringswet een uitzondering wordt voorgesteld. Als er sprake is van geautomatiseerde individuele besluitvorming, anders dan op basis van profilering, en deze noodzakelijk is om te voldoen aan een wettelijke verplichting die op de verwerkingsverantwoordelijke rust of ter uitvoering van een taak van algemeen belang, dan is het verbod van artikel 22, eerste lid, van de verordening niet van toepassing."[39]

In het kader van geautomatiseerde individuele besluitvorming, anders dan op basis van profilering, heeft de wetgever dus erkend dat bepaalde gebonden besluiten heel goed op basis van geautomatiseerde verwerkingen kunnen plaatsvinden. Daarom is er voor dit type besluiten een uitzondering gecreëerd.

Het nemen van automatische besluiten op grond van zuiver objectieve criteria valt daarmee onder het toepassingsbereik van bovenstaande uitzondering. Hierbij moet worden gewaakt voor het toevoegen van andere criteria die weliswaar relevant zijn voor het te nemen besluit, maar niet zuiver objectieve criteria zijn. In dit geval zou sneller sprake kunnen zijn van profilering. Wij brengen het volgende voorbeeld van de WG29 in herinnering:

> "Het opleggen van snelheidsboeten louter op grond van bewijs van flitscamera's is geautomatiseerde besluitvorming waarbij niet noodzakelijkerwijs profilering wordt toegepast.

[39] *Kamerstukken II* 2017-2018, 34 851, nr. 3 (MvT UAVG), p. 120-121.

> Er zou echter sprake zijn van een besluit op basis van profilering als de rijgewoonten van de persoon langere tijd werden waargenomen en de hoogte van de boete bijvoorbeeld is bepaald op grond van een beoordeling waarin ook andere factoren zijn meegenomen, zoals de vraag of de persoon herhaaldelijk snelheidsovertredingen heeft begaan of de vraag of de bestuurder recentelijk andere verkeersovertredingen heeft begaan."[40]

Dit voorbeeld laat zien dat sprake kan zijn van een zeker subjectief aspect en daarmee profilering, wanneer een persoon wordt geëvalueerd op basis van eerdere ervaringen, of algemene ervaringsregels worden meegenomen.

Wij voegen hier nog een voorbeeld aan toe. Wanneer moet worden vastgesteld of iemand in aanmerking komt voor een toeslag, en daarbij een inkomenslimiet geldt, is het automatische toetsen van dit limiet aan het opgegeven inkomen zuiver objectief. Er zitten geen subjectieve aspecten aan.

Dit verandert wanneer op *het risico* wordt getoetst dat iemand zijn inkomen juist heeft opgegeven. Een risicovoorspelling is naar haar aard afhankelijk van subjectieve veronderstellingen, en zal daardoor doorgaans een evaluatie van persoonlijke aspecten omvatten.

In het eerste voorbeeld wordt de persoon niet geëvalueerd, er wordt slechts vastgesteld wat het opgegeven inkomen is, en dat wordt getoetst aan het limiet. In het tweede geval vindt een evaluatie plaats van de persoon, aan de hand van persoonlijke aspecten.

Ons antwoord op de vraag is dus dat ook bij het gebruik van slechts fiscaal relevante criteria, sprake kan zijn van profilering.

*6. Kan de landsadvocaat aangeven of onderstaande selectieredenen voldoen aan de definitie van profilering? Zo ja, waarom? Zo nee, waarom niet?*

Wij nemen de selectiecriteria nogmaals op:

1. Beoordeel hoog bedrag totaal aftrekposten in relatie tot het inkomen;
2. Aftrekbare kosten ROW beoordelen in verhouding tot opbrengst;
3. Eerste jaar aftrek rente en kosten eigen woning beoordelen;
4. Reserveringsruimte gebruikt, overschrijding maximumbedrag, zie leeftijd belastingplichtige;
5. Beoordeel aftrekbare kosten i.v.m. ontvangen alimentatie;
6. Aftrek erfpacht/opstal eigenwoning beoordelen - eerste jaar aftrek;
7. Beoordeel aftrek specifieke zorgkosten - vult veel verschillende subrubrieken in;
8. Geclaimde jonggehandicaptenkorting beoordelen - volgens UWV niet Wajong-gerechtigd;
9. Totaal persoonsgebonden aftrek beoordelen;
10. Beoordeel op basis van correcties in eerdere jaren, aangiftegedrag, betalingsgedrag, opgelegde boetes, postbusadres of de omstandigheid dat er veel personen staan ingeschreven op een adres.

[40] Zie: WG29, 'Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679', laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 9.

Zoals aangegeven in ons antwoord op vraag 5, zal bij een risicobeoordeling doorgaans snel sprake zijn van een evaluatie van persoonlijke aspecten – en daarmee profilering – aangezien het doel is om het gedrag of de betrouwbaarheid van een persoon te voorspellen. Of, in het geval van de Belastingdienst of Dienst Toeslagen, zal de risicobeoordeling wijzen in de richting van een (mogelijk) onvolledige of onjuiste aangifte of aanvraag, of juist in de richting dat daarvan (waarschijnlijk) geen sprake is.

Tegen deze achtergrond, menen wij dat bij alle criteria, afgezien van nummer 4 en 8, sprake is van profilering.

Selectiecriterium 1 en 2 doen een voorspelling over de plausibiliteit van de aangifte bij een hoog bedrag aan aftrekposten in relatie tot het inkomen of het resultaat uit overige werkzaamheden. Dit is gebaseerd op de ervaringsregel dat in deze gevallen sprake kan zijn van een incorrecte aangifte.

Selectiecriterium 3 en 6 zijn gebaseerd op de ervaringsregel dat betrokkenen vaak fouten maken wanneer zij voor het eerst de bedoelde aftrekposten opgeven.

Selectiecriterium 5 is gebaseerd op de ervaringsregel dat vaak fouten worden gemaakt bij aangiftes waarbij alimentatie wordt betaald of ontvangen.

Selectiecriterium 7 is gebaseerd op de ervaringsregel dat indien meerdere subrubrieken zijn ingevuld, er sprake is van een hogere foutkans.

Selectiecriterium 9 is gebaseerd op de ervaringsregel dat vanaf een bepaald opgegeven bedrag aan persoonsgebonden aftrek, er sprake is van een hogere foutkans.

Criterium 10 is gebaseerd op het eerdere handelen of nalaten van betrokkene.

Het gaat bij deze criteria steeds om een evaluatie van persoonlijke aspecten, omdat deze, naar wij hebben begrepen, is gebaseerd op eerdere ervaringen. Hierbij is het doel steeds om een voorspelling te doen over het gedrag of de betrouwbaarheid van de betrokkene.

Als voorbeeld belichten wij selectiecriterium 3. Dit criterium is gebaseerd op de ervaring dat betrokkenen vaak fouten maken wanneer zij voor het eerst aftrek rente en kosten eigen woning opgeven. Naar ons oordeel zal een rechter al snel oordelen dat hier sprake is van profilering, omdat in dit geval de ervaringen met een bepaalde

groep worden toegepast op een individu, met als doel om het gedrag van die persoon te voorspellen.[41]

Criterium 4 en 8 lijken anders, en zijn o.i. geen profilerende selectieregels.

Criterium 4 is gebaseerd op een wettelijke bepaling. Bij de toepassing van dit criterium wordt de leeftijd slechts getoetst aan het aan de leeftijd gekoppelde wettelijke maximumbedrag.

Criterium 8 bevat slechts een check op de feitelijke juistheid van de opgegeven gegevens. Wij nemen hierbij aan dat deze check altijd wordt gedaan, indien dat mogelijk is. De opgegeven cijfers worden geverifieerd, aan de hand van naar wij begrijpen objectieve andere bronnen dan de aangifte zelf.

In beide gevallen is sprake van een vaststelling, en niet van een evaluatie van persoonlijke aspecten, en dus geen profilering.

Ons antwoord op de vraag is dus dat naar ons oordeel bij alle bovenstaande criteria sprake is van profilering, afgezien van criterium 4 en 8. Opmerking verdient daarbij dat de vraag wanneer sprake is van profilering in de rechtspraak nog niet is uitgekristalliseerd. Een antwoord op deze vraag is dus niet met volledige zekerheid te geven.

*7 (a). Kan de Landsadvocaat per soort knock-out selectiecriterium aangeven of hierbij sprake is van profilering? Wat is hierbij beslissend?*

Zie onderstaand een niet-limitatieve lijst van verschillende soorten knock-out criteria die de Dienst Toeslagen gebruikt:

1. Informatie die noodzakelijk is voor het in behandeling nemen van een aanvraag ontbreekt. De aanvraag kan dus niet behandeld worden. In dit geval wordt afhankelijk van het geval of handmatig behandeld, of geautomatiseerd een uitvraag gedaan.

   Een voorbeeld hiervan is dat het toetsingsinkomen geschatte draagkracht ontbreekt. De aanvraag bevat geen toetsingsinkomen van de burger. Zonder toetsingsinkomen kan de aanvraag niet behandeld worden. Er wordt automatisch een vraagbrief naar de burger gestuurd.

2. Als gevolg van bijzondere kenmerken van een aanvraag, kan het systeem de aanvraag niet geautomatiseerd behandelen. Het gaat hier dus om een

[41] In ons eerdere advies van 25 januari jl. hebben wij dit criterium een klassiek voorbeeld van profilering genoemd. Wij hebben hiermee tot uitdrukking willen brengen onze inschatting dat een rechter al snel zal oordelen dat hier sprake is van profilering. Om die reden hebben wij deze passage aangepast.

overschrijding van de grenzen van wat er binnen de systemen van Dienst Toeslagen technisch mogelijk is. Hierop volgt handmatige behandeling.

Een voorbeeld hiervan doet zich voor indien kinderopvanggebruik ook aanwezig is bij een andere burger. Er vindt uitworp plaats als er voor een kind door twee ouders kinderopvangtoeslag wordt geclaimd en de ouder die niet op hetzelfde adres is ingeschreven, niet bekend is als co-ouder.

Een ander voorbeeld is dat de aanvraag soms niet gevonden wordt. Uitval vindt plaats bij een stopzetting door de burger of namens de burger, terwijl er geen lopende aanvraag is. Naar aanleiding van deze uitval wordt contact opgenomen met de burger om te achterhalen wat precies de bedoeling was. Het kan bijvoorbeeld zijn dat de burger vergeten is om een aanvraag in te dienen.

3. Het is technisch mogelijk om de aanvraag geautomatiseerd te behandelen, maar de kans is zeer groot dat de aanvrager geen recht heeft. Hierop volgt handmatige behandeling.

Een voorbeeld hiervan doet zich voor wanneer de maximumleeftijd voor dagopvang is overschreden. Uitval voor handmatige behandeling vindt plaats wanneer voor een kind, dat vijf jaar is geworden, lasten voor dagopvang worden geclaimd. Normaal gesproken gaan vijfjarige kinderen naar de basisschool en is er geen sprake meer van dagopvang, waardoor voor een te hoog aantal uren toeslag wordt aangevraagd. Hier bestaan enkele uitzonderingen op.

4. Er bestaat een uitzondering op een wettelijke regeling waaruit blijkt dat geen recht bestaat, maar er kan niet geautomatiseerd worden vastgesteld of sprake is van die uitzondering. Hierop volgt handmatige behandeling.

Het volgende voorbeeld ziet op deze categorie: aanvrager heeft kinderopvangtoeslag aangevraagd en/of lasten doorgegeven voor een kind, maar op of na de ingangsdatum wonen of verhuizen aanvrager en/of kind naar een briefadres. Inschrijving in de BRP is een voorwaarde voor het recht op kinderopvangtoeslag: het kind waarvoor toeslag wordt aangevraagd moet ingeschreven staan op het adres van de ouders (art. 4 Awir). Door het vertrek van de aanvrager en/of kind naar een briefadres vervalt diens aanspraak op de kinderopvangtoeslag, omdat de gezamenlijke (=aanvrager/kind) inschrijvingseis niet kan worden getoetst. Een uitzondering hierop is als het kind en de aanvrager beide op hetzelfde briefadres ingeschreven staan en er sprake is van het niet verwijtbaar geen woonadres hebben of als er sprake is van inschrijving op een briefadres van de gemeente (waar aanvrager en kind dus niet wonen). De selectie voor

behandeling ziet op de controle of er sprake is van een van deze uitzonderingen en of er dus recht bestaat op kinderopvangtoeslag. Deze controle kan niet geautomatiseerd plaatsvinden.

5. Bij bepaalde grote gebeurtenissen in het leven van burgers wordt proactief geacteerd, zodat zij niet plotseling hun toeslag verliezen. Dit wordt handmatig behandeld.

   Een voorbeeld hiervan doet zich voor bij een achterblijvende partner. Deze uitworp ontstaat als een aanvrager van toeslagen overlijdt. Hierop wordt door behandelaren een nieuwe aanvraag gestart voor de partner (die geen aanvrager was).

6. Informatie vanuit vaste bronnen van Dienst Toeslagen is strijdig met informatie die eerder door de burger is opgegeven. Hierop volgt handmatige behandeling.

Uit de nadere toelichting op deze criteria blijkt dat het gaat om meer algemene, verschillende soorten categorieën van selectiecriteria. Bij deze algemene criteria horen voorbeelden, deze voorbeelden hebben wij hierboven steeds onder de criteria opgenomen. Er zijn nog twee specifieke selectiecriteria, die niet behoren tot de bovenstaande categorieën. Deze nemen wij hieronder op:

7. Aantal uren kinderopvang boven maximum. Uitval vindt plaats als er door een kind meer dan 400 uur aan kinderopvang wordt genoten. Voor een kind mag maximaal 230 uur aan kinderopvangtoeslag worden geclaimd. Er wordt voor 230 uur toegekend, en de aanvraag valt uit voor behandeling. Het betreft hier vaak een typefout (uren per jaar in plaats van uren per maand). Ook wanneer twee ouders apart van elkaar 200 uur claimen voor één kind volgt uitval.

8. Hogere toeslag, hoger risico. Alle toeslagen boven een vooraf vastgesteld jaarlijks bedrag worden voor behandeling voorgelegd.

Wij beantwoorden hierna de gestelde vraag. Opmerking verdient daarbij dat de vraag wanneer sprake is van profilering in de rechtspraak nog niet is uitgekristalliseerd. Een antwoord op deze vraag is dus niet met volledige zekerheid te geven.

Bij criterium 1 is sprake van de automatische vaststelling van bepaalde, voor de beoordeling van de aanvraag, essentiële informatie. Het gaat hier om een objectieve vaststelling van (het ontbreken van) bepaalde gegevens, en dus niet om een evaluatie van persoonlijke aspecten. Daardoor is geen sprake van profilering.

Bij criterium 2 is sprake van de automatische vaststelling van de technische onmogelijkheid om de aanvraag automatisch te behandelen. Dit is het gevolg van de bijzondere kenmerken van de aanvraag. Het gaat hier om een objectieve toetsing van de opgegeven informatie tegen de mogelijkheden van het systeem. Er is geen sprake van een evaluatie van persoonlijke aspecten; dit is technisch ook niet eens mogelijk. Daardoor is geen sprake van profilering.

In de eerdere versie van het advies van 25 januari jl. kwamen wij tot de conclusie dat het in het voorbeeld van criterium 3 gaat om profilering, omdat sprake is van een evaluatie, gebaseerd op de ervaringsregel dat bij kinderen boven de vijf jaren vaak ten onrechte een te hoge toeslag voor dagopvang wordt aangevraagd en dat de ervaringen met een bepaalde groep derhalve worden toegepast op een individu, met als doel om het gedrag van dat individu te voorspellen. U heeft ons er vervolgens op gewezen het bij voorbeeld van criterium 3 gaat het om de toepassing van een wettelijke bepaling. Voor kinderen boven de vier jaar, geldt een wettelijke leerplicht. Het feitelijke gevolg daarvan is dat er geen of veel minder kosten voor dagopvang worden gemaakt en dus de aanspraak op kinderopvangtoeslag vervalt of vermindert. Wij zijn van mening dat die voor ons nieuwe omstandigheid maakt dat sprake is van een geautomatiseerde toepassing van een wettelijke norm, waaraan geen subjectieve beoordeling ten grondslag ligt en er dus geen sprake is van profilering.

Dit antwoord is gebaseerd op het voorbeeld van criterium 3. Aangezien criterium 3 zelf breed geformuleerd is, is het niet uit te sluiten dat er voorbeelden zijn waarbij de kans op een onjuiste aanvraag wél is berekend op basis van een subjectieve beoordeling.

Criterium 4 is in wezen hetzelfde als criterium 1. Het gaat hier immers om de automatische vaststelling dat bepaalde informatie ontbreekt, waardoor niet kan worden beoordeeld of sprake is van enige uitzondering op basis waarvan de aanvrager toch recht heeft op bv. kinderopvangtoeslag. Er is dus ook bij dit criterium geen sprake van profilering.

Bij criterium 5 gaat het om een automatische vaststelling van een fiscaal relevante gebeurtenis, zoals het overlijden van een aanvrager, waarop de Dienst Toeslagen proactief actie onderneemt. Hier is geen sprake van een evaluatie van persoonlijke aspecten, en dus ook geen sprake van profilering.

Bij criterium 6 wordt bepaalde door de burger opgegeven informatie automatisch gecontroleerd op juistheid met behulp van bepaalde vaste bronnen van de Dienst Toeslagen. Wij hebben begrepen dat deze controle plaatsvindt op basis van het bestaan van feitelijke contra-informatie en dat deze controle ook in alle gevallen wordt verricht als dergelijke informatie beschikbaar is. In dit geval is geen sprake van profilering, aangezien het slechts gaat om een controle van feitelijke informatie, en dus niet een evaluatie van persoonlijke aspecten. Hierbij tekenen wij wel aan dat deze conclusie afhankelijk is van de aard van de informatie aan de hand waarvan de door

de burger opgegeven gegevens wordt gecontroleerd. Zou die informatie bijvoorbeeld inhouden dat een burger bij de betrokken bron op een zogenoemde zwarte lijst staat, dan zou wel sprake zijn van profilering.

Criterium 7 is gebaseerd op een wettelijke bepaling. Bij de toepassing van dit criterium wordt het opgegeven aantal uren aan kinderopvang getoetst aan het wettelijke maximum. Dit is een vaststelling van een objectief wettelijke grens, en geen evaluatie van persoonlijke aspecten. Er is geen sprake van profilering.

Criterium 8 hebben wij zo begrepen dat wanneer het gaat om een hoog financieel belang, het financiële risico ook hoog wordt geacht. Dit criterium is bv. niet gebaseerd op de ervaringsregel dat bij hogere toeslagen vaker iets onjuist wordt opgegeven, maar het gaat om het toepassen van een vooraf vastgesteld drempelwaarde. Daarmee is geen sprake van een evaluatie van persoonlijke aspecten, en dus ook geen sprake van profilering.

*7 (b). Zijn er grensgevallen te duiden en te wegen tussen toetsing op objectief criterium en evaluatie van gedrag? Zo ja, hoe?*

Bij de vaststelling of sprake is van profilering in de zin van de AVG, zal het uiteindelijke antwoord ja of nee moeten zijn. In die zin, kan er geen sprake van grensgevallen zijn.

Er zijn wel verschillen aan te wijzen tussen voor de hand liggende vormen van profilering, en minder voor de hand liggende vormen. Als voorbeeld van een voor de hand liggende vorm van profilering, nemen wij selectiecriterium 3, bij vraag 6.

Dit criterium is gebaseerd op de ervaring dat betrokkenen vaak fouten maken wanneer zij voor het eerst aftrek rente en kosten eigen woning opgeven. Naar ons oordeel zal een rechter al snel oordelen dat hier sprake is van profilering, omdat in dit geval de ervaringen met een bepaalde groep worden toegepast op een individu, met als doel om het gedrag van die persoon te voorspellen.[42]

Een twijfelgeval kan criterium 8 bij vraag 6 en criterium 6, bij vraag 7(a) zijn. Indien dit criterium wordt gebruikt wanneer sprake is van feitelijke contra-informatie, dan is o.i. geen sprake van profilering. Maar wanneer de aard van de informatie verandert, kan wel sprake zijn van profilering.

*8. Bij Dienst Toeslagen wordt aan de hand van query's een selectie gemaakt van te behandelen posten. Aan de hand van vastgestelde criteria wordt dus op basis van de hele populatie vastgesteld welke posten hieraan voldoen. Deze posten worden*

[42] In ons eerdere advies van 25 januari jl. hebben wij dit criterium een klassiek voorbeeld van profilering genoemd. Wij hebben hiermee tot uitdrukking willen brengen onze inschatting dat een rechter al snel zal oordelen dat hier sprake is van profilering. Om die reden hebben wij deze passage aangepast.

*vervolgens handmatig behandeld. Kan de Landsadvocaat aangeven of bij deze werkwijze sprake kan zijn van geautomatiseerde besluitvorming op basis van profilering?*

Net als bij het gebruik van selectiecriteria, gaat het bij het gebruik van query's om de aard van de specifieke query. Het feit dat er query's worden gebruikt maakt dus niet per definitie dat geen sprake kan zijn van profilering.

Ook het gegeven dat een query wordt toegepast met menselijke tussenkomst, maakt niet dat per definitie geen sprake kan zijn van profilering. Anders dan bij geautomatiseerde besluitvorming, kan ook sprake zijn van profilering in geval van menselijke tussenkomst.[43]

Ook bij de beschreven werkwijze, kan dus sprake zijn van profilering. Of dat zo is, hangt af van de aard van de query. Desgewenst kunnen wij uiteraard een aantal concrete query's toetsen.

*9. Kan de landsadvocaat adviseren over de vraag of 'fiscaal relevant' zo kan worden uitgelegd dat hieronder elke selectie valt op basis van 'op voor het (fiscale) toezicht relevante en objectief gerechtvaardigde gronden'?*

Zoals volgt uit onze beantwoording van vraag 5, is bij de beoordeling of sprake is van profilering niet zozeer de vraag of sprake is van fiscaal relevante criteria, maar of sprake is van een evaluatie van de persoonlijke aspecten van een betrokkene aan de hand van persoonsgegevens.

U heeft ons laten weten dat als fiscaal relevant criterium is opgenomen de vraag of iemand een onderneming heeft in een branche waarvan objectief is gebleken dat er veel risico is op fouten of malversaties.

Voor de risicobeoordeling is dat uiteraard relevant, maar dat neemt niet weg dat naar ons oordeel toch sprake is van profilering bij dit voorbeeld. Op basis van een ervaringsregel, aan de hand van een persoonlijk aspect, wordt immers de betrouwbaarheid van een persoon geëvalueerd.

*10. Kan de landsadvocaat adviseren over (combinaties van) selectiecriteria die fiscaal relevant of voor toeslagen relevant zijn in relatie tot profilering?*

Het kan voorkomen dat binnen een reeks aan selectiecriteria, bepaalde criteria vallen onder de definitie van profilering en andere niet. Het gebruik van de gehele reeks zal dan worden aangemerkt als profilering. Dus ook wanneer bijvoorbeeld het

[43] WG29, 'Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679', laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 7.

automatische selectiesysteem slechts 10 profilerende criteria bevat van in totaal 1000 criteria, zal het gebruik van het systeem als profilering worden aangemerkt. Het profilerende karakter kan vervolgens uiteraard worden weggenomen door de profilerende criteria te verwijderen.

Ons antwoord is dus dat één profilerend criterium binnen een combinatie met ook niet-profilerende criteria, al kan leiden tot de conclusie dat sprake is van profilering.

*11. Kan de landsadvocaat onderschrijven dat bij de selectie voor controle geen sprake is van een besluit waardoor de belastingplichtige anderszins in aanmerkelijke mate wordt getroffen? Ook ingeval de selectie voor controle niet leidt tot daadwerkelijke controle en de aanslag (alsnog) conform aangifte wordt vastgesteld?*

Het eerste deel van deze vraag hebben wij reeds beantwoord bij vraag 4. Kort gezegd menen wij dat de besluiten die via het profilerende selectiesysteem worden genomen, besluiten zijn die betrokkenen in aanmerkelijke mate treffen in de zin van artikel 22 AVG.

Met betrekking tot het tweede deel van de vraag – of de in het geval van selectie voor controle de uitkomst is dat er niet daadwerkelijk wordt gecontroleerd – belichten wij nogmaals dat bij de beoordeling of iemand in aanmerkelijke mate wordt getroffen, gekeken wordt naar alle omstandigheden van het geval, en daarbij het selectiesysteem met daarin een of meer profilerende selectieregels als geheel wordt beoordeeld, waarbij ook de mogelijke gevolgen worden meegewogen.

Feitelijk kan de situatie zich voordoen dat het op profilering gebaseerde besluit om tot handmatige controle over te gaan, niet daadwerkelijk wordt opgevolgd. In dit concrete geval zou gesteld kunnen worden dat de betrokkene dus niet in aanmerkelijke mate is getroffen. Maar de beoordeling of sprake is van in aanmerkelijke mate treffen geschiedt op basis van de *mogelijke* gevolgen van het selectiesysteem. Het gaat erom of het mogelijk is dat iemand in aanmerkelijke mate wordt getroffen door een op profilering gebaseerd besluit.

Ons antwoord is dus dat, zoals wij hiervoor bij vraag 4 hebben toegelicht, hiervan sprake is. Bovendien achten wij, zoals toegelicht bij vraag 1, waarschijnlijk dat de geautomatiseerde vaststelling van de aangifte zal kwalificeren als een besluit met rechtsgevolg.

*12. Kan de landsadvocaat nader ingaan op het belang van het Schufa-arrest voor de onderhavige casus?*

Deze vraag is als volgt toegelicht en onderverdeeld. In 6.16 wordt ingegaan op het Schufa-arrest. Overweging 73 van dat arrest luidt: "Gelet op een en ander moet op de eerste vraag worden geantwoord dat artikel 22, lid 1, AVG aldus moet worden

uitgelegd dat er sprake is van 'geautomatiseerde individuele besluitvorming' in de zin van deze bepaling wanneer een waarschijnlijkheidswaarde die op persoonsgegevens van een persoon is gebaseerd en betrekking heeft op diens vermogen om in de toekomst betalingsverplichtingen na te komen, geautomatiseerd wordt vastgesteld door een kredietinformatiebureau en wanneer hoofdzakelijk van die waarschijnlijkheidswaarde afhangt of een derde, aan wie deze waarschijnlijkheidswaarde wordt doorgegeven, met die persoon een contractuele relatie tot stand brengt, uitvoert of beëindigt."

Kan de Landsadvocaat verduidelijken of en in hoeverre de voorwaarde van hoofdzakelijkheid in de fiscaliteit, c.q. bij toeslagen een rol speelt bij de bepaling of selectie op zichzelf een zelfstandig besluit in de zin van de AVG is. Is het daarbij ook van belang 1) dat er naar aanleiding van de selectie aanvullende vragen worden gesteld, 2) dat na een controle als gevolg van de selectie van de aangifte of aanvraag wordt afgeweken, of 3) dat een aanslag of regeling na de controle (waarvoor deze was geselecteerd,) wordt vastgesteld respectievelijk toegekend conform aangifte respectievelijk aanvraag?

Maakt het nog verschil dat niet een derde, maar de Belastingdienst en Dienst Toeslagen zelf de selectie maken en het daarop volgende besluit nemen?

Wij gaan hierna in op deze vragen.

Het Schufa-arrest kan op twee manieren geïnterpreteerd worden.

Ten eerste kan worden betoogd dat het Schufa-arrest specifiek ziet op de situatie dat geautomatiseerde individuele besluitvorming bij twee verschillende partijen plaatsvindt. In casu ging het om een kredietbeoordelaar die op profilering gebaseerde kredietrapporten maakt, terwijl het daadwerkelijke besluit om al dan niet krediet te verlenen door een derde partij wordt genomen. In dit geval was de vraag of het opstellen van het rapport door de kredietbeoordelaar al geautomatiseerde individuele besluitvorming in de zin van artikel 22, lid 1 AVG meebrengt, nu niet de kredietbeoordelaar, maar een derde het daadwerkelijke besluit neemt.

Het HvJEU beantwoordt die vraag bevestigend, aangezien het feitelijk vaststaat dat de derde partij het kredietrapport hoofdzakelijk ten grondslag legt aan het besluit om een contractuele relatie tot stand te brengen, uit te voeren, of te beëindigen. Deze gevolgen treffen de betrokkene ook op zijn minst in aanmerkelijke mate, volgens het HvJEU.

Bij de eerste interpretatie wordt de voorwaarde van hoofdzakelijkheid tegen deze specifieke achtergrond begrepen, en is de gedachte dat deze is geïntroduceerd voor de gevallen dat het besluitvormingsproces zich afspeelt bij twee verschillende, van elkaar gescheiden partijen. In dit geval maakt het dan een verschil dat de Belastingdienst en

Dienst Toeslagen zelf de selectie maken en het daaropvolgende besluit nemen. Dit maakt immers dat sprake is van een andere situatie dan in het Schufa-arrest, en dit arrest dus niet direct toepasbaar is op de feiten van de onderhavige casus.

Bij de tweede interpretatie is het Schufa-arrest ook relevant in het geval dat de besluitvorming bij één partij plaatsvindt. De gedachte is dan dat het woord "uitsluitend", in de zin van een uitsluitend op geautomatiseerde verwerking gebaseerd besluit (art. 22, lid 1, AVG), ook in dat geval zo moet worden begrepen dat dit ook een "hoofdzakelijk" op geautomatiseerde verwerking gebaseerd besluit omvat.

Beide interpretaties hebben overigens geen gevolgen voor de onderhavige casus, aangezien wij het besluit om al dan niet over te gaan tot handmatige controle tot uitgangspunt nemen. Dit besluit wordt hoe dan ook uitsluitend (in de zin van: volledig en dus niet in de zin van 'hoofdzakelijk') geautomatiseerd genomen.

Verder zijn de in de vraag genoemde drie omstandigheden, los van het Schufa-arrest, relevant voor de vraag of sprake is van een besluit met rechtsgevolgen, of een besluit dat de betrokkene anderszins in aanmerkelijke mate treft. Onder andere bij de beantwoording van vraag 4 hebben wij deze omstandigheden meegewogen, en geconcludeerd dat (mede) deze omstandigheden maken dat naar alle waarschijnlijkheid sprake is van besluiten die betrokkenen in aanmerkelijke mate treffen in de zin van art. 22 AVG.

*13. Kan de Landsadvocaat de uitspraak van de Raad van State van 13 december 2023 (ECLI:NL:RVS:2023:4630), waarin onder meer aandacht wordt gegeven aan de afweging tussen de inbreuk op de privacy van de betrokkene in een individueel geval en het belang van het doel dat is gediend met de verwerking van de gegevens, meenemen in het advies?*

De in de vraag genoemde afweging, vond plaats tegen de achtergrond van de beoordeling of de SVB op proportionele en evenredige wijze invulling had gegeven op de op haar rustende wettelijke plicht. Op grond van artikel 6, derde lid, AVG moet deze wettelijke plicht evenredig zijn met het nagestreefde gerechtvaardigde doel, en moet de gegevensverwerking proportioneel zijn. Deze voorwaarden zijn specifiek opgenomen voor het geval een beroep wordt gedaan op de verwerkingsgrondslagen voldoen aan een wettelijke plicht, of vervullen van een taak van algemeen belang (artikelen 6, lid 1, onder c en e, AVG).

Het profileringsverbod van artikel 22 AVG, kent deze afwegingskaders niet. Dus ook wanneer profilering wordt toegepast om aan een wettelijke plicht te voldoen, en op evenredige en proportionele wijze invulling wordt gegeven aan deze wettelijke plicht, houdt het profileringsverbod stand. Dit is uiteraard anders wanneer een specifieke wettelijke grondslag zou worden gecreëerd die profilering toestaat.

*14. Hoe is het begrip 'menselijke tussenkomst' toepasbaar op een overheidsproces waarbij altijd na de geautomatiseerde selectie een volledig menselijke beoordeling van alle omstandigheden van het geval plaatsvindt?*

De rechtspraak geeft daarop nog geen eenduidig antwoord. Uit vooral het Ola-arrest en de SyRI-uitspraak lijkt te kunnen worden opgemaakt dat het geautomatiseerd genomen besluit om iemand in een bepaalde risicocategorie in te delen op zichzelf – dus los van het later te nemen besluiten over de belastingaanslag of uitkering of anderszins – moet worden beoordeeld aan de hand van artikel 22 AVG.

*15. Hoe moet bij het toetsen van artikel 22 AVG worden gekeken naar opeenvolgende beslissingen (besluiten)? Moet bij het beoordelen of er sprake is van artikel 22 AVG worden gekeken naar het uiteindelijke besluit (bijv. in de zin van de Awb) waarbij natuurlijk ook wordt gekeken naar de losse beslissingen die voorafgaande aan het besluit worden genomen, of moet elke losse beslissing (besluit) worden getoetst aan artikel 22 AVG?*

Bij de beoordeling of sprake is van een besluit ex artikel 22 lid 1, AVG, moet naar ons oordeel niet alleen worden gekeken naar het uiteindelijke besluit, maar ook naar de beslissingen die daaraan vooraf zijn gegaan. Uit vooral het Ola-arrest en de SyRI-uitspraak lijkt te kunnen worden opgemaakt dat het geautomatiseerd genomen besluit om iemand in een bepaalde risicocategorie in te delen op zichzelf – dus los van het later te nemen besluit over de belastingaanslag of uitkering of anderszins – moet worden beoordeeld aan de hand van artikel 22 AVG.

****

PELS RIJCKEN

Landsadvocaat

**Advies**

| | |
|---|---|
| voor | Persoonsgegevens (het ministerie van Financiën (de Belastingdienst en de Dienst Toeslagen)) |
| van | Persoonsgegevens (kantoor landsadvocaat) |
| datum | 25 januari 2024 |
| inzake | Advies over geautomatiseerde selectietechniek |
| zaaknr | 11021340 |

## 1 Inleiding

1.1 Het ministerie van Financiën heeft ons gevraagd om te adviseren over het gebruik van geautomatiseerde analysetechnieken door de Belastingdienst en de Dienst Toeslagen. Kort gezegd stellen deze technieken de Belastingdienst en de Dienst Toeslagen in staat om geautomatiseerd te selecteren welke aangiften of aanvragen in aanmerking komen voor een handmatige controle en welke volledig geautomatiseerd kunnen worden afgedaan.

1.2 Aan de hand van een aantal concrete vragen is aan ons gevraagd het juridische kader te schetsen rondom bovengenoemde selectie, en om met name in te gaan op de duiding van de begrippen 'profilering' en 'in aanmerkelijke mate treffen' in de zin van de Algemene verordening gegevensbescherming (hierna: AVG).[1]

1.3 Wij zullen hierna eerst stilstaan bij de achterliggende feiten. Daarna behandelen wij het juridisch kader, om af te sluiten met de beantwoording van de gestelde vragen.

## 2 Feiten

2.1 Om de zeer grote hoeveelheid aangiften en aanvragen die de Belastingdienst en de Dienst Toeslagen jaarlijks ontvangen te kunnen verwerken, maken zij gebruik van geautomatiseerde analysetechnieken op basis waarvan wordt bepaald welke aangiften of aanvragen in aanmerking komen voor een handmatige controle en welke volledig

[1] Het geschetste juridisch kader is beperkt tot datgene dat van belang is voor beantwoording van de concrete vragen. Zo is in dit advies bijvoorbeeld geen aandacht besteed aan de (kwaliteits)eisen die gelden voor de toepassing van specifieke selectiecriteria, aan de regels voor de verwerking van bijzondere persoonsgegevens bij de in artikel 22 AVG bedoelde besluitvorming en de uitzonderingen die op het verbod van artikel 22 AVG mogelijk zijn.

geautomatiseerd kunnen worden afgedaan. Deze geautomatiseerde vorm van selectie brengt aldus het risico op een onjuiste of onvolledige aangifte of aanvraag in kaart.

2.2 Bij de selectie wordt gebruik gemaakt van een grote hoeveelheid selectiecriteria. Bij wijze van voorbeeld, zijn aan ons de volgende tien selectiecriteria toegestuurd:

1. Beoordeel hoog bedrag totaal aftrekposten in relatie tot het inkomen;
2. Aftrekbare kosten ROW beoordelen in verhouding tot opbrengst;
3. Eerste jaar aftrek rente en kosten eigen woning beoordelen;
4. Reserveringsruimte gebruikt, overschrijding maximumbedrag, zie leeftijd belastingplichtige;
5. Beoordeel aftrekbare kosten i.v.m. ontvangen alimentatie;
6. Aftrek erfpacht/opstal eigenwoning beoordelen - eerste jaar aftrek;
7. Beoordeel aftrek specifieke zorgkosten - vult veel verschillende subrubrieken in;
8. Geclaimde jonggehandicaptenkorting beoordelen - volgens UWV niet Wajong-gerechtigd;
9. Totaal persoonsgebonden aftrek beoordelen;
10. Beoordeel op basis van correcties in eerdere jaren, aangiftegedrag, betalingsgedrag, opgelegde boetes, postbusadres of de omstandigheid dat er veel personen staan ingeschreven op een adres.

2.3 Zoals gezegd, is dit een kleine greep uit de mogelijke selectieregels. De uitkomst van de invulling van een bepaalde selectieregel kan vervolgens wijzen in de richting van een onvolledige of onjuiste aangifte of aanvraag, of juist in de richting dat daarvan geen sprake is. In zijn algemeenheid, wordt niet vooraf bepaald hoeveel selectieregels moeten uitwijzen dat sprake zou kunnen zijn van een onjuiste of onvolledige aangifte of aanvraag, om het besluit te nemen om de betrokkene handmatig te controleren.

2.4 Hiernaast wordt door de Belastingdienst en de Dienst Toeslagen ook gebruik gemaakt van zogenoemde knock-out criteria. Dit zijn bijvoorbeeld criteria die essentieel zijn voor het kunnen beoordelen van een aanvraag, en wanneer daaraan niet is voldaan, kan een aanvraag niet behandeld worden. In dat geval wordt automatisch een vraagbrief gestuurd om de ontbrekende informatie te achterhalen. Er zijn meerdere soorten knock-out criteria, en er kunnen dus ook verschillende redenen zijn waarom een aanvraag via de knock-out criteria uitgeworpen kan worden. Een aantal van deze criteria komt aan bod bij de beantwoording van de gestelde vragen.

2.5 Na de eerste selectie, komt het veelal voor dat een nadere selectie nodig is omdat meer aanvragen of aangiften in aanmerking komen voor handmatige controle dan de behandelcapaciteit toelaat.

2.6 Bij de Belastingdienst wordt dan een nadere selectie van aangiften verricht, op basis van nadere selectiecriteria waarbij rekening is gehouden met onder andere de

werkvoorraad en de beschikbare behandelcapaciteit. Deze nadere selectie vindt ook geautomatiseerd plaats.

2.7 Tot zover de feiten van de zaak. Hieronder gaan wij in op het juridisch kader dat de relevante feiten omlijst.

## 3 Profilering

3.1 In dit hoofdstuk gaan wij in op de vraag wanneer sprake is van profilering aan de hand van het toepasselijk juridisch kader.

Algemeen

3.2 Artikel 22 AVG normeert het gebruik van uitsluitend op geautomatiseerde verwerking gebaseerde individuele besluitvorming (hierna: ook wel geautomatiseerde besluitvorming), en op profilering gebaseerde besluitvorming (hierna ook wel: profilering). De eerste twee leden van dit artikel luiden als volgt:

> "1. De betrokkene heeft 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.
>
> 2. Lid 1 geldt niet indien het besluit:
>
> a) noodzakelijk is voor de totstandkoming of de uitvoering van een overeenkomst tussen de betrokkene en een verwerkingsverantwoordelijke;
>
> b) 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; of
>
> c) berust op de uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene."

3.3 Het verbod ziet dus op besluiten die zijn gebaseerd op uitsluitend geautomatiseerde verwerkingen of profilering, en die rechtsgevolgen teweegbrengen, of de betrokkene anderszins in aanmerkelijke mate treffen.

3.4 Het tweede lid, onder b, biedt de ruimte om bij lidstatelijk recht een uitzondering te maken op het verbod. Van die ruimte is gebruik gemaakt via artikel 40 UAVG, voor zover relevant luidt dit artikel als volgt:

> "1. Artikel 22, eerste lid, van de verordening geldt niet indien de in die bepaling bedoelde geautomatiseerde individuele besluitvorming, anders dan op basis van profilering, noodzakelijk is om te voldoen aan een wettelijke

verplichting die op de verwerkingsverantwoordelijke rust of noodzakelijk is voor de vervulling van een taak van algemeen belang.

2. Bij de geautomatiseerde individuele besluitvorming, bedoeld in het eerste lid, treft de verwerkingsverantwoordelijke passende maatregelen die strekken tot bescherming van de rechten en vrijheden en gerechtvaardigde belangen van de betrokkene."

3.5 Blijkens lid 1 valt besluitvorming op basis van profilering niet onder de uitzondering van artikel 40 UAVG. Dat betekent dat besluitvorming gebaseerd op profilering, indien het besluit rechtgevolgen teweegbrengt, of de betrokkene anderszins in aanmerkelijke mate treft, niet is toegestaan.

> Het is wel mogelijk om profilering in het kader van een wettelijke verplichting of in het kader van een taak van algemeen belang te legaliseren middels een specifieke wettelijke grondslag in een sectorale wet.[2]

3.6 Daarmee rijst de vraag wanneer sprake is van profilering in de zin van de AVG.

Definitie en duiding van het begrip profilering

3.7 In artikel 4, aanhef en onder 4, AVG staat de definitie van 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;"

3.8 Deze definitie bestaat in wezen uit drie elementen:

i. het moet een geautomatiseerde vorm van verwerking zijn;
ii. het moet betrekking hebben op persoonsgegevens; en
iii. het doel van de profilering moet het evalueren van persoonlijke aspecten van een natuurlijk persoon zijn.[3]

3.9 Het gaat dus om elke vorm van geautomatiseerde verwerking. Dit betekent dat ook indien sprake is van een menselijke tussenkomst, er nog steeds sprake kan zijn van profilering.[4]

---

2 *Kamerstukken II* 2017-2018, 34 851, nr. 3 (MvT UAVG), p. 122.
3 Zie: WG29, 'Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679', laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 7.
4 Zie: WG29, 'Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679', laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 7.

3.10 Het woord 'evalueren' suggereert verder dat bij profilering een zekere beoordeling over een persoon wordt gemaakt. De WG29[5] geeft als voorbeeld dat profilering vaak wordt toegepast om voorspellingen over mensen te doen, door gebruik te maken van gegevens uit verschillende bronnen[6] om een persoon eigenschappen toe te kennen op basis van de kenmerken van anderen die in statistisch opzicht vergelijkbaar zijn.[7]

> De Nederlandse wetgever heeft zich uitgelaten over waarom dit onwenselijk is:
>
> "De ratio van deze bepaling is dat het kwetsbaar is om besluitvorming te baseren op enkele persoonskenmerken, zoals de automatische weigering van een online ingediende kredietaanvraag of van verwerking van sollicitaties via internet zonder menselijke tussenkomst. De negatieve kenmerken van een bepaalde groep kunnen op deze wijze immers tegengeworpen worden aan een individu, die deze kenmerken helemaal niet hoeft te hebben."[8]

3.11 Een eenvoudige indeling van personen op grond van kenmerken zoals leeftijd, geslacht en lengte leidt niet noodzakelijkerwijs tot profilering. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat een bedrijf voor statistische doeleinden zijn klanten wil indelen op basis van leeftijd of geslacht en een overzicht van zijn klanten wil opstellen zonder voorspellingen te doen of conclusies te trekken over een bepaalde persoon. In dit geval is het doel niet het evalueren van individuele kenmerken en is er dus geen sprake van profilering.[9] Zoals gezegd, veronderstelt het begrip evalueren dat een zekere beoordeling over een persoon wordt gemaakt, en dat is bij dit voorbeeld niet het geval.

3.12 Het gaat dus *in ieder geval* om de evaluatie van persoonlijke aspecten, door middel van het toepassen van generieke kenmerken van een bepaalde groep op een individu. Ook in het volgende van de WG29 afkomstige voorbeeld is sprake van profilering:

> "Een informatiemakelaar verzamelt gegevens uit verschillende openbare en private bronnen, ofwel namens zijn klanten ofwel voor eigen doeleinden. De informatiemakelaar combineert de gegevens om profielen van personen te ontwikkelen, die hij indeelt in segmenten. Hij verkoopt deze informatie aan bedrijven die hun producten en diensten gerichter willen aanbieden. De informatiemakelaar past profilering toe door een persoon op grond van zijn interesses in een bepaalde categorie te plaatsen. (...)"[10]

---

5 De Artikel 29 Werkgroep (inmiddels: de European Data Protection Board) is de overkoepelende organisatie waarin de nationale privacytoezichthouders van de landen in de Europese Economische Ruimte (EER) en de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming (EDPS) samenwerken. De EDPB zorgt ervoor dat onder meer de AVG consequent worden toegepast, bijvoorbeeld door het uitbrengen van rapporten over de uitleg van bepaalde artikelen uit de AVG.

6 Dit is slechts een voorbeeld, profilering kan ook plaatsvinden op basis van een enkele bron. Het gebruik van meerdere bronnen kan wel maken dat het profileringsproces indringender wordt, waardoor sneller sprake is van een in aanmerkelijke mate treffen, zie H.6 hierna.

7 Zie: WG29, 'Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679', laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 7.

8 *Kamerstukken II* 2017-2018, 34 851, nr. 3 (MvT UAVG), p. 120.

9 Zie: WG29, 'Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679', laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 7.

10 Zie: WG29, 'Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679', laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 8.

3.13 In dit voorbeeld gaat het om het creëren van profielen van personen, om ze vervolgens in segmenten in te delen. Doordat een persoon op basis van zijn interesses in een categorie wordt geplaatst, is sprake van profilering.

3.14 Het op geautomatiseerde wijze creëren van een profiel van een persoon op basis van bepaalde eigenschappen kan dus ook als profilering worden gezien, en dat staat dus los van de vraag of een persoon generieke kenmerken van een bepaalde groep tegengeworpen krijgt.

3.15 Hierna bespreken wij een aantal toepassingen van het begrip profilering in de rechtspraak. De rechtbank Amsterdam heeft bijvoorbeeld over het opstellen van een risicoprofiel geoordeeld dat sprake is van profilering:

> "Bij toepassing van de 'fraud probability score' is sprake van profilering in de zin van artikel 4 onderdeel 4 AVG. Door geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens van [verzoekers] wordt immers een risicoprofiel opgesteld waarmee een voorspelling wordt gedaan over hun gedrag en betrouwbaarheid.[11]"

3.16 In een andere zaak heeft het Hof Amsterdam bepaald dat het systeem van Uber dat bedoeld was om fraude op te sporen bij chauffeurs, een vorm van profilering was. Het ging om software die o.a. een signaal gaf wanneer een chauffeur in korte tijd herhaaldelijk betrokken was geraakt bij geannuleerde ritten, aangezien dit op annuleringsfraude kan duiden. Dit voorbeeld merkt het Hof aan als profilering:

> "In de tweede plaats vormt een belangrijke aanwijzing het door Uber niet dan wel onvoldoende betwiste feit dat bij het nemen van onderhavige besluiten onder meer gebruik is gemaakt van profilering. Uber heeft namelijk (in de punten 41-42 van het verweerschrift in hoger beroep) toegelicht dat het Risk-team gebruik maakt van zogenaamde ERAF-software die op basis van tientallen regels meerdere frauduleuze activiteiten kan signaleren. Vanuit die software wordt automatisch een signaal gegeven. Uber noemt als voorbeeld het signaal dat de software afgeeft wanneer in een korte periode een chauffeur herhaaldelijk betrokken is geweest bij geannuleerde ritten. Dit kan dan volgens Uber duiden op annuleringsfraude. Dit voorbeeld illustreert, naar het oordeel van het hof, dat het gaat om een geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens van de chauffeurs waarbij aan de hand van die gegevens bepaalde persoonlijke aspecten van hen worden geëvalueerd, met de bedoeling hun beroepsprestaties, betrouwbaarheid en gedrag te analyseren of te voorspellen. Daarmee voldoet deze verwerking aan de definitie van profilering, zoals opgenomen in artikel 4 sub 4) van de AVG."[12]

3.17 Zoals volgt uit bovenstaand citaat, wordt de automatische verwerking van het feit dat een chauffeur herhaaldelijk betrokken is bij geannuleerde ritten al gezien als een

---

[11] Rb. Amsterdam 11 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1019, r.o. 4.45. In hoger beroep heeft het Hof de beschikking van de rechtbank deels vernietigd, maar de toepassing van het begrip profilering was geen onderdeel van het hoger beroep (zie ECLI:NL:GHAMS:2023:804).

[12] Hof Amsterdam 4 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:793, r.o. 3.21.

evaluatie van persoonlijke aspecten van de betrokken chauffeur, met als doel het voorspellen of analyseren van de beroepsprestaties, betrouwbaarheid en gedrag. Dit leidt tot de conclusie dat sprake is van profilering. Persoonlijke aspecten zijn dus niet enkel gegevens zoals leeftijd en inkomen, maar kunnen ook handelingen of nalaten van betrokkenen omvatten.

3.18 Als laatste wijzen wij op de conclusie van A-G Pikamäe in de *SCHUFA*-zaak. Hij concludeert dat sprake is van profilering bij een scoringsysteem, waarbij op basis van bepaalde criteria een score wordt bepaald op basis waarvan conclusies kunnen worden getrokken over de kredietwaardigheid van een persoon:

> "In dit verband zij opgemerkt dat de door SCHUFA verrichte scoring onder de wettelijke definitie van artikel 4, punt 4, AVG valt, aangezien bij deze procedure persoonsgegevens worden gebruikt om bepaalde aspecten van een natuurlijke persoon te evalueren teneinde elementen betreffende hun economische situatie, betrouwbaarheid en waarschijnlijke gedrag te analyseren of te voorspellen. Uit het dossier van de zaak komt namelijk naar voren dat de door SCHUFA gebruikte methode op basis van bepaalde criteria een 'score' oplevert, dat wil zeggen een resultaat waarmee conclusies kunnen worden getrokken over de kredietwaardigheid van de betrokkene. Ten slotte wil ik erop wijzen dat geen van de belanghebbende partijen de kwalificatie van de betrokken procedure als 'profilering' betwist, zodat in casu kan worden aangenomen dat aan deze voorwaarde is voldaan."[13]

3.19 Deze conclusie is zeer recent bevestigd door het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU).[14] Hierbij gaat het HvJEU nog iets nader in op de feitelijke werkwijze die als profilering wordt aangemerkt:

> "SCHUFA is een privaatrechtelijke vennootschap naar Duits recht die aan haar contractuele partners informatie verstrekt over de kredietwaardigheid van derden, met name consumenten. Daartoe doet zij op basis van bepaalde kenmerken van een persoon en aan de hand van een wiskundig-statistische methode een voorspelling over de waarschijnlijkheid van diens toekomstig gedrag („score"), zoals de terugbetaling van een lening. Het vaststellen van scores is gebaseerd op de veronderstelling dat een soortgelijk gedrag kan worden voorspeld door een persoon in te delen bij een groep van andere personen met vergelijkbare kenmerken die zich op een bepaalde manier hebben gedragen."[15]

3.20 Concluderend stellen wij vast dat de wettelijke definitie van profilering ruim is bedoeld. Het gaat immers om *elke* vorm van geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens waarbij bepaalde persoonlijke aspecten van een individu worden geëvalueerd. In de rechtspraak wordt deze definitie vervolgens eveneens ruim uitgelegd.

---

[13] Conclusie van A-G Pikamäe (HvJEU) 16 maart 2023, ECLI:EU:C:2023:220 (*SCHUFA*), r.o. 33.
[14] HvJEU 7 december 2023, ECLI:EU:C:2023:957 (*SCHUFA Scoring*), r.o. 47.
[15] HvJEU 7 december 2023, ECLI:EU:C:2023:957 (*SCHUFA Scoring*), r.o. 14.

3.21 Profilering moet dus een evaluatie van persoonlijke aspecten omvatten. Dit veronderstelt een zeker subjectief aspect in de evaluatie, en een zekere mate van beoordeling van een betrokkene.

## 4 Geautomatiseerde besluitvorming

4.1 Conform de adviesvraag, zijn wij hiervoor ingegaan op de vraag wanneer sprake is van profilering. Ter volledigheid merken wij op dat naast profilering ook sprake kan zijn van uitsluitend op geautomatiseerde verwerking gebaseerde besluitvorming. Wij gaan daar nu kort op in.

4.2 Blijkens artikel 22 AVG is het niet toegestaan om betrokkenen te onderwerpen aan besluiten die uitsluitend zijn gebaseerd op geautomatiseerde verwerking (waaronder profilering), indien aan dit besluit rechtsgevolgen zijn verbonden of dit de betrokkene anderszins in aanmerkelijke mate treft.

4.3 De Nederlandse wetgever heeft gebruik gemaakt van de mogelijkheid om van dit verbod af te wijken, via artikel 40, lid 1, UAVG. Die afwijking geldt slechts als de geautomatiseerde besluitvorming niet op basis van profilering plaatsvindt:

> "1. Artikel 22, eerste lid, van de verordening geldt niet indien de in die bepaling bedoelde geautomatiseerde individuele besluitvorming, anders dan op basis van profilering, noodzakelijk is om te voldoen aan een wettelijke verplichting die op de verwerkingsverantwoordelijke rust of noodzakelijk is voor de vervulling van een taak van algemeen belang."

4.4 Geautomatiseerde besluitvorming ziet op het nemen van besluiten met technische middelen en zonder menselijke tussenkomst. Dit begrip is verder niet gedefinieerd in de AVG. Dat geautomatiseerde besluitvorming ziet op besluitvorming zonder menselijke tussenkomst, volgt ook uit het volgende citaat:

> "Artikel 22, eerste lid, van de verordening bevat derhalve geen verbod op profilering, noch een verbod op het gebruiken van geautomatiseerde processen als onderdelen van het proces dat aan de besluitvorming zelf voorafgaat. In velerlei contexten heeft het gebruikmaken van geautomatiseerde processen toegevoegde waarde (denk aan verzekeringsbranche) en de verordening laat dit, als onderdeel van besluitvorming zolang er in ieder geval sprake is van een vorm van menselijke tussenkomst, ongemoeid."[16] (onderstreping toegevoegd).
>
> Voor de goede orde merken wij op dat dit citaat enkel ziet op geautomatiseerde besluitvorming. Van profilering kan ook sprake zijn in geval van menselijke tussenkomst, zie randnummer 3.9 hiervoor.

[16] *Kamerstukken II* 2017-2018, 34 851, nr. 3 (MvT UAVG), p. 120.

4.5 Het verbod op geautomatiseerde besluitvorming omvat dus niet de gevallen waarin sprake is een menselijke tussenkomst in het besluitvormingsproces. Er is sprake van een menselijke tussenkomst wanneer het menselijke toezicht op de besluitvorming zinvol is, en niet slechts symbolisch. Deze tussenkomst moet worden uitgevoerd door iemand die bevoegd en bekwaam is om het besluit te veranderen. Deze persoon moet alle relevante gegevens in zijn of haar analyse betrekken.[17]

4.6 De WG29 geeft het volgende voorbeeld van een menselijke tussenkomst:

> "Een geautomatiseerd proces produceert iets wat in feite een aanbeveling betreffende een betrokkene is. Als een mens het proces beoordeelt en bij het nemen van het definitieve besluit rekening houdt met andere factoren, zou dat besluit niet "uitsluitend op geautomatiseerde verwerking gebaseerd" zijn."[18]

4.7 Wanneer iemand altijd zonder meer geautomatiseerde gegenereerde aanbevelingen opvolgt, is er geen sprake van een menselijke tussenkomst en levert dat dus geautomatiseerde besluitvorming op.

4.8 Volgens de WG29 kunnen de begrippen geautomatiseerde besluitvorming en profilering overlappen. Het zijn geen noodzakelijkerwijs gescheiden activiteiten, en het verschil is fluïde; geautomatiseerde besluitvorming kan ontwikkelen tot profilering.[19] Dit wordt geïllustreerd aan de hand van het volgende voorbeeld:

> "Het opleggen van snelheidsboeten louter op grond van bewijs van flitscamera's is geautomatiseerde besluitvorming waarbij niet noodzakelijkerwijs profilering wordt toegepast.
>
> Er zou echter sprake zijn van een besluit op basis van profilering als de rijgewoonten van de persoon langere tijd werden waargenomen en de hoogte van de boete bijvoorbeeld is bepaald op grond van een beoordeling waarin ook andere factoren zijn meegenomen, zoals de vraag of de persoon herhaaldelijk snelheidsovertredingen heeft begaan of de vraag of de bestuurder recentelijk andere verkeersovertredingen heeft begaan."[20]

4.9 Tot zover de duiding van de begrippen profilering en geautomatiseerde besluitvorming. Het verbod van artikel 22, lid 1, AVG geldt pas als deze handelingen leiden tot een besluit waaraan rechtsgevolgen zijn verbonden, of een besluit dat de betrokkene anderszins in aanmerkelijke mate treft. Wij gaan deze elementen langs.

---

17 Zie: WG29, 'Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679', laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 24-25.
18 Zie: WG29, 'Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679', laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 24.
19 Zie: WG29, 'Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679', laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 9.
20 Zie: WG29, 'Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679', laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 9.

## 5 Besluit met rechtsgevolgen

5.1 Allereerst verdient opmerking dat het begrip 'besluit' breder moet worden opgevat dan in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), het begrip kan bijvoorbeeld dus ook privaatrechtelijke rechtshandelingen omvatten.[21] Het HvJEU heeft bepaald dat het begrip een ruime strekking heeft, en verschillende handelingen kan omvatten die de betrokkene op verschillende manieren kunnen treffen.[22]

5.2 Op basis van het bovenstaande menen wij dat de drempel om te kunnen spreken van een besluit in de zin van de AVG laag is. Van groter belang is de vraag wanneer sprake is van een besluit *met rechtsgevolgen*. Daar gaan wij nu op in.

5.3 Ook het begrip 'rechtsgevolgen' is niet gedefinieerd in de AVG. De WG29 schrijft evenwel dat bij een rechtsgevolg sprake is van een invloed op iemands wettelijke rechten of plichten, of op iemands juridische status of zijn rechten uit hoofde van een overeenkomst. Hierbij wordt een drietal voorbeelden gegeven:

- beëindiging van een overeenkomst;
- het recht op of de weigering van een bepaalde wettelijk toegekende sociale uitkering, zoals kinderbijslag of huurtoeslag;
- weigering van toelating tot een land of van toekenning van een nationaliteit.[23]

## 6 Besluit dat de betrokkene anderszins in aanmerkelijke mate treft

6.1 Een besluit dat is gebaseerd op uitsluitend geautomatiseerde verwerking is ook verboden, wanneer het de betrokkene anderszins in aanmerkelijke mate treft. Dus ook wanneer er geen verandering optreedt in iemands wettelijke rechten of plichten, kan sprake zijn van verboden geautomatiseerde besluitvorming.

6.2 De toevoeging 'anderszins' geeft aan dat de drempel om te kunnen spreken van een aanmerkelijke mate vergelijkbaar is met de mate waarin een betrokkene wordt getroffen bij een besluit met een rechtsgevolg.[24] Het moet in beide gevallen gaan om ernstige, aanzienlijke effecten.[25]

6.3 Volgens de WG29 is hiervan sprake wanneer de effecten van de verwerking groot of belangrijk genoeg zijn om aandacht te verdienen, in andere woorden moet het besluit het potentieel hebben om:

---

21 *Kamerstukken II* 2017-2018, 34 851, nr. 3 (MvT UAVG), p. 120.
22 HvJEU 7 december 2023, ECLI:EU:C:2023:957 (*SCHUFA Scoring*), r.o. 45-46.
23 Zie: WG29, 'Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679', laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 25.
24 Zie: WG29, 'Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679', laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 25.
25 Zie: WG29, 'Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679', laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 25.

- de omstandigheden, het gedrag of de keuzen 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 van personen te leiden.[26]

6.4 Hierbij worden de volgende voorbeelden gegeven:

- besluiten die iemands financiële situatie treffen, zoals zijn mogelijkheid om in aanmerking te komen voor een lening;
- besluiten die iemands toegang tot gezondheidszorgdiensten treffen;
- besluiten waarmee iemand de toegang tot een werkgelegenheidskans wordt geweigerd of waarmee hij daarbij ernstig wordt benadeeld;
- besluiten die iemands toegang tot onderwijs, bijvoorbeeld toelating tot een universiteit, treffen.[27]

6.5 De WG29 noemt ook het voorbeeld dat een bedrijf tienduizenden sollicitaties ontvangt, en vanwege dit hoge aantal, volledig geautomatiseerde middelen worden gebruikt om ongeschikte kandidaten eruit te filteren.[28]

6.6 In overweging 71 van de AVG wordt ook een tweetal voorbeelden gegeven:

- de automatische weigering van een online ingediende kredietaanvraag;
- verwerking van sollicitaties via internet zonder menselijke tussenkomst.

6.7 In het kader van op profilering gebaseerde reclame, overweegt de WG29 dat ook sprake kan zijn van een besluit dat de betrokkene in aanmerkelijke mate treft. Hierbij noemt de WG29, ter illustratie, de volgende omstandigheden die zouden kunnen leiden tot de conclusie dat sprake is van een in aanmerkelijke mate treffen:

- het indringende karakter van het profileringsproces, zoals opsporing via verschillende websites, apparaten en diensten;
- de verwachtingen en wensen van de betrokken personen;
- de manier waarop de advertentie wordt gepresenteerd; of
- het gebruik van kennis over de kwetsbaarheden van de benaderde betrokkenen.

6.8 Hierbij merkt de WG29 nog op dat verwerkingen die personen in het algemeen weinig treffen, bepaalde groepen zoals kwetsbare volwassenen alsnog in aanmerkelijke mate kunnen treffen. Als voorbeeld wordt het geval genoemd dat een persoon met een

---

[26] Zie: WG29, 'Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679', laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 26.
[27] Zie: WG29, 'Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679', laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 26.
[28] Zie: WG29, 'Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679', laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 28.

precaire financiële situatie regelmatig advertenties krijgt voor leningen met een hogere rente, met nog diepere schulden als gevolg.[29]

6.9 Blijkens de wettekst, gaat het bij het verbod van artikel 22 AVG enkel om het gevolg van een besluit, dat de betrokkene in aanmerkelijke mate moet treffen. Maar bij de bovenstaande opsomming betrekt de WG29 ook andere omstandigheden dan het enkele gevolg, zoals het karakter van het profileringsproces zelf en de verwachtingen van betrokkenen. Bovenstaande opsomming is slechts een voorbeeld van mogelijke relevante omstandigheden in het kader van op profilering gebaseerde reclame. Maar het punt is dat de WG29 wel andere omstandigheden dan het enkele gevolg van profilering laat meewegen, en daarmee wordt het begrip dus verruimd ten opzichte van de wettekst, en is het vatbaar voor een casuïstische beoordeling door de rechter, die rekening kan houden met alle omstandigheden van het geval.

> In dit kader zien de "omstandigheden van het geval" op het concrete profileringsproces.

6.10 Hierna bespreken wij een aantal voorbeelden uit de rechtspraak.

6.11 Zo heeft de rechtbank Den Haag, in een zaak die draaide om de inzet van het Systeem Risicoindicatie (SyRI) door het ministerie van SZW, geoordeeld dat dit systeem betrokkenen in aanmerkelijke mate treft omdat een risicomelding gedurende twee jaar kan worden opgeslagen, en voor twintig maanden mocht worden gebruikt. Ook mocht de risicomelding worden gedeeld met het OM en de politie. Dat een risicomelding niet steeds tot verder onderzoek of een sanctie hoefde te leiden, en dat het ook niet als enige grond voor een handhavingsbesluit mocht worden gebruikt, deed niet af aan het oordeel van de rechtbank. De rechtbank verwees hierbij expliciet naar de hiervoor uitgezette richtsnoeren van de WG29:

> "Hoewel naar het oordeel van de rechtbank de inzet van SyRI, anders dan door NJCM c.s. is betoogd, als zodanig niet op rechtsgevolg is gericht - niet civielrechtelijk en evenmin bestuurs- of strafrechtelijk - heeft een risicomelding wel een aanmerkelijk effect op het privéleven van degene op wie de melding betrekking heeft. De rechtbank ontleent die conclusie mede aan de richtsnoeren van de artikel 29 Data Protection Working Party (zie hiervoor 6.36). Een risicomelding kan voor gedurende twee jaar worden opgeslagen en mag voor (maximaal) twintig maanden door de deelnemers van het desbetreffende SyRI-project worden gebruikt. Verder mag ook aan het OM en aan de politie desgevraagd mededeling van de risicomelding worden gedaan. Dat een risicomelding niet steeds tot verder onderzoek hoeft te leiden, of tot een (bestuursrechtelijke of strafrechtelijke) sanctie en ook

[29] Zie: WG29, 'Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679', laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 26.

niet als enige basis voor een handhavingsbesluit mag worden gebruikt, doet niet af aan het aanmerkelijke effect op het privéleven van een betrokkene."[30]

6.12 In een zaak tegen Uber, heeft het Hof Amsterdam over een aantal geautomatiseerde systemen van Uber geoordeeld dat deze de betrokken taxichauffeurs in aanmerkelijke mate troffen. Het ging om verschillende systemen die, over het geheel gezien, invloed hadden op het verdienvermogen van de taxichauffeurs. Dit gegeven was beslissend voor het oordeel dat sprake is van een in aanmerkelijke mate treffen. Dat het Hof de beoordelingsdrempel niet heel hoog legt, blijkt o.i. uit de volgende rechtsoverweging:

> "In de derde plaats wensen [appellant sub 1] c.s. informatie over het vaststellen van (gemiddelde) beoordelingen van chauffeurs: Uber heeft toegelicht dat beoordelingen worden gegeven door de passagiers, en niet door Uber, en dat Uber die beoordelingen slechts combineert om tot een gemiddelde rating van de chauffeur te komen. Uit de privacy verklaring (zie hiervoor, 2.6) blijkt dat de gecombineerde beoordelingen gronden kunnen vormen voor deactivering van de chauffeurs. Daarmee kunnen deze gecombineerde beoordelingen, weliswaar op indirecte wijze, naar het oordeel van het hof aanzienlijke effecten voor de chauffeurs teweeg brengen. De vaststelling van die gemiddelde ratings treft de chauffeurs dan ook in aanmerkelijke mate."[31]

6.13 Het automatisch bundelen van de beoordelingen van klanten van taxichauffeurs treft hen in aanmerkelijke mate omdat dit (weliswaar indirect) zou kunnen leiden tot deactivering van het account van de chauffeurs.

6.14 Een andere zaak die speelde bij het Hof Amsterdam, draaide onder andere om een 'fraud probability score' die werd ontwikkeld door Ola ten behoeve van een digitaal taxiplatform. Het ging om een score over chauffeurs die bij Ola intern werd gebruikt, en leidde tot het stempel 'verdacht' of 'niet verdacht'. Het Hof oordeelde dat dit systeem de betrokkenen in aanmerkelijke mate treft:

> "Ola heeft niet ontkend dat er dergelijke profielen bestaan van [appellant sub 1] c.s. Sterker nog, Ola heeft [appellant sub 1] c.s. laten weten dat zij (inmiddels) in het segment 'niet verdacht' zijn opgenomen. Naar het oordeel van het hof treft deze score [appellant sub 1] c.s. in aanmerkelijke mate. Van deze score hangt immers af of Ola al dan niet overgaat tot nadere maatregelen jegens de chauffeur. Daar komt bij dat de score, als die negatief is, een ernstige aantijging impliceert jegens de chauffeur, die ook nog andere zware repercussies kan hebben, zoals [appellant sub 2] ter zitting heeft toegelicht en niet door Ola is betwist, zoals een melding bij de toezichthouder Transport for [plaats A] en de intrekking van de taxilicentie. Aanvankelijk had Ola [appellant sub 2] verdacht van fraude en het heeft [appellant sub 2] bijzonder veel moeite gekost om deze verdachtmaking gewist te krijgen uit

[30] Rechtbank Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, r.o. 6.59. Opmerking verdient nog dat uit de bewoordingen van de rechtbank niet duidelijk blijkt of dit oordeel is gegeven in het kader art. 22 AVG, of art. 8 EVRM.

[31] Gerechtshof Amsterdam 4 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:796, r.o. 3.35.

> het systeem van Ola. Doordat hij geen informatie had over hoe de beschuldiging tot stand was gekomen, heeft hij zich ook niet goed kunnen verweren. Dat de score bij [appellant sub 1] c.s. uiteindelijk positief is uitgevallen, doet niet af aan het belang van die score. Uit het document 'How we process your data' blijkt bovendien dat de score van belang is bij de toedeling van ritten door Ola. Het argument van Ola, opgeworpen in (punt 7.4.1 van) haar incidenteel hoger beroep, dat het hier gaat om besluitvorming voor intern gebruik slaagt niet, aangezien die omstandigheid de score niet onttrekt aan de werkingssfeer van artikel 22 lid 1 AVG."[32]

6.15 Het gegeven dat het systeem ook een voor de betrokkene positief oordeel kan vellen, namelijk 'niet verdacht', deed dus niet af aan het belang van de score. Ook deed aan het oordeel van het Hof niet af dat de score slechts werd gebruikt voor interne besluitvorming.

6.16 Als laatste wijzen wij op het eerder aangehaalde arrest van het HvJEU inzake SCHUFA Scoring. Het bedrijf SCHUFA berekent scores die een voorspelling doen over het waarschijnlijke gedrag van consumenten. Kredietverstrekkers kunnen de diensten van SCHUFA gebruiken om kredietaanvragen te beoordelen. In deze zaak stond vast, dat een ontoereikende score vrijwel altijd een weigering van het gevraagde krediet tot gevolg had, en de handelswijze van de kredietverstrekker dus hoofdzakelijk door die waarde wordt bepaald. Hiermee heeft de vaststelling van de score door SCHUFA, via de handelswijze van derden, op zijn minst in aanmerkelijke mate gevolgen voor de betrokkene.[33]

> De meeste voorbeelden uit de rechtspraak zien op profilering door private partijen, desalniettemin menen wij dat deze rechtspraak onverminderd relevant is voor overheidsorganen. Dus ook indien gebruik wordt gemaakt van een wettelijke bevoegdheid (bv. het controleren van aangiften), en de betrokkene een wettelijke plicht heeft om mee te werken, doet dit niets af aan de beoordeling of sprake is van verboden profilering.

6.17 Aan dit oordeel is opvallend dat ook wanneer de profilerende partij niet zelf een besluit met aanmerkelijke gevolgen neemt, maar een derde op basis van de informatie van de profilerende partij, dit alsnog wordt meegewogen bij de vraag of de profilerende partij een besluit neemt met aanmerkelijke gevolgen.

6.18 Concluderend stellen wij vast dat bij de beantwoording van de vraag of een op uitsluitend geautomatiseerde verwerking gebaseerd besluit de betrokkene in aanmerkelijke mate treft, alle omstandigheden die horen bij het concrete profileringsproces moeten worden meegewogen.

---

[32] Gerechtshof Amsterdam 4 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:804, r.o. 3.37.
[33] HvJEU 7 december 2023, ECLI:EU:C:2023:957 (*SCHUFA Scoring*), r.o. 48.

## 7 Beantwoording van de vragen

*1. Kan de landsadvocaat de stelling onderschrijven dat deze selectie een vorm is van geautomatiseerde verwerking, maar geen besluit is in de zin van de Algemene wet bestuursrecht en geen rechtsgevolgen heeft?*

Zoals eerder opgemerkt, kent de AVG een eigen besluitbegrip, en is dus niet doorslaggevend of sprake is van een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Wij gaan daarom in op de vraag of de automatische selectie – wat op zichzelf een uitsluitend op geautomatiseerde verwerking gebaseerd besluit is – een besluit is met rechtsgevolgen, in de zin van de AVG.

Zoals uiteengezet in hoofdstuk 5, is van een rechtsgevolg sprake bij een verandering van iemands wettelijke rechten of juridische status. Iedere aangifte of aanvraag wordt gecontroleerd, en de mogelijkheid dat dit al dan niet handmatig zou plaatsvinden maakt als zodanig niet dat er een verandering optreedt in de wettelijke rechten of juridische status.

Maar zoals in de aan ons toegezonden notitie terecht is opgemerkt (p. 2), kan dat veranderen wanneer de aangifte of de aanvraag op volledig geautomatiseerde wijze wordt afgehandeld. De vaststelling van de aangifte of de aanvraag is een besluit dat op rechtsgevolg is gericht. Wij achten het daarom waarschijnlijk dat zal worden geoordeeld dat er sprake is van een besluit met rechtsgevolg in de zin van artikel 22 AVG.

*2. Zo ja, kan de landsadvocaat aangeven of deze manier van geautomatiseerde selectie valt onder de definitie van profilering en of de selectie de betrokkene in aanmerkelijke mate raakt?*

De vraag of sprake is van profilering, wordt beantwoord aan de hand van de toegezonden selectiecriteria bij vraag 6. De vraag of de selectie de betrokkene in aanmerkelijke mate raakt, wordt beantwoord bij vraag 4.

*3. Kan de landsadvocaat adviseren over de vraag of de definitie van profileren in de zin van de AVG breed, in de zin dat iedere beoordeling van beroepsprestaties, economische situatie, gezondheid, persoonlijke voorkeuren, interesses, betrouwbaarheid, gedrag, locatie of verplaatsingen per definitie als profilering te gelden heeft, of smal moet worden opgevat.*

Wij hebben deze vraag beantwoord in randnummers 3.7 – 3.18. Wij herhalen hier onze conclusie:

Concluderend stellen wij vast dat de wettelijke definitie van profilering ruim is bedoeld. Het gaat immers om elke vorm van geautomatiseerde verwerking van

persoonsgegevens waarbij bepaalde persoonlijke aspecten van een individu worden geëvalueerd. In de rechtspraak wordt deze definitie vervolgens eveneens ruim uitgelegd.

*4. Kan de landsadvocaat verder een eenduidig antwoord geven op de vraag of de selectie zelf, van wel of niet te behandelen aangiften of aanvragen, in die gevallen dat de selectie plaatsvindt met een geautomatiseerd selectie-instrument dat gebruik maakt van profilering, kan worden aangemerkt als een besluit waaraan rechtsgevolgen zijn verbonden of dat een betrokkene anderszins in aanmerkelijke mate treft in de zin van artikel 22 AVG?*

Wij menen dat het enkele, op profilering gebaseerde, besluit om een betrokkene al dan niet handmatig te controleren op zich geen rechtsgevolg met zich brengt, maar achten het niettemin waarschijnlijk dat sprake is van een besluit met rechtsgevolg in de zin van artikel 22 AVG, omdat de vaststelling van de aangifte of de aanvraag wel een besluit is dat op rechtsgevolg is gericht en die vaststelling geautomatiseerd kan plaatsvinden. Dit antwoord hebben wij uitgewerkt bij de behandeling van vraag 1.

Wij gaan nu in op de vraag of de selectie zelf, als sprake is van profilering, de betrokkene in aanmerkelijke mate treft.

Zoals gezegd nemen wij tot uitgangspunt dat niet slechts moet worden gekeken naar het gevolg van de eerste selectie, maar dat ook moet worden gekeken naar de uiteindelijke mogelijke gevolgen van het gehele selectiesysteem.

In de arresten betreffende de Uber- en Ola-zaak[34], komt immers naar voren dat het Hof relevant acht dat de resultaten van profilering *kunnen* worden gebruikt voor besluiten die betrokkenen in aanmerkelijke mate zouden treffen.

> Hierbij tekenen wij aan, dat de rechter nog niet specifiek heeft geoordeeld over in hoeverre de uiteindelijke mogelijke (rechts)gevolgen van een besluit moeten worden meegewogen bij de beoordeling van een besluit dat op zich geen rechts- of aanmerkelijke gevolgen met zich meebrengt (zoals het geval is bij het enkele besluit om iemand al dan niet handmatig te controleren met behulp van profilering). Op basis van o.a. bovenstaande jurisprudentie, waarin de rechter de mogelijke uiteindelijke gevolgen wel betrekt in het oordeel, houden wij echter ernstig rekening met het geval dat deze mogelijke gevolgen wél moeten worden meegewogen.

Wanneer wij dat vertalen naar de voorliggende casus, dan is het uiteindelijke besluit om al dan niet handmatig te controleren, (mede) afhankelijk geweest van de uitkomsten van het automatische selectiesysteem. Het besluit dat wij hier meewegen,

---

[34] Respectievelijk: Gerechtshof Amsterdam 4 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:796, en: Gerechtshof Amsterdam 4 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:804.

is dus het besluit om al dan niet over te gaan tot handmatige controle, (mede) op basis van de resultaten van het automatische selectiesysteem.

Ten tweede geldt, zoals wij hebben uiteengezet in randnummer 6.9, dat bij de beoordeling of een betrokkene in aanmerkelijke mate wordt getroffen niet slechts naar de (directe) gevolgen van een besluit moet worden gekeken, maar naar alle omstandigheden die zien op het profileringsproces.

Ten derde is van belang om op te merken dat ook positieve gevolgen van profilering kunnen maken dat een betrokkene in aanmerkelijke mate wordt getroffen. Bijvoorbeeld in de hiervoor besproken Ola-zaak, deed het oordeel dat de betrokkene 'niet verdacht' was, niet af aan het belang van de score op basis waarvan dit oordeel werd gegeven.[35]

Dus ook wanneer profilering wordt toegepast in het kader van dienstverlening aan burgers kan sprake zijn van een besluit dat in aanmerkelijke mate treft. Het selectiesysteem is weliswaar van waarde bij het efficiënt behandelen van aanvragen en aangiftes, maar het systeem beoordeelt ook de kans dat mogelijk sprake is van een onjuiste aanvraag of aangifte. Indien die kans boven een bepaalde drempelwaarde komt, kan worden besloten tot handmatige controle, en dat kan aanmerkelijke (negatieve) gevolgen hebben in een concreet geval. Daar gaan wij hierna nader op in.

Langs deze uitgangspunten, achten wij het waarschijnlijk dat bij de eerste selectie zelf al sprake is van een besluit dat de betrokkene in aanmerkelijke mate treft.

Op basis van het selectiesysteem kan worden besloten om over te gaan tot handmatige controle van de betrokkene. Wanneer deze handmatige controle aanleiding geeft tot een uitvraag van nadere informatie, dan heeft de betrokkene een wettelijke meewerkplicht.[36] In dit geval kan het dus zo zijn dat (indirect) een wettelijke plicht wordt geactiveerd. Dit kan ertoe leiden dat de betrokkene meer informatie moet verstrekken, en dus dat de betrokkene meer tijd kwijt is aan de aangifte of aanvraag. Ook kan het dan langer duren voordat een besluit wordt genomen op de aangifte of aanvraag. Hiernaast is de kans groter dat eventuele (andere) onregelmatigheden aan het licht komen, met als mogelijk uiteindelijk gevolg dat de aangifte of aanvraag inhoudelijk negatiever wordt beoordeeld. Dit kan uiteraard ook financiële gevolgen hebben voor de betrokkene. Als laatste kan het feit dat een betrokkene handmatig is gecontroleerd ertoe leiden dat de betrokkene in latere jaren eveneens handmatig wordt gecontroleerd.

Volgens de WG29 moet ook worden meegewogen dat bepaalde verwerkingen in het algemeen mogelijk weinig ingrijpend zijn, maar dat dit anders kan zijn voor bepaalde groepen zoals financieel kwetsbare volwassenen (zie randnummer 6.8). Deze

---

35 Gerechtshof Amsterdam 4 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:804, r.o. 3.37.
36 Zie bijv. artikel 47 Algemene wet inzake rijksbelastingen.

overweging is relevant voor de voorliggende casus, omdat ook geselecteerd wordt op bepaalde groepen waarvan bekend is dat zij meer fouten maken, zoals startende ondernemers. Wanneer deze groep automatisch geselecteerd wordt voor een handmatige beoordeling, is er een kans dat meer fouten aan het licht komen.

Het feit dat op basis van het automatische selectiesysteem ook kan worden geoordeeld dat géén handmatige selectie plaatsvindt, doet aan het voorgaande niet af. Zoals uiteengezet in randnummer 6.14, heeft het Hof immers bepaald dat eventuele positieve gevolgen niet afdoen aan het belang van de score i.c. Met andere woorden: een in aanmerkelijke mate treffen kan ook zien op juist positieve gevolgen.

Er zijn ook argumenten tegen de stelling dat de besluiten die via het profilerende selectiesysteem worden genomen, besluiten zijn die betrokkenen in aanmerkelijke mate treffen in de zin van art. 22 AVG.

Ten eerste kan worden betoogd dat het besluit om over te gaan tot handmatige controle geen materiële gevolgen heeft voor het uiteindelijk te nemen inhoudelijke besluit op de aanvraag of aangifte. Hierdoor is dit besluit van ondergeschikte betekenis, en is geen sprake van een in aanmerkelijke mate treffen. Wij menen dat dit argument technisch gezien hout snijdt, maar dat hiertegenover wel kan worden gewezen op het feit dat een handmatig gecontroleerde aanvraag of aangifte een hogere kans heeft op de detectie van ongeregeldheden. *In de praktijk* is er dus wel een mogelijk inhoudelijk gevolg voor de beoordeling van de aanvraag of aangifte.

Ten tweede kan van alle hiervoor genoemde omstandigheden worden gesteld dat deze de betrokkene niet in aanmerkelijke mate treffen, nu iedere betrokkene in principe handmatig gecontroleerd kan en mag worden. Dat daarbij gebruik wordt gemaakt van een automatisch selectiesysteem doet hier niets aan af. Hier kan echter tegenin worden gebracht dat ook de selectieve inzet van een wettelijke bevoegdheid een aanmerkelijk gevolg kan hebben voor een betrokkene. Feitelijk wordt de betrokkene bijvoorbeeld blootgesteld aan een verhoogde kans op nadelige gevolgen, doordat handmatig wordt gecontroleerd. Deze kans doet zich in mindere mate voor in de gevallen van een (volledig) geautomatiseerde controle. En andersom: een gemiste kans op voordeel, kan ook als nadeel worden bestempeld.

Ons antwoord op de vraag luidt dus dat de besluiten die via het profilerende selectiesysteem worden genomen, naar alle waarschijnlijkheid besluiten zijn die betrokkenen in aanmerkelijke mate treffen in de zin van art. 22 AVG.

*5. Kan de landsadvocaat onderschrijven dat indien de Belastingdienst en Dienst Toeslagen zich beperken tot fiscaal relevante of voor toeslagen relevante selectiecriteria, er in principe geen sprake kan zijn van profilering, omdat het persoonlijke aspect ontbreekt?*

Zoals uit de definitie van het begrip profilering volgt, is van belang of sprake is van een geautomatiseerde *evaluatie* van persoonlijke aspecten van een betrokkene. Hiervan is met name sprake als het doel is om een analyse of voorspelling te doen over bijvoorbeeld het gedrag of de betrouwbaarheid van de betrokkene, maar de definitie is niet beperkt tot die gevallen.

Profilering moet dus een evaluatie van persoonlijke aspecten bevatten. Dit veronderstelt een zeker subjectief aspect in de evaluatie, en een zekere mate van beoordeling van een betrokkene. Het gebruik van fiscaal- of voor toeslagen relevante criteria is daarbij eerder een ondergrens – de te gebruiken gegevens zullen relevant moeten zijn, anders mogen ze niet gebruikt worden – dan een gegeven dat maakt dat geen sprake is van profilering.

Hierbij merken wij op dat de wetgever heeft overwogen dat geautomatiseerde individuele besluitvorming op basis van strikt individuele kenmerken mogelijk moet zijn. Hierbij kan worden gedacht aan gebonden besluitvorming in het kader van het toekennen van bepaalde toeslagen. Wij citeren de wetgever:

> "Wanneer er sprake is van uitoefening van gebonden bevoegdheden, waarbij er daarenboven zeer geringe beoordelingsruimte is, heeft menselijke tussenkomst bij besluitvorming in beginsel geen meerwaarde. Men denke hierbij bijvoorbeeld aan het toekennen van kinderbijslag, het opleggen van een boete in het kader van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (Wahv), het bijstellen van de hoogte van het recht op studiefinanciering op basis van veranderingen in het inkomen van een van de ouders of het zonder menselijke tussenkomst vaststellen van een overtreding van de maximumsnelheid. Dit zijn allemaal besluiten die genomen worden zonder menselijke tussenkomst. Er is geen reden vanuit het belang van bescherming van persoonsgegevens om geautomatiseerde besluitvorming in dit kader onmogelijk te maken. De risico's die de verordening, blijkens de overweging 71, beoogt in te dammen met dit artikel, doen zich hier feitelijk niet voor. Dit is de reden dat in artikel 40 van onderhavige Uitvoeringswet een uitzondering wordt voorgesteld. Als er sprake is van geautomatiseerde individuele besluitvorming, anders dan op basis van profilering, en deze noodzakelijk is om te voldoen aan een wettelijke verplichting die op de verwerkingsverantwoordelijke rust of ter uitvoering van een taak van algemeen belang, dan is het verbod van artikel 22, eerste lid, van de verordening niet van toepassing."[37]

[37] *Kamerstukken II* 2017-2018, 34 851, nr. 3 (MvT UAVG), p. 120-121.

In het kader van geautomatiseerde individuele besluitvorming, anders dan op basis van profilering, heeft de wetgever dus erkend dat bepaalde gebonden besluiten heel goed op basis van geautomatiseerde verwerkingen kunnen plaatsvinden. Daarom is er voor dit type besluiten een uitzondering gecreëerd.

Het nemen van automatische besluiten op grond van zuiver objectieve criteria valt daarmee onder het toepassingsbereik van bovenstaande uitzondering. Hierbij moet worden gewaakt voor het toevoegen van andere criteria die weliswaar relevant zijn voor het te nemen besluit, maar niet zuiver objectieve criteria zijn. In dit geval zou sneller sprake kunnen zijn van profilering. Wij brengen het volgende voorbeeld van de WG29 in herinnering:

> "Het opleggen van snelheidsboeten louter op grond van bewijs van flitscamera's is geautomatiseerde besluitvorming waarbij niet noodzakelijkerwijs profilering wordt toegepast.
>
> Er zou echter sprake zijn van een besluit op basis van profilering als de rijgewoonten van de persoon langere tijd werden waargenomen en de hoogte van de boete bijvoorbeeld is bepaald op grond van een beoordeling waarin ook andere factoren zijn meegenomen, zoals de vraag of de persoon herhaaldelijk snelheidsovertredingen heeft begaan of de vraag of de bestuurder recentelijk andere verkeersovertredingen heeft begaan."[38]

Dit voorbeeld laat zien dat sprake kan zijn van een zeker subjectief aspect en daarmee profilering, wanneer een persoon wordt geëvalueerd op basis van eerdere ervaringen, of algemene ervaringsregels worden meegenomen.

Wij voegen hier nog een voorbeeld aan toe. Wanneer moet worden vastgesteld of iemand in aanmerking komt voor een toeslag, en daarbij een inkomenslimiet geldt, is het automatische toetsen van dit limiet aan het opgegeven inkomen zuiver objectief. Er zitten geen subjectieve aspecten aan.

Dit verandert wanneer op *het risico* wordt getoetst dat iemand zijn inkomen juist heeft opgegeven. Een risicovoorspelling is naar haar aard afhankelijk van subjectieve veronderstellingen, en zal daardoor doorgaans een evaluatie van persoonlijke aspecten omvatten.

In het eerste voorbeeld wordt de persoon niet geëvalueerd, er wordt slechts vastgesteld wat het opgegeven inkomen is, en dat wordt getoetst aan het limiet. In het tweede geval vindt een evaluatie plaats van de persoon, aan de hand van persoonlijke aspecten.

Ons antwoord op de vraag is dus dat ook bij het gebruik van slechts fiscaal relevante criteria, sprake kan zijn van profilering.

---

[38] Zie: WG29, 'Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679', laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 9.

*6. Kan de landsadvocaat aangeven of onderstaande selectieredenen voldoen aan de definitie van profilering? Zo ja, waarom? Zo nee, waarom niet?*

Wij nemen de selectiecriteria nogmaals op:

1. Beoordeel hoog bedrag totaal aftrekposten in relatie tot het inkomen;
2. Aftrekbare kosten ROW beoordelen in verhouding tot opbrengst;
3. Eerste jaar aftrek rente en kosten eigen woning beoordelen;
4. Reserveringsruimte gebruikt, overschrijding maximumbedrag, zie leeftijd belastingplichtige;
5. Beoordeel aftrekbare kosten i.v.m. ontvangen alimentatie;
6. Aftrek erfpacht/opstal eigenwoning beoordelen - eerste jaar aftrek;
7. Beoordeel aftrek specifieke zorgkosten - vult veel verschillende subrubrieken in;
8. Geclaimde jonggehandicaptenkorting beoordelen - volgens UWV niet Wajong-gerechtigd;
9. Totaal persoonsgebonden aftrek beoordelen;
10. Beoordeel op basis van correcties in eerdere jaren, aangiftegedrag, betalingsgedrag, opgelegde boetes, postbusadres of de omstandigheid dat er veel personen staan ingeschreven op een adres.

Zoals aangegeven in ons antwoord op vraag 5, zal bij een risicobeoordeling doorgaans snel sprake zijn van een evaluatie van persoonlijke aspecten – en daarmee profilering – aangezien het doel is om het gedrag of de betrouwbaarheid van een persoon te voorspellen. Of, in het geval van de Belastingdienst of Dienst Toeslagen, zal de risicobeoordeling wijzen in de richting van een (mogelijk) onvolledige of onjuiste aangifte of aanvraag, of juist in de richting dat daarvan (waarschijnlijk) geen sprake is.

Tegen deze achtergrond, menen wij dat bij alle criteria, afgezien van nummer 4 en 8, sprake is van profilering.

Selectiecriterium 1 en 2 doen een voorspelling over de plausibiliteit van de aangifte bij een hoog bedrag aan aftrekposten in relatie tot het inkomen of het resultaat uit overige werkzaamheden. Dit is gebaseerd op de ervaringsregel dat in deze gevallen sprake kan zijn van een incorrecte aangifte.

Selectiecriterium 3 en 6 zijn gebaseerd op de ervaringsregel dat betrokkenen vaak fouten maken wanneer zij voor het eerst de bedoelde aftrekposten opgeven.

Selectiecriterium 5 is gebaseerd op de ervaringsregel dat vaak fouten worden gemaakt bij aangiftes waarbij alimentatie wordt betaald of ontvangen.

Selectiecriterium 7 is gebaseerd op de ervaringsregel dat indien meerdere subrubrieken zijn ingevuld, er sprake is van een hogere foutkans.

Selectiecriterium 9 is gebaseerd op de ervaringsregel dat vanaf een bepaald opgegeven bedrag aan persoonsgebonden aftrek, er sprake is van een hogere foutkans.

Criterium 10 is gebaseerd op het eerdere handelen of nalaten van betrokkene.

Het gaat bij deze criteria steeds om een evaluatie van persoonlijke aspecten, omdat deze, naar wij hebben begrepen, is gebaseerd op eerdere ervaringen. Hierbij is het doel steeds om een voorspelling te doen over het gedrag of de betrouwbaarheid van de betrokkene.

Als voorbeeld belichten wij selectiecriterium 3. Dit criterium is gebaseerd op de ervaring dat betrokkenen vaak fouten maken wanneer zij voor het eerst aftrek rente en kosten eigen woning opgeven. Dit is een klassiek voorbeeld van profilering, omdat in dit geval de ervaringen met een bepaalde groep, worden toegepast op een individu, met als doel om het gedrag van die persoon te voorspellen.

Criterium 4 en 8 lijken anders, en zijn o.i. geen profilerende selectieregels.

Criterium 4 is gebaseerd op een wettelijke bepaling. Bij de toepassing van dit criterium wordt de leeftijd slechts getoetst aan het aan de leeftijd gekoppelde wettelijke maximumbedrag.

Criterium 8 bevat slechts een check op de feitelijke juistheid van de opgegeven gegevens. Wij nemen hierbij aan dat deze check altijd wordt gedaan, indien dat mogelijk is. De opgegeven cijfers worden geverifieerd, aan de hand van naar wij begrijpen objectieve andere bronnen dan de aangifte zelf.

In beide gevallen is sprake van een vaststelling, en niet van een evaluatie van persoonlijke aspecten, en dus geen profilering.

Ons antwoord op de vraag is dus dat naar ons oordeel bij alle bovenstaande criteria sprake is van profilering, afgezien van criterium 4 en 8.

*7 (a). Kan de Landsadvocaat per soort knock-out selectiecriterium aangeven of hierbij sprake is van profilering? Wat is hierbij beslissend?*

Zie onderstaand een niet-limitatieve lijst van verschillende soorten knock-out criteria die de Dienst Toeslagen gebruikt:

1. Informatie die noodzakelijk is voor het in behandeling nemen van een aanvraag ontbreekt. De aanvraag kan dus niet behandeld worden. In dit geval wordt afhankelijk van het geval of handmatig behandeld, of geautomatiseerd een uitvraag gedaan.

   Een voorbeeld hiervan is dat het toetsingsinkomen geschatte draagkracht ontbreekt. De aanvraag bevat geen toetsingsinkomen van de burger. Zonder

toetsingsinkomen kan de aanvraag niet behandeld worden. Er wordt automatisch een vraagbrief naar de burger gestuurd.

2. Als gevolg van bijzondere kenmerken van een aanvraag, kan het systeem de aanvraag niet geautomatiseerd behandelen. Het gaat hier dus om een overschrijding van de grenzen van wat er binnen de systemen van Dienst Toeslagen technisch mogelijk is. Hierop volgt handmatige behandeling.

   Een voorbeeld hiervan doet zich voor indien kinderopvanggebruik ook aanwezig is bij een andere burger. Er vindt uitworp plaats als er voor een kind door twee ouders kinderopvangtoeslag wordt geclaimd en de ouder die niet op hetzelfde adres is ingeschreven, niet bekend is als co-ouder.

   Een ander voorbeeld is dat de aanvraag soms niet gevonden wordt. Uitval vindt plaats bij een stopzetting door de burger of namens de burger, terwijl er geen lopende aanvraag is. Naar aanleiding van deze uitval wordt contact opgenomen met de burger om te achterhalen wat precies de bedoeling was. Het kan bijvoorbeeld zijn dat de burger vergeten is om een aanvraag in te dienen.

3. Het is technisch mogelijk om de aanvraag geautomatiseerd te behandelen, maar de kans is zeer groot dat de aanvrager geen recht heeft. Hierop volgt handmatige behandeling.

   Een voorbeeld hiervan doet zich voor wanneer de maximumleeftijd voor dagopvang is overschreden. Uitval voor handmatige behandeling vindt plaats wanneer voor een kind, dat vijf jaar is geworden, lasten voor dagopvang worden geclaimd. Normaal gesproken gaan vijfjarige kinderen naar de basisschool en is er geen sprake meer van dagopvang, waardoor voor een te hoog aantal uren toeslag wordt aangevraagd. Hier bestaan enkele uitzonderingen op.

4. Er bestaat een uitzondering op een wettelijke regeling waaruit blijkt dat geen recht bestaat, maar er kan niet geautomatiseerd worden vastgesteld of sprake is van die uitzondering. Hierop volgt handmatige behandeling.

   Het volgende voorbeeld ziet op deze categorie: aanvrager heeft kinderopvangtoeslag aangevraagd en/of lasten doorgegeven voor een kind, maar op of na de ingangsdatum wonen of verhuizen aanvrager en/of kind naar een briefadres. Inschrijving in de BRP is een voorwaarde voor het recht op kinderopvangtoeslag: het kind waarvoor toeslag wordt aangevraagd moet ingeschreven staan op het adres van de ouders (art. 4 Awir). Door het vertrek van de aanvrager en/of kind naar een briefadres vervalt diens aanspraak op de kinderopvangtoeslag, omdat de gezamenlijke

(=aanvrager/kind) inschrijvingseis niet kan worden getoetst. Een uitzondering hierop is als het kind en de aanvrager beide op hetzelfde briefadres ingeschreven staan en er sprake is van het niet verwijtbaar geen woonadres hebben of als er sprake is van inschrijving op een briefadres van de gemeente (waar aanvrager en kind dus niet wonen). De selectie voor behandeling ziet op de controle of er sprake is van een van deze uitzonderingen en of er dus recht bestaat op kinderopvangtoeslag. Deze controle kan niet geautomatiseerd plaatsvinden.

5. Bij bepaalde grote gebeurtenissen in het leven van burgers wordt proactief geacteerd, zodat zij niet plotseling hun toeslag verliezen. Dit wordt handmatig behandeld.

   Een voorbeeld hiervan doet zich voor bij een achterblijvende partner. Deze uitworp ontstaat als een aanvrager van toeslagen overlijdt. Hierop wordt door behandelaren een nieuwe aanvraag gestart voor de partner (die geen aanvrager was).

6. Informatie vanuit vaste bronnen van Dienst Toeslagen is strijdig met informatie die eerder door de burger is opgegeven. Hierop volgt handmatige behandeling.

Uit de nadere toelichting op deze criteria blijkt dat het gaat om meer algemene, verschillende soorten categorieën van selectiecriteria. Bij deze algemene criteria horen voorbeelden, deze voorbeelden hebben wij hierboven steeds onder de criteria opgenomen. Er zijn nog twee specifieke selectiecriteria, die niet behoren tot de bovenstaande categorieën. Deze nemen wij hieronder op:

7. Aantal uren kinderopvang boven maximum. Uitval vindt plaats als er door een kind meer dan 400 uur aan kinderopvang wordt genoten. Voor een kind mag maximaal 230 uur aan kinderopvangtoeslag worden geclaimd. Er wordt voor 230 uur toegekend, en de aanvraag valt uit voor behandeling. Het betreft hier vaak een typefout (uren per jaar in plaats van uren per maand). Ook wanneer twee ouders apart van elkaar 200 uur claimen voor één kind volgt uitval.

8. Hogere toeslag, hoger risico. Alle toeslagen boven een vooraf vastgesteld jaarlijks bedrag worden voor behandeling voorgelegd.

Wij beantwoorden hierna de gestelde vraag.

Bij criterium 1 is sprake van de automatische vaststelling van bepaalde, voor de beoordeling van de aanvraag, essentiële informatie. Het gaat hier om een objectieve

vaststelling van (het ontbreken van) bepaalde gegevens, en dus niet om een evaluatie van persoonlijke aspecten. Daardoor is geen sprake van profilering.

Bij criterium 2 is sprake van de automatische vaststelling van de technische onmogelijkheid om de aanvraag automatisch te behandelen. Dit is het gevolg van de bijzondere kenmerken van de aanvraag. Het gaat hier om een objectieve toetsing van de opgegeven informatie tegen de mogelijkheden van het systeem. Er is geen sprake van een evaluatie van persoonlijke aspecten; dit is technisch ook niet eens mogelijk. Daardoor is geen sprake van profilering.

Bij criterium 3 gaat het om een automatische beoordeling van de waarschijnlijkheid van de juistheid van een aanvraag. De aanvraag wordt hier uitgeworpen als gevolg van de inhoudelijke onwaarschijnlijkheid daarvan, en er vindt nog een handmatige check plaats of deze beoordeling inhoudelijk juist was. In het voorbeeld gaat het om een evaluatie, gebaseerd op de ervaringsregel dat bij kinderen boven de vijf jaren vaak ten onrechte een te hoge toeslag voor dagopvang wordt aangevraagd.

Hier is sprake van profilering, omdat in dit geval de ervaringen met een bepaalde groep, worden toegepast op een individu, met als doel om het gedrag van die persoon te voorspellen.

Criterium 4 is in wezen hetzelfde als criterium 1. Het gaat hier immers om de automatische vaststelling dat bepaalde informatie ontbreekt, waardoor niet kan worden beoordeeld of sprake is van enige uitzondering op basis waarvan de aanvrager toch recht heeft op bv. kinderopvangtoeslag. Er is dus ook bij dit criterium geen sprake van profilering.

Bij criterium 5 gaat het om een automatische vaststelling van een fiscaal relevante gebeurtenis, zoals het overlijden van een aanvrager, waarop de Dienst Toeslagen proactief actie onderneemt. Hier is geen sprake van een evaluatie van persoonlijke aspecten, en dus ook geen sprake van profilering.

Bij criterium 6 wordt bepaalde door de burger opgegeven informatie automatisch gecontroleerd op juistheid met behulp van bepaalde vaste bronnen van de Dienst Toeslagen. Wij hebben begrepen dat deze controle plaatsvindt op basis van het bestaan van feitelijke contra-informatie en dat deze controle ook in alle gevallen wordt verricht als dergelijke informatie beschikbaar is. In dit geval is geen sprake van profilering, aangezien het slechts gaat om een controle van feitelijke informatie, en dus niet een evaluatie van persoonlijke aspecten. Hierbij tekenen wij wel aan dat deze conclusie afhankelijk is van de aard van de informatie aan de hand waarvan de door de burger opgegeven gegevens wordt gecontroleerd. Zou die informatie bijvoorbeeld inhouden dat een burger bij de betrokken bron op een zogenoemde zwarte lijst staat, dan zou wel sprake zijn van profilering.

Criterium 7 is gebaseerd op een wettelijke bepaling. Bij de toepassing van dit criterium wordt het opgegeven aantal uren aan kinderopvang getoetst aan het wettelijke maximum. Dit is een vaststelling van een objectief wettelijke grens, en geen evaluatie van persoonlijke aspecten. Er is geen sprake van profilering.

Criterium 8 hebben wij zo begrepen dat wanneer het gaat om een hoog financieel belang, het financiële risico ook hoog wordt geacht. Dit criterium is bv. niet gebaseerd op de ervaringsregel dat bij hogere toeslagen vaker iets onjuist wordt opgegeven, maar het gaat om het toepassen van een vooraf vastgesteld drempelwaarde. Daarmee is geen sprake van een evaluatie van persoonlijke aspecten, en dus ook geen sprake van profilering.

*7 (b). Zijn er grensgevallen te duiden en te wegen tussen toetsing op objectief criterium en evaluatie van gedrag? Zo ja, hoe?*

Bij de vaststelling of sprake is van profilering in de zin van de AVG, zal het uiteindelijke antwoord ja of nee moeten zijn. In die zin, kan er geen sprake van grensgevallen zijn.

Er zijn wel verschillen aan te wijzen tussen voor de hand liggende vormen van profilering, en minder voor de hand liggende vormen. Als voorbeeld van een voor de hand liggende vorm van profilering, nemen wij selectiecriterium 3, bij vraag 6.

Dit criterium is gebaseerd op de ervaring dat betrokkenen vaak fouten maken wanneer zij voor het eerst aftrek rente en kosten eigen woning opgeven. Dit is een klassiek voorbeeld van profilering, omdat in dit geval de ervaringen met een bepaalde groep, worden toegepast op een individu, met als doel om het gedrag van die persoon te voorspellen.

Een twijfelgeval kan criterium 8 bij vraag 6 en criterium 6, bij vraag 7(a) zijn. Indien dit criterium wordt gebruikt wanneer sprake is van feitelijke contra-informatie, dan is o.i. geen sprake van profilering. Maar wanneer de aard van de informatie verandert, kan wel sprake zijn van profilering.

*8. Bij Dienst Toeslagen wordt aan de hand van query's een selectie gemaakt van te behandelen posten. Aan de hand van vastgestelde criteria wordt dus op basis van de hele populatie vastgesteld welke posten hieraan voldoen. Deze posten worden vervolgens handmatig behandeld. Kan de Landsadvocaat aangeven of bij deze werkwijze sprake kan zijn van geautomatiseerde besluitvorming op basis van profilering?*

Net als bij het gebruik van selectiecriteria, gaat het bij het gebruik van query's om de aard van de specifieke query. Het feit dat er query's worden gebruikt maakt dus niet per definitie dat geen sprake kan zijn van profilering.

Ook het gegeven dat een query wordt toegepast met menselijke tussenkomst, maakt niet dat per definitie geen sprake kan zijn van profilering. Anders dan bij geautomatiseerde besluitvorming, kan ook sprake zijn van profilering in geval van menselijke tussenkomst.[39]

Ook bij de beschreven werkwijze, kan dus sprake zijn van profilering. Of dat zo is, hangt af van de aard van de query. Desgewenst kunnen wij uiteraard een aantal concrete query's toetsen.

*9. Kan de landsadvocaat adviseren over de vraag of 'fiscaal relevant' zo kan worden uitgelegd dat hieronder elke selectie valt op basis van 'op voor het (fiscale) toezicht relevante en objectief gerechtvaardigde gronden'?*

Zoals volgt uit onze beantwoording van vraag 5, is bij de beoordeling of sprake is van profilering niet zozeer de vraag of sprake is van fiscaal relevante criteria, maar of sprake is van een evaluatie van de persoonlijke aspecten van een betrokkene aan de hand van persoonsgegevens.

U heeft ons laten weten dat als fiscaal relevant criterium is opgenomen de vraag of iemand een onderneming heeft in een branche waarvan objectief is gebleken dat er veel risico is op fouten of malversaties.

Voor de risicobeoordeling is dat uiteraard relevant, maar dat neemt niet weg dat toch sprake is van profilering bij dit voorbeeld. Op basis van een ervaringsregel, aan de hand van een persoonlijk aspect, wordt immers de betrouwbaarheid van een persoon geëvalueerd.

*10. Kan de landsadvocaat adviseren over (combinaties van) selectiecriteria die fiscaal relevant of voor toeslagen relevant zijn in relatie tot profilering?*

Het kan voorkomen dat binnen een reeks aan selectiecriteria, bepaalde criteria vallen onder de definitie van profilering en andere niet. Het gebruik van de gehele reeks zal dan worden aangemerkt als profilering. Dus ook wanneer bijvoorbeeld het automatische selectiesysteem slechts 10 profilerende criteria bevat van in totaal 1000 criteria, zal het gebruik van het systeem als profilering worden aangemerkt. Het profilerende karakter kan vervolgens uiteraard worden weggenomen door de profilerende criteria te verwijderen.

Ons antwoord is dus dat één profilerend criterium binnen een combinatie met ook niet-profilerende criteria, al kan leiden tot de conclusie dat sprake is van profilering.

---

[39] WG29, 'Richtsnoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679', laatstelijk vastgesteld op 6 februari 2018, p. 7.

*11. Kan de landsadvocaat onderschrijven dat bij de selectie voor controle geen sprake is van een besluit waardoor de belastingplichtige anderszins in aanmerkelijke mate wordt getroffen? Ook ingeval de selectie voor controle niet leidt tot daadwerkelijke controle en de aanslag (alsnog) conform aangifte wordt vastgesteld?*

Het eerste deel van deze vraag hebben wij reeds beantwoord bij vraag 4. Kort gezegd menen wij dat de besluiten die via het profilerende selectiesysteem worden genomen, besluiten zijn die betrokkenen in aanmerkelijke mate treffen in de zin van artikel 22 AVG.

Met betrekking tot het tweede deel van de vraag – of de in het geval van selectie voor controle de uitkomst is dat er niet daadwerkelijk wordt gecontroleerd – belichten wij nogmaals dat bij de beoordeling of iemand in aanmerkelijke mate wordt getroffen, gekeken wordt naar alle omstandigheden van het geval, en daarbij het selectiesysteem met daarin een of meer profilerende selectieregels als geheel wordt beoordeeld, waarbij ook de mogelijke gevolgen worden meegewogen.

Feitelijk kan de situatie zich voordoen dat het op profilering gebaseerde besluit om tot handmatige controle over te gaan, niet daadwerkelijk wordt opgevolgd. In dit concrete geval zou gesteld kunnen worden dat de betrokkene dus niet in aanmerkelijke mate is getroffen. Maar de beoordeling of sprake is van in aanmerkelijke mate treffen geschiedt op basis van de *mogelijke* gevolgen van het selectiesysteem. Het gaat erom of het mogelijk is dat iemand in aanmerkelijke mate wordt getroffen door een op profilering gebaseerd besluit.

Ons antwoord is dus dat, zoals wij hiervoor bij vraag 4 hebben toegelicht, hiervan sprake is. Bovendien achten wij, zoals toegelicht bij vraag 1, waarschijnlijk dat de geautomatiseerde vaststelling van de aangifte zal kwalificeren als een besluit met rechtsgevolg.

*12. Kan de landsadvocaat nader ingaan op het belang van het Schufa-arrest voor de onderhavige casus?*

Deze vraag is als volgt toegelicht en onderverdeeld. In 6.16 wordt ingegaan op het Schufa-arrest. Overweging 73 van dat arrest luidt: "Gelet op een en ander moet op de eerste vraag worden geantwoord dat artikel 22, lid 1, AVG aldus moet worden uitgelegd dat er sprake is van 'geautomatiseerde individuele besluitvorming' in de zin van deze bepaling wanneer een waarschijnlijkheidswaarde die op persoonsgegevens van een persoon is gebaseerd en betrekking heeft op diens vermogen om in de toekomst betalingsverplichtingen na te komen, geautomatiseerd wordt vastgesteld door een kredietinformatiebureau en wanneer hoofdzakelijk van die waarschijnlijkheidswaarde afhangt of een derde, aan wie deze waarschijnlijkheidswaarde wordt doorgegeven, met die persoon een contractuele relatie tot stand brengt, uitvoert of beëindigt."

Kan de Landsadvocaat verduidelijken of en in hoeverre de voorwaarde van hoofdzakelijkheid in de fiscaliteit, c.q. bij toeslagen een rol speelt bij de bepaling of selectie op zichzelf een zelfstandig besluit in de zin van de AVG is. Is het daarbij ook van belang 1) dat er naar aanleiding van de selectie aanvullende vragen worden gesteld, 2) dat na een controle als gevolg van de selectie van de aangifte of aanvraag wordt afgeweken, of 3) dat een aanslag of regeling na de controle (waarvoor deze was geselecteerd,) wordt vastgesteld respectievelijk toegekend conform aangifte respectievelijk aanvraag?

Maakt het nog verschil dat niet een derde, maar de Belastingdienst en Dienst Toeslagen zelf de selectie maken en het daarop volgende besluit nemen?

Wij gaan hierna in op deze vragen.

Het Schufa-arrest kan op twee manieren geïnterpreteerd worden.

Ten eerste kan worden betoogd dat het Schufa-arrest specifiek ziet op de situatie dat geautomatiseerde individuele besluitvorming bij twee verschillende partijen plaatsvindt. In casu ging het om een kredietbeoordelaar die op profilering gebaseerde kredietrapporten maakt, terwijl het daadwerkelijke besluit om al dan niet krediet te verlenen door een derde partij wordt genomen. In dit geval was de vraag of het opstellen van het rapport door de kredietbeoordelaar al geautomatiseerde individuele besluitvorming in de zin van artikel 22, lid 1 AVG meebrengt, nu niet de kredietbeoordelaar, maar een derde het daadwerkelijke besluit neemt.

Het HvJEU beantwoordt die vraag bevestigend, aangezien het feitelijk vaststaat dat de derde partij het kredietrapport hoofdzakelijk ten grondslag legt aan het besluit om een contractuele relatie tot stand te brengen, uit te voeren, of te beëindigen. Deze gevolgen treffen de betrokkene ook op zijn minst in aanmerkelijke mate, volgens het HvJEU.

Bij de eerste interpretatie wordt de voorwaarde van hoofdzakelijkheid tegen deze specifieke achtergrond begrepen, en is de gedachte dat deze is geïntroduceerd voor de gevallen dat het besluitvormingsproces zich afspeelt bij twee verschillende, van elkaar gescheiden partijen. In dit geval maakt het dan een verschil dat de Belastingdienst en Dienst Toeslagen zelf de selectie maken en het daaropvolgende besluit nemen. Dit maakt immers dat sprake is van een andere situatie dan in het Schufa-arrest, en dit arrest dus niet direct toepasbaar is op de feiten van de onderhavige casus.

Bij de tweede interpretatie is het Schufa-arrest ook relevant in het geval dat de besluitvorming bij één partij plaatsvindt. De gedachte is dan dat het woord "uitsluitend", in de zin van een uitsluitend op geautomatiseerde verwerking gebaseerd

besluit (art. 22, lid 1, AVG), ook in dat geval zo moet worden begrepen dat dit ook een "hoofdzakelijk" op geautomatiseerde verwerking gebaseerd besluit omvat.

Beide interpretaties hebben overigens geen gevolgen voor de onderhavige casus, aangezien wij het besluit om al dan niet over te gaan tot handmatige controle tot uitgangspunt nemen. Dit besluit wordt hoe dan ook uitsluitend (in de zin van: volledig en dus niet in de zin van 'hoofdzakelijk') geautomatiseerd genomen.

Verder zijn de in de vraag genoemde drie omstandigheden, los van het Schufa-arrest, relevant voor de vraag of sprake is van een besluit met rechtsgevolgen, of een besluit dat de betrokkene anderszins in aanmerkelijke mate treft. Onder andere bij de beantwoording van vraag 4 hebben wij deze omstandigheden meegewogen, en geconcludeerd dat (mede) deze omstandigheden maken dat naar alle waarschijnlijkheid sprake is van besluiten die betrokkenen in aanmerkelijke mate treffen in de zin van art. 22 AVG.

*13. Kan de Landsadvocaat de uitspraak van de Raad van State van 13 december 2023 (ECLI:NL:RVS:2023:4630), waarin onder meer aandacht wordt gegeven aan de afweging tussen de inbreuk op de privacy van de betrokkene in een individueel geval en het belang van het doel dat is gediend met de verwerking van de gegevens, meenemen in het advies?*

De in de vraag genoemde afweging, vond plaats tegen de achtergrond van de beoordeling of de SVB op proportionele en evenredige wijze invulling had gegeven op de op haar rustende wettelijke plicht. Op grond van artikel 6, derde lid, AVG moet deze wettelijke plicht evenredig zijn met het nagestreefde gerechtvaardigde doel, en moet de gegevensverwerking proportioneel zijn. Deze voorwaarden zijn specifiek opgenomen voor het geval een beroep wordt gedaan op de verwerkingsgrondslagen voldoen aan een wettelijke plicht, of vervullen van een taak van algemeen belang (artikelen 6, lid 1, onder c en e, AVG).

Het profileringsverbod van artikel 22 AVG, kent deze afwegingskaders niet. Dus ook wanneer profilering wordt toegepast om aan een wettelijke plicht te voldoen, en op evenredige en proportionele wijze invulling wordt gegeven aan deze wettelijke plicht, houdt het profileringsverbod stand. Dit is uiteraard anders wanneer een specifieke wettelijke grondslag zou worden gecreëerd die profilering toestaat.

****