

Sorry the computer says no!

Big data, profileren en de overheid



Naam:	Eurel Trustfull
Studentnummer:	2081914
Organisatie:	Cuccibu
Onderwijsinstelling:	Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Opleiding:	HBO-Rechten
Stagedocente:	Meryem Soysüren
Begeleidster:	Haykush Hakobyan
Stageperiode:	4 september 2017 t/m 8 december 2017

Eindhoven, 9 januari 2018

Titelpagina

Naam:	Eurel Trustfull
Studentnummer:	2081914
Organisatie:	Cuccibu
Onderwijsinstelling:	Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Opleiding:	HBO-Rechten
Stagedocente:	Meryem Soysüren
Begeleidster:	Haykush Hakobyan
Stageperiode:	4 september 2017 t/m 8 december 2017

Eindhoven, 9 januari 2018

Voorwoord

Voor u ligt mijn onderzoek met als onderzoeksvraag: “In hoeverre staat de Algemene Verordening Gegevensbescherming het gebruik van big data, profilering en de daarop gebaseerde besluitvorming door decentrale overheden, voornamelijk gemeenten, in het sociaal domein toe?”. Dit onderzoek is geschreven als afstudeeropdracht van mijn HBO-Rechtenstudie aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg. Ik heb dit onderzoek mogen verrichten in opdracht van Cuccibu en onder begeleiding van mevrouw mr. H. (Haykush) Hakobyan, gespecialiseerd in onder andere privacyrecht. In overleg met Haykush zijn de we tot de hiervoor genoemde onderzoeksvraag gekomen. Het onderzoek was zeer complex en een echte uitdaging.

Bij dezen wil ik Haykush bedanken voor de geweldige begeleiding. Zij stond zes maanden lang altijd voor mij klaar om hulp te bieden of mij van feedback te voorzien. Ze is zeer kritisch waardoor ik heel veel feedback kreeg. Ondanks alle feedback wist ze me altijd weer te motiveren om door te zetten. En vooral daarvoor wil ik haar hartelijk bedanken.

Daarnaast wil ik Cuccibu en alle medewerkers bedanken voor de fijne samenwerking. Ik werd overal bij betrokken en kreeg de mogelijkheid om alle interne kennissessies bij te wonen. Daarnaast was er altijd tijd voor een gezellig praatje en kon ik overal terecht voor hulp.

Als laatste wil ik mijn stagedocent bedanken voor de feedback momenten.

Eurel Trustfull

Tilburg, 9 januari 2018

Inhoudsopgave

Titelpagina	2
Voorwoord	3
Samenvatting	6
Begrippenlijst	7
Lijst met afkortingen	8
Inleiding	6
1.1 Onderwerp	6
1.2 Probleembeschrijving	6
1.3 Vraagstelling	8
1.4 Doelstelling	8
1.5 Onderzoekskader	8
1.6 Onderzoeksstrategieën	9
1.7 Verantwoording van bronnen en methoden	9
1.7 Leeswijzer	10
2. Definities big data en profileren	11
2.1 Big data	11
2.2 Profileren	13
2.3 Het verschil tussen big data en profileren	14
2.4 Conclusie	14
3. Big data, profileren en de AVG	15
3.1 Definities	15
3.2 Artikel 22 AVG – geautomatiseerde besluitvorming	15
3.2.1 Uitzonderingen art. 22 AVG	17
3.2.2 Lidstaatrechtelijke uitzonderingen	19
3.3 Rechten van betrokkenen	19
3.4 Big data	20
3.5 Conclusie	20
4. De AVG en het sociaal domein	22
4.1 Grondslag voor verwerking van persoonsgegevens binnen de AVG	22
4.1.1 De betrokkene verleent toestemming	22
4.1.2 Noodzakelijk voor de uitvoering van een overeenkomst.	23
4.1.3 Voldoen aan wettelijke verplichting	23
4.1.4 Vitale belangen beschermen	23
4.1.5 Algemeen belang of in uitoefening van het openbaar gezag	24
4.1.6 Noodzakelijk voor gerechtvaardigd belang	24
4.2 Verwerken van persoonsgegevens en in het sociaal domein	24
4.3 Participatiewet	24
4.4 Wet maatschappelijke ondersteuning	26
4.5 Jeugdwet	27
4.5 Conclusie	28
5. Jurisprudentie omtrent big data en profileren	29
5.1 Risicoprofiel bij onderzoek vermogen in het buitenland - discriminatie	29
5.2 Risicoprofiel bij onderzoek vermogen in het buitenland - discriminatie II	30
5.3 Ongerechtvaardigd onderzoek naar nationaliteit	30
5.4 CRvB gegevensuitwisseling met waterbedrijf	31
5.3 Conclusie	32

6. Gemeente Stichtse Vecht	33
6.1 Gebruik big data voor vaststelling algemene beleidsregels	33
6.2 Gebruik big data voor beschikkingen	34
6.3 Big data en profilering voor het opsporen van fraude in het sociaal domein	35
6.4 Conclusie	35
Hoofdstuk 7 Conclusies & aanbevelingen	37
7.1 Definities big data en profileren	37
7.2 Big data, profileren en de AVG	37
7.3 De AVG en het sociaal domein	39
7.4 Jurisprudentie omtrent big data en profileren	39
7.5 Gemeente Stichtse Vecht	39
7.6 Aanbevelingen	40
Literatuurlijst	42
Bijlagen	44
Bijlage 1: Mindmap	45
Bijlage 2: Werking van SyRI	46
Bijlage 3: Cyclus beleidsproces	47
Bijlage 4 beslisboom art. 22 AVG	48

Samenvatting

Big data, wie kent het niet? Het is een hot onderwerp en de mogelijkheden ervan zijn ongekend. Steeds meer privaatrechtelijke bedrijven maken gebruik van big data. Ook publiekrechtelijke instanties willen of maken al steeds meer gebruik van big data. Met de komst van de AVG op 25 mei 2018, vinden er veranderingen plaats omtrent de bescherming van persoonsgegevens. Ook op het gebied van big data en profileren. Dit leidt tot vragen.

Het doel van dit onderzoek is om een onderzoeksrapport op te leveren aangaande de juridische mogelijkheden die er bestaan en de voorwaarden die gelden voor gemeenten om binnen het sociaal domein op basis van big data en profileren besluiten te nemen, zodat Cuccibu deze kennis kan gebruiken bij het adviseren van haar klanten. Hierdoor is de volgende onderzoeksvraag ontstaan: “In hoeverre staat de Algemene Verordening Gegevensbescherming het gebruik van big data, profilering en de daarop gebaseerde besluitvorming door decentrale overheden, voornamelijk gemeenten, in het sociaal domein toe?”.

Voor het beantwoorden van de onderzoeksvraag is onderzoek gedaan naar wet- en regelgeving, literatuur en jurisprudentie. Hieruit is gebleken dat ondanks het feit dat big data zo populair is, er geen eenduidige beschrijving bestaat van de term big data. De term wordt veelal gebruikt om aan te geven dat grote hoeveelheden verscheidende data wordt geanalyseerd en waaruit nieuwe inzichten of besluiten ontstaan. Dit is tevens de definitie die de schrijver heeft toegekend aan de term big data in dit onderzoek. Verder kan de definitie big data worden gekoppeld aan art. 22 AVG “Het recht om niet onderworpen te worden aan een uitsluitend geautomatiseerde verwerking, waaronder profilering, gebaseerd besluit waaraan voor hem rechtsgevolgen zijn verbonden of dat hem in anderszins in aanmerkelijke mate treft”. Dit artikel kent drie voorwaarden waaraan moet worden voldaan en drie uitzonderingsgronden waarbij geautomatiseerde verwerking wel is toegestaan. Verder wordt de rechtmatigheid van de verwerking in het sociaal domein en jurisprudentie besproken. De rechtmatigheid van het verwerken van persoonsgegevens in het sociaal domein is te vinden in art. 6 van de AVG. Uit de besproken jurisprudentie valt af te leiden dat bij het gebruik van risicoprofielen rekening gehouden dient te worden met discriminerende factoren. Deze factoren komen vaak overeen met bijzondere persoonsgegevens en zijn alleen toegestaan indien er zeer gewichtige redenen aanwezig zijn. Als laatst wordt de voorgaande theorie toegepast op een gemeente, om een duidelijk beeld te geven op de vraag wanneer het gebruik van big data en profileren is toegestaan.

Uit het voorgaande onderzoek is gebleken dat het gebruik van big data is toegestaan indien het gebaseerd is op geanonimiseerde gegevens, menselijke tussenkomst geen toegevoegde waarde heeft voor de uitkomst van de geautomatiseerde verwerking, wanneer niet aan de voorwaarden van art. 22 AVG is voldaan of wanneer een van de uitzonderingen van art. 22 AVG van toepassing is. Geanonimiseerde gegevens zijn gegevens die niet herleidbaar zijn op een natuurlijk persoon. Deze gegevens vallen niet meer onder persoonsgegevens en daarom is de AVG niet van toepassing. Een voorbeeld waarbij menselijke tussenkomst geen waarde heeft is wanneer een overtreder een boete ontvangt voor het te snel rijden of wanneer er zee geringe beoordelingsruimte aanwezig is. Een voorbeeld hiervan is het toekennen van kinderbijslag. Hierbij dient een kind tot het huishouden te behoren of door die persoon te worden onderhouden. Menselijke tussenkomst zal weinig veranderen aan de uitkomst. De voorwaarden voor art. 22 zijn dat er een *besluit* dient te zijn die *uitsluitend is gebaseerd op geautomatiseerde verwerking* en die *rechtgevolgen bevat* of de *betrokkene in aanzienlijke mate treft*. De uitzonderingen zijn uitdrukkelijke toestemming, noodzakelijk voor het uitvoeren van of de totstandkoming van een overeenkomst of wanneer er een uitzondering is gemaakt bij Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepaling.

Begrippenlijst

Algoritme:	“Een reeks stappen die problemen oplost of inzichtelijk maakt”.
Big data	“In dit rapport zal geen uiteindelijke definitie van de term big data worden gegeven, alleen de interpretatie van de schrijver omtrent de term big data. De schrijver houdt in dit onderzoek de volgende definitie aan; het analyseren van gestructureerde of ongestructureerde data afkomstig uit verschillende bronnen, waaruit bepaalde conclusies kunnen worden getrokken of patronen kunnen worden herkend”.
(Big) data-analyses:	“Een tool die (grote hoeveelheden) verscheidende data analyseert en nieuwe inzichten vormt of besluiten neemt”.
Betrokkene	“Een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijk persoon wiens persoonsgegevens worden verwerkt ”
Data-mining	“Een proces dat gericht is op het zoeken van (statistische) verbanden in grote datasets”. ¹
Profileren	“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”. ²
Verwerker	“Een natuurlijk persoon of rechtspersoon, een overheidsinstantie, een dienst of ander orgaan die/dat ten behoeve van de verwerkingsverantwoordelijke persoonsgegevens verwerkt”.
Verwerking	“Een bewerking of een geheel van bewerkingen met betrekking tot persoonsgegevens of een geheel van persoonsgegevens, al dan niet uitgevoerd via geautomatiseerde procedés, zoals het verzamelen, vastleggen, ordenen, structureren, opslaan, bijwerken of wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiden of op andere wijze ter beschikking stellen, aligneren of combineren, afschermen, wissen of vernietigen van gegevens”.
Verwerkingsverantwoordelijke	“Een natuurlijk persoon of rechtspersoon, een overheidsinstantie, een dienst of een ander orgaan die/dat, alleen of samen met anderen, het doel van en de middelen voor de verwerking van persoonsgegevens vaststelt; wanneer de doelstellingen van en de middelen voor de verwerking in het Unierecht of het lidstaatrechtelijke recht worden vastgesteld kan daarin worden bepaald wie de verwerkingsverantwoordelijke is of volgens welke criteria deze wordt aangewezen.

¹ ‘Big Data en Data Mining?’, Eduvision, Eduvision.nl (zoek via Big Data Academy op: Data Mining).

² Art. 4 lid 4 AVG.

Lijst met afkortingen

AP	Autoriteit Persoonsgegevens
AVG	Algemene Verordening Gegevensbescherming
Awb	Algemene wet bestuursrecht
CBP	College Bescherming Persoonsgegevens
DPIA	Data Protection Impact Assessment
EU	Europese Unie
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
FG	Functionaris voor de gegevensbescherming
Jw	Jeugdwet
PO	Privacy Officer
Pw	Participatiewet
SUWI	Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen
SyRi	Systeem Risico-Indicatie
UAVG	Uitvoeringswet Algemene Verordening Gegevensbescherming
VNG	Vereniging voor de Nederlandse Gemeenten
VwEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Wbp	Wet bescherming persoonsgegevens
Wmo	Wet maatschappelijke ondersteuning
WRR	Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid
Wwb	Wet werk en bijstand

Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de formulering van het onderzoek beschreven. Deze bestaat uit de probleembeschrijving, de centrale vraag, de doelstelling van het onderzoek, onderzoeksstrategieën, de gebruikte bronnen en de methode en als laatste de leeswijzer. In de probleembeschrijving wordt de aanleiding van dit onderzoek beschreven. Verder wordt in de centrale vraag de vraag gesteld die van belang is voor dit onderzoek en in de paragraaf bronnen en methode wordt beschreven welke methodes en bronnen in dit onderzoek worden gebruikt. In de leeswijzer wordt kort de inhoud van de hoofdstukken weergegeven.

1.1 Onderwerp

In dit onderzoek staat de mogelijkheid tot het gebruik van big data en profilering door overheidsorganisaties centraal. Een onderdeel waarbij big data en profilering een grote rol speelt voor overheidsorganisaties is bij het bestrijden van fraude. Jaarlijks wordt er voor miljarden gefraudeerd.³ Overheidsorganisaties zoeken steeds naar effectieve en goedkope oplossingen om fraude te bestrijden. Big data en profilering zijn twee van die oplossingen. Dit komt omdat er minder medewerkers nodig zijn. Bij een big data-analyse of bij profileren worden zoveel mogelijk (persoons-)gegevens vergaard en die (persoons-)gegevens worden door middel van een tool geanalyseerd. Nadat de gegevens zijn geanalyseerd worden op basis van algoritmes risicoprofielen opgesteld. Hieruit kan worden afgeleid of een bepaald persoon een verhoogd risico voor fraude vormt of juist niet. Dit zorgt ervoor dat overheidsinstanties doelgericht kunnen handhaven.

1.2 Probleembeschrijving

Cuccibu is een organisatie die gespecialiseerd is op het gebied van IT Risico Management, IT Audit, Informatiebeveiliging, Cyber Security en Privacy. Cuccibu voert verscheidene opdrachten uit voor verschillende opdrachtgevers, bijvoorbeeld gemeenten, zorginstellingen en banken. Het zwaartepunt ligt voornamelijk op het adviseren op het gebied van privacyrecht en informatiebeveiliging. Op het vlak van privacy houdt Cuccibu zich voornamelijk bezig met het beoordelen of de bescherming van privacygevoelige gegevens van organisaties voldoet aan de huidige wet- en regelgeving en biedt organisaties inzicht in de risico's op het gebied van privacy en IT. Dit laatste doet Cuccibu onder andere door het uitvoeren van Mystery Guest-bezoeken en Data Protection Impact Assessments (hierna: DPIA⁴) en het beoordelen van het privacy- en het informatiebeveiligingsbeleid van de organisatie en de gesloten (verwerkings)overeenkomsten met derden. Het Mystery Guest-concept houdt in dat een medewerker van Cuccibu probeert, op verzoek van de opdrachtgever, de organisatie te infiltreren met als doel persoons- en/of bedrijfsgevoelige informatie te achterhalen. Op die manier kan de organisatie inzicht krijgen in de wijze van omgang met persoonsgegevens binnen de eigen organisatie. Er wordt bijvoorbeeld gekeken of medewerkers de deur open maken voor onbekende personen als ze hun handen vol hebben of dat een persoon gewoon naar binnen kan lopen. Als de Mystery Guest eenmaal binnen is dan kijkt hij of hij gevoelige gegevens kan achterhalen door bijvoorbeeld langs personen te gaan zitten die toegang hebben tot databases met persoonsgegevens en waarmee hij kan meekijken of dat hij zelf in bepaalde systemen kan komen doordat mensen hun computer niet vergrendelen als ze hun bureau verlaten.

Omdat privacy een groot onderdeel uitmaakt van de dienstverlening van Cuccibu, heeft men binnen Cuccibu te maken met verschillende wet- en regelgeving op dit vlak. Het volgen van de ontwikkelingen op dit rechtsgebied is dan ook van belang voor Cuccibu. Een belangrijke ontwikkeling betreft de komst van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (hierna:

3 P. Olsthoorn, big data voor fraudebestrijding. Working paper 21, Den Haag: WRR 2016, p. 20-23.

4 Een Data Protection Impact Assessment heeft als doel een organisatie in een vroegtijdig stadium een beeld te geven van de privacyrisico's. Het geeft aan wat de impact is van verwerkingen bij (nieuwe) projecten/processen op de privacy van betrokkenen, wat de risico's zijn voor betrokkenen en de organisatie of er andere manieren zijn om de doelstelling te bereiken en die minder privacyrisico's met zich meebrengen, art. 35 lid 1 AVG.

AVG⁵). Op 4 mei 2016 is de AVG via het publicatieblad van de Europese Unie (EU) gepubliceerd. De AVG is in het leven geroepen, omdat volgens het Europees Parlement, de Europese Commissie en de Raad van de Europese Unie de noodzaak bestaat voor geharmoniseerde regels op het gebied van privacy op Europees niveau. Op deze manier worden natuurlijke personen beter beschermd tegen het verwerken van hun persoonsgegevens en wordt het vrije verkeer van persoonsgegevens beter geregeld. De verordening zal op 25 mei 2018 van toepassing zijn. Deze zal directe werking in de lidstaten hebben op grond van art. 288 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU). De Richtlijn 95/46/EG⁶ (hierna: Privacyrichtlijn) is op Europees niveau de voorganger van de AVG. De Privacyrichtlijn betreft, een Europese richtlijn. Een Europese richtlijn heeft in eerste instantie geen directe werking. Het is de bedoeling dat de lidstaten de richtlijn implementeren in nationale wet- en regelgeving. Pas als de implementatietermijn verstrijkt, heeft een Europese richtlijn directe werking.⁷ Nederland heeft de Privacyrichtlijn in nationale wet geïmplementeerd, namelijk de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp). Door de komst van de AVG zullen de Privacyrichtlijn en Wbp komen te vervallen. Ongeacht de directe werking zal de AVG uiteindelijk ook in een nationale wet moeten resulteren. Een nieuwe nationale wet is momenteel in voorbereiding, namelijk de Uitvoeringswet Algemene Verordening Gegevensbescherming (hierna: UAVG). Met de komst van de AVG en de UAVG, zullen er op het gebied van gegevensbescherming een aantal veranderingen plaatsvinden. Zo krijgen de betrokkenen meer rechten, organisaties meer verantwoordelijkheden en nationale toezichthouders op het gebied van bescherming van persoonsgegevens ruimere bevoegdheden zoals het strikter handhaven van inbreuken in verband met de persoonsgegevens door middel van het opleggen van hogere boetes.⁸ De uitwerkingen hiervan uiteten zich onder andere in het verplicht bijhouden van een register waarin alle verwerkingen van persoonsgegevens binnen de organisatie zijn opgenomen⁹, in het verplicht aanstellen van een functionaris voor de gegevensbescherming (FG), in het meer verantwoording afleggen voor het verwerken van persoonsgegevens, in het verscherpen van de regels omtrent het opleggen van sancties en in het verhogen van de maximaal op te leggen sancties.

Aangezien overheidsinstellingen, en met name gemeenten, het gros van het klantenbestand van Cuccibu vormen en Cuccibu vaak om advies wordt gevraagd omtrent het gebruik van big data door deze instellingen in hun besluitvormingsprocessen, is zij benieuwd welke kaders de nieuwe wetgeving hiervoor schetst. De snelle technologische ontwikkelingen en de mogelijkheden die big data-analyses met zich meebrengen, zijn namelijk ook voor overheidsinstellingen verleidelijk. Big data is een verzamelterm voor verschillende processen, waarbij gegevens op allerlei manieren worden verkregen, automatisch worden geanalyseerd en waaruit een bepaalde uitkomst wordt gegenereerd.¹⁰ Hierop gaat het eerste hoofdstuk verder in. Ten aanzien van uitkeringsfraude kan een gemeente door een big data-analyse inzicht krijgen of uitkeringsaanvragers- en/of gerechtigden mogelijk een risico vormen. Op basis van die gegevens kan de gemeente preventief handelen of 'informatiegestuurd handhaven'¹¹. Het gevaar van het gebruik van big data-analyses is dat veel overheidsorganisaties persoonsgegevens gaan gebruiken voor doeleinden waar deze

5 Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming).

6 Richtlijn 95/46/EG Van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (PbEU 1995, L 281) (hierna: Privacyrichtlijn).

7 'Hoe werkt de rechtstreekse werking van Europese richtlijnen?', Europadecentraal.nl (zoek op: rechtstreekse werking van Europese richtlijnen).

8 'Stel uw vraag over de AVG aan de AP' (nieuwsbericht), Autoriteitpersoonsgegevens.nl 18 mei 2017.

9 Art. 35 AVG.

10 G.Press, 12 big data Definitions: What's Yours?, Forbes 3 september 2014.

11 P. Olsthoorn, big data voor fraudebestrijding. Working paper 21, Den Haag: WRR 2016, p. 15.

gegevens oorspronkelijk niet voor zijn verzameld. Tevens bestaat ook het risico dat de profielen die worden geschetst op basis van big data-analyses onjuist zijn, waardoor betrokkenen kunnen worden bevooroordeeld. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer een gemeente gegevens van zijn inwoners door middel van een afvalpas verzamelt en vervolgens deze gegevens voor andere doeleinden, zoals het voorkomen van uitkeringsfraude, gebruikt. Het gebruik van een dergelijke pas registreert dan hoe vaak de betreffende inwoner zijn afval deponeert. Deze gegevens worden in een tool verwerkt, die op basis van algoritmes een profiel schetst van de hoeveelheid gedeponeerde afval. Middels deze tool kan de gemeente achterhalen of een bepaalde inwoner meer afval dumpst dan de gemiddelde inwoner. Deze gegevens kan de gemeente vergelijken met de woonsituatie van de desbetreffende inwoner en kan op basis van een analyse vaststellen of iemand die als alleenstaande een Participatiewet-uitkering ontvangt wellicht meerdere kostendelers in huis heeft. Het feit dat de betreffende inwoner meer afval deponeert dan de gemiddelde alleenstaande, wil niet per definitie zeggen dat de door hem verstrekte gegevens omtrent zijn bijstandsaanvraag onjuist zijn. Toch zal een dergelijke uitkomst leiden tot een verhoogd risicogeval voor de gemeente. De gemeente zal dan nader onderzoek gaan instellen. Dit kan als gevolg hebben dat de inwoners van die wijk hun gedrag gaan aanpassen door bijvoorbeeld minder afval te deponeren, omdat ze het idee hebben dat ze in de gaten worden gehouden en bezoeken van ambtenaren willen voorkomen. Dit wordt ook wel het chilling effect genoemd.¹² Een vervolg van de beschreven situatie kan zijn dat de uitkeringsgerechtigde door de uitgevoerde big data-analyse wordt gezien als fraudeur en zo onterecht wordt gekort op zijn uitkering. Er worden dan besluiten genomen op basis van big data-analyses met rechtsgevolgen voor het individu.

Omdat Cuccibu veel vragen krijgt van overheidsinstanties over het gebruik van big data binnen het sociaal domein, wil Cuccibu – voor het adviseren van haar klanten– weten of en in hoeverre de toekomstige gegevensbeschermingswet- en regelgeving het gebruik van big data, waarbij op basis van de hoeveelheid persoonsgegevens profielen kunnen worden opgesteld en beslissingen kunnen worden genomen, door overheidsorganisaties mogelijk is.

1.3 Vraagstelling

Uit de probleembeschrijving is de volgende vraag ontstaan:

In hoeverre staat de Algemene Verordening Gegevensbescherming het gebruik van big data, profilering en de daarop gebaseerde besluitvorming door decentrale overheden, voornamelijk gemeenten, in het sociaal domein toe?

1.4 Doelstelling

Het doel van dit onderzoek is om op 8 januari 2018 een onderzoeksrapport en een stappenplan omtrent art. 22 AVG op te leveren aan Cuccibu aangaande de juridische mogelijkheden die er bestaan en de voorwaarden die gelden voor decentrale overheden, in het bijzonder gemeenten, om binnen het sociaal domein op basis van big data te profileren en besluiten te nemen, zodat Cuccibu deze kennis kan gebruiken bij het adviseren van haar klanten.

1.5 Onderzoekskader

Dit onderzoek richt zich voornamelijk op gemeenten. Het doel is voornamelijk om Cuccibu te informeren over de vraag in hoeverre het gebruik van big data en profileren en de daarop gebaseerde besluitvorming door decentrale overheden is toegestaan volgens de AVG. Om een duidelijker beeld te krijgen van de mogelijkheden met big data, zullen de bevindingen van dit onderzoek worden uitgewerkt voor de gemeente Stichtse Vecht. Deze gemeente zal als onderdeel van het gehele onderzoek als voorbeeld dienen.

¹² A. Marthews & C. Tucker, Government Surveillance and Internet Search Behavior, research paper 17 februari 2017, p. 1/6, SSRN.com.

1.6 Onderzoeksstrategieën

In dit onderzoek staan de mogelijkheden in de privacywet- en regelgeving ten aanzien van het gebruik van big data door decentrale overheden centraal. Een voor de hand liggende strategie voor het verrichten van dit onderzoek is een rechtsbronnen- en literatuuronderzoek waarbij gebruik wordt gemaakt van onderzoeksrapporten van Working Party article 29 en van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (hierna: WRR). Ook wordt bij het hanteren van deze strategie jurisprudentie over het gebruik van big data en profileren geanalyseerd, op zowel nationaal als Europees niveau. Hieruit zal moeten blijken welk standpunt de rechtspraak over het gebruik van big data en profileren door decentrale overheden inneemt.

Dit onderzoek zal gesplitst worden in een theoretisch deel en een praktisch deel. Het theoretisch deel is hierboven al besproken. Voor het praktisch deel zal de theorie toegespitst worden op een gemeente, namelijk gemeente Stichtse Vecht. Deze gemeente had drie vragen omtrent het gebruik van big data en profileren, namelijk in hoeverre het gebruik van big data is toegestaan voor het vaststellen en evalueren van beleidsregels, in hoeverre het gebruik van big data is toegestaan voor de besluitvorming van beschikkingen en in hoeverre het gebruik van big data en profileren is toegestaan voor het opsporen van fraude in het sociaal domein.

1.7 Verantwoording van bronnen en methoden

1. Wat wordt verstaan onder big data en profileren?

Het antwoord op deze vraag wordt opgeleverd door het raadplegen en analyseren van wet- en regelgeving (voornamelijk de AVG, de Privacyrichtlijn en de Wbp), de daarbij behorende Memorie van Toelichting, literatuur (boeken en tijdschriften die betrekking hebben op profileren en big data) en andere relevante documenten (onder andere documenten van Working Party article 29 en publicaties van prof. dr. E.J. Koops, mr. dr. C.M.K.C. Cuijpers en Jaap-Henk Hoepman). Het juridisch kader bestaat uit bestaand materiaal en daarom wordt er gebruik gemaakt van een inhoudsanalyse. Hierdoor wordt de relevante informatie geselecteerd. Er is sprake van relevante informatie als deze nodig is om de kwestie uiteen te zetten of wanneer er argumenten aan kunnen worden ontleend voor de verklaring, oordeelsvorming of advisering.¹³

2. In hoeverre is het gebruik van big data en profileren binnen de AVG geregeld?

Deze vraag kan worden beantwoord door het maken van een inhoudsanalyse en het vergelijken van de AVG, UAVG, eventuele jurisprudentie en het boek “de Algemene Verordening Gegevensbescherming – artikelsgewijs commentaar”¹⁴. Deze rechtsbronnen vormen het juridisch kader.

3. In hoeverre vormt bijzondere wetgeving in het sociaal domein een aanvulling of uitzondering op de AVG, omtrent het verwerken van persoonsgegevens?

Deze vraag kan worden beantwoord door het maken van een inhoudsanalyse van een aantal wetten in het sociaal domein, namelijk de Participatiewet, de Wet maatschappelijke ondersteuning en de Jeugdwet. De bepalingen omtrent de verwerkingen van persoonsgegevens en de bepalingen omtrent de bevoegdheden worden onderzocht en vergeleken met de AVG en de UAVG.

13 G.A.F.M. van Schaaijk, Praktijkgericht juridisch onderzoek, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 88.

14 A. Engelfriet, L. Meij & P. Kager, De Algemene Verordening Gegevensbescherming. Artikelsgewijs commentaar, Amsterdam: Ius Mentis 2017.

4. In hoeverre heeft de nationale rechter zich gebogen over het gebruik van Big Data en profileren en wat is daaruit voortgekomen?

Het antwoord op deze vraag kan worden gevonden door onderzoek te doen naar relevante jurisprudentie. Er zullen verschillende uitspraken (rechtsbronnen) die betrekking hebben op dit onderwerp worden onderzocht en beoordeeld. Hieruit zal blijken welk standpunt de rechtspraak over het gebruik van big data en profileren door decentrale overheden inneemt.

5. In welke mate is het voor de gemeenten mogelijk om big data te gebruiken en op basis van die data intern beleidregels te evalueren, geautomatiseerde beschikkingen te verlenen en fraude binnen het sociaal domein op te sporen?

Door middel van de theorie die wordt besproken in de voorgaande hoofdstukken en het toepassen van rechtsbronnen (AVG, UAVG en jurisprudentie), literatuur en documenten (opinie- en/of adviesstukken van Working Party article 29, Autoriteit Persoonsgegevens (AP) en de WRR) kan worden aangegeven welke mogelijkheden overheidsinstanties hebben bij het gebruik van big data. Omdat het theoretisch onderzoek generiek voor overheidsinstanties zal plaatsvinden, zullen de uitkomsten van dat onderzoek op elke decentrale overheidsinstanties kunnen worden toegepast. Als voorbeeld zal de theorie op één specifieke gemeente worden toegepast.

1.7 Leeswijzer

In hoofdstuk 1 is de aanleiding van het probleem besproken. In hoofdstuk 2 worden de termen big data en profileren besproken. Hier zal een duidelijker beeld ontstaan van de term big data en het verschil tussen big data en profileren. In hoofdstuk 3 wordt een relevante artikel uit de wet besproken en ontleed. Deze artikelen bevatten de grondslagen voor het gebruik van big data en profileren. In hoofdstuk 4 wordt de literatuur uit hoofdstuk 3 gekoppeld aan het sociaal domein. Hierin wordt gekeken of de bepalingen van het sociaal domein overeenkomen met de bepalingen uit de AVG en of ze eventueel toevoegingen hebben. In hoofdstuk 5 wordt relevante jurisprudentie besproken omtrent het gebruik van risicoprofielen en de besluitvorming op basis van die risicoprofielen. In hoofdstuk 6 wordt de literatuur uit de voorgaande hoofdstukken toegepast op een gemeente, namelijk gemeente Stichtse Vecht.

2. Definities big data en profileren

In dit hoofdstuk wordt de deelvraag “Wat wordt verstaan onder big data en Profileren?” besproken. De termen big data en profileren worden vaak gebruikt, maar wanneer nu sprake is van big data is niet helemaal helder, omdat de term geen eenduidige betekenis heeft. In dit hoofdstuk wordt inzicht gegeven in de verschillende definities van big data binnen verschillende werkvelden. Verder wordt een definitie gegeven van de term big data binnen dit onderzoek.

2.1 Big data

De laatste jaren is de term big data steeds populairder geworden. Maar wat betekent big data nu precies? Big data heeft geen eenduidige betekenis.¹⁵ Uit onderzoek naar de definitie van big data is gebleken dat iedere schrijver de term big data anders interpreteert. De een kiest ervoor om de term big data te gebruiken als paraplu-begrip en geeft daarmee aan dat het alle nieuwe mogelijkheden omvat die samenhangen met de verschillende manieren waarop men met data wordt omgegaan.¹⁶ De ander bedoelt met big data, data die door een machine is gegenereerd. Meestal geeft de schrijver in het begin van zijn tekst aan wat hij bedoelt met big data, maar dit gebeurt niet altijd. Ondanks het feit dat de term big data steeds populairder wordt, is er geen definitie opgenomen van de term big data in de AVG.

De term big data werd voor het eerst in 1997 in een document van NASA gebruikt, waarin een probleem werd beschreven door middel van het gebruik van visualisatie (computer graphics). Computer graphics vormden in die tijd een grote belasting op de capaciteit van het hoofdgeheugen, lokale schijf en zelfs op de externe schijf.¹⁷ Wanneer de data niet op het hoofdgeheugen of op het externe geheugen paste, sprak men van “the problem of big data”. Men refereerde hiernaar wanneer het probleem ontstond dat de data te groot was voor het geheugen.¹⁸ De toenmalige inhoud van de term big data past niet meer bij deze tijd. Tegenwoordig zijn de mogelijkheden omtrent dataopslag ongekend. Er moet dus worden gekeken naar een andere definitie die meer bij deze tijd past.

De Oxford English Dictionary definieert big data als: “data van een zeer grote omvang, meestal in de mate dat de manipulatie en het beheer daarvan een aanzienlijke logistieke uitdaging vormt”. Deze definitie is echter afgeleid van de definitie die Wikipedia geeft, namelijk: “een allesomvattende term voor elke verzameling van datasets die zo groot en complex zijn dat het te ingewikkeld wordt om, met behulp van traditionele gegevensverwerkingstools of applicaties, de data te verwerken.”¹⁹ Deze definitie geeft niet duidelijk aan wat er met big data wordt bedoeld en is enigszins verouderd, omdat de huidige gegevensverwerkingstools het wel aankunnen om die gegevens te verwerken. De data wordt tegenwoordig opgeslagen in grote databases en kan zelfs op afstand worden geraadpleegd.

In de Working paper ‘Big data voor fraudebestrijding’ worden er verschillende definities voor de term big data uitgewerkt. Als eerste wordt de term big data omschreven als “Data die wordt gehanteerd door grote volumes data, veelal ongestructureerd, die met een hoge snelheid en betrouwbare verwerking leiden tot nieuwe inzichten die beslissingen ondersteunen”. In de genoemde paper wordt bij het gebruik van big data in de fraudebestrijding deze term anders omschreven, namelijk: “het voorspellen welke subjecten en objecten naar verwachting het vaakst tot fraude leiden”. Dit kan volgens de schrijver van deze Working paper samengaan met het profileren van situaties en personen.²⁰

15 WRR, *Big data in een vrije en veilige samenleving*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2016, p. 21.

16 S.klous & N. Wielaard, *Wij zijn big data. De toekomst van de informatiesamenleving*, Vlaardingen: Uitgeverij Business Contact 2014, p. 8.

17 G.Press, *12 big data Definitions: What's Yours?*, Forbes 3 september 2014.

18 M. Cox & D. Ellsworth, *Application-controlled Demand Paging for Out-of-Core Visualization (report NAS-97-010)*, 1997, nas.nasa.gov, p. 1.

19 G.Press, *12 big data Definitions: What's Yours?*, Forbes 3 september 2014.

20 P. Olsthoorn, *Big data voor fraudebestrijding*. Working paper 21, Den Haag: WRR 2016.

Binnen de EU-instellingen wordt de term big data veelvuldig gebruikt. De term is namelijk in meerdere documenten terug te vinden.²¹ Voorbeelden zijn een zogenaamde ‘merger brief’ van 2015²² en een brief over mobiele gezondheidszorg van de Europese Commissie²³ waarin de term big data voor grote datasets wordt gebruikt. In een meer recent document, betreffende een verslag van de Commissie en de Raad, wordt de term big data gebruikt voor het verzamelen, verwerken en gebruiken van grote hoeveelheden gegevens.²⁴

De term big data verwijst volgens Bernard Marr (auteur en data expert) naar de mogelijkheden om gebruik te maken van de steeds toenemende hoeveelheid data en het analyseren ervan.²⁵ Dit is een algemene definitie en daarom wordt de term big data volgens verschillende experts, zoals Bernard Marr, Doug Laney (Chief Data Officer Research) en Mark van Rijmenam (big data en Blockchain strateeg) gespecificeerd aan de hand van drie V’s. De drie V’s worden hieronder uitgewerkt.

Volume

Volume geeft de hoeveelheid data aan. Organisaties beschikken over steeds meer gegevens. Deze worden op verschillende manieren verzameld, denk bijvoorbeeld aan het kopen van gegevens, openbare gegevens (bijvoorbeeld social media), interne gegevens (gegevens die worden ontvangen van personen) en het uitwisselen van gegevens. Hoeveel data er in totaal beschikbaar is, is onbekend.

Variety

Variety geeft de verscheidenheid van de data weer. Het kan namelijk om ongestructureerde, gestructureerde of semi-gestructureerde data gaan. De data kent vaak verschillende vormen, bijvoorbeeld audio, video, social media, e-mails, brieven, interne gegevens, et cetera. Deze verschillende vormen van data worden door een big data-analyse geanalyseerd en samengebracht tot een uitkomst.

Velocity

Velocity verwijst naar de snelheid waarmee data wordt gegenereerd, maar ook naar de snelheid waarmee data wordt verwerkt en geanalyseerd. Data kan namelijk zijn waarde verliezen als het niet wordt verwerkt en geanalyseerd. Als voorbeeld dient het geval wanneer een grote online winkel gegevens over het koopgedrag van een klant wil achterhalen, moeten deze gegevens zo snel mogelijk worden verwerkt en geanalyseerd om gerichte reclame te maken voor die consument. Als de data te laat wordt verwerkt en geanalyseerd, heeft de consument het product wellicht reeds gekocht of interesse in het product verloren. De verkregen data is dan niet meer belangrijk voor het doel van de verkoper.^{26 27}

21 ‘Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economische en Sociaal Comité en het Comité van de Regio’s. Naar een bloeiende data-economic, Brussel 2 juli 2014, p. 2.

22 E. Ocello, C. Sjödin & A. Subočs, What’s Up with Merger Control in the Digital sector? Lessons from the Facebook/WhatsApp EU merger case, Competition merger brief 2015, p. 6.

23 ‘Groenboek. Over mobiele gezondheidszorg (“m-gezondheidszorg”), Brussel 10 april 2014, p. 5.

24 ‘Verslag van de Commissie aan de Raad en het Europees parlement. Eindverslag over sectoronderzoek naar e-commerce, Brussel 10 mei 2017, p. 15.

25 ‘Wat is big data’, Eduvision, Eduvision.nl (zoek op: wat is big data).

26 ‘Understanding big data: the seven V’s’, Dataconomy 22 mei 2014, Dataconomy.com (zoek op: understanding big data: the seven V’s).

27 X.boutin & G Clemens, Defining ‘big data’ in Antitrust, research paper 21 maart 2017, p. 4, SSRN.com.

In een research paper van Xavier Boutin en Georg Clemens zijn de drie V's uitgewerkt en is daaruit een definitie voor big data voortgekomen. Deze definitie luidt als volgt: "The ability to collect and analyse large volume of data which contains a variety of information in a timely manner".²⁸ In andere woorden dient het te gaan om het snel verzamelen en analyseren van grote hoeveelheden data die een verscheidenheid aan informatie bevatten.

Dat het moet gaan om grote hoeveelheden data komt telkens terug in de definitie van big data, maar om hoeveel data het dan gaat kon tijdens dit onderzoek niet worden ontdekt. De andere aspecten van een big data-analyse zijn vrij duidelijk. Het moet gaan om het analyseren van gestructureerde of ongestructureerde data afkomstig uit verschillende bronnen. Deze analyse dient tot een bepaalde conclusie te komen of een bepaald patroon te herkennen. De complexiteit zit hier in de betekenis van big data. Omdat de term "big" niet meetbaar is, is een eenduidig onderscheid tussen een big data-analyse en een data-analyse niet mogelijk. Dit maakt het onderzoeken van de juridische mogelijkheden voor het gebruik van big data, niet makkelijk. Daarnaast wordt big data ook vaak geassocieerd met twee onderwerpen, namelijk dataopslag en data-analyse.²⁹

Met het oog op de vorenstaande toelichting van big data, komt de schrijver tot de conclusie dat bij het gebruik van big data in de juridische context eerder kan worden gesproken van data-analytics. De betekenissen big data en data-analytics zijn nagenoeg gelijk aan elkaar, alleen gaat het bij data-analytics niet om de hoeveelheid van data, maar om data die geanalyseerd wordt en waar bepaalde conclusies of patronen uit voortkomen. Wanneer in dit onderzoek wordt gesproken over big data, wordt daarmee bedoeld het analyseren van gestructureerde of ongestructureerde data afkomstig uit verschillende bronnen, waaruit bepaalde conclusies kunnen worden getrokken of patronen kunnen worden herkend.

2.2 Profileren

Anders dan bij big data is de term profileren wel opgenomen in de definitielijst van de AVG. De AVG definieert profilering als zijnde 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.

De Working Party 29 (hierna: WP29) geeft uitleg over de betekenis van de term profileren. Volgens de WP29 is er sprake van profileren wanneer er aan drie voorwaarden is voldaan. Ten eerste moet het een geautomatiseerde vorm van verwerken zijn. De tweede voorwaarde is dat de verwerking gebaseerd moet zijn op persoonsgegevens en als laatste moet de profilering betrekking hebben op het evalueren van persoonlijke aspecten van de betrokkene. Profileren houdt volgens WP29 in dat de verzamelde informatie van een individu of groep wordt geanalyseerd op gedrag of persoonlijke voorkeuren, om een individu of groep daarna in bepaalde categorieën te plaatsen of om een voorspelling te maken. Bijvoorbeeld adverteerders maken vaak gebruik van profileren. Een consument wordt dan gevraagd een enquête in te vullen, met vragen zoals naam, adres, leeftijd, interesses en inkomsten. De uitkomsten hiervan worden in bepaalde categorieën verdeeld. Op basis van die categorieën wordt vervolgens gericht geadverteerd om de consument op basis van de voorspelde voorkeuren bepaalde producten te laten kopen.

²⁸ X.boutin & G Clemens, *Defining 'big data' in Antitrust*, research paper 21 maart 2017, p. 5, SSRN.com.

²⁹ J. Stuart Ward & A. Barker, *Undefined By Data: A Survey of big data Definitions*, University of St Andrews, 20 sep 2013, p. 1

2.3 Het verschil tussen big data en profileren

Voor het vervolg van dit onderzoek is het van belang een duidelijk onderscheid te maken tussen de termen big data en profileren. Hoewel de termen enkele raakvlakken hebben, bestaan er ook enkele belangrijke verschillen waardoor een onderscheid tussen deze twee termen wel mogelijk is. Bij big data is het namelijk niet van belang welke gegevens worden verzameld en geanalyseerd. Bij deze term kan het gaan om allerlei soorten gegevens, bijvoorbeeld verkoopcijfers, aantal klachten, omzet, et cetera. Bij profileren gaat het juist om de persoonlijke kenmerken en persoonsgegevens die naar een bepaald individu te herleiden zijn. De gegevens die hier worden verzameld zijn voornamelijk namen, adressen, geboortedata, identificatienummers en persoonlijke kenmerken zoals het regelmaat waarmee het individu boodschappen doet. Bij het profileren worden deze gegevens gebruikt om de individuen te categoriseren en hun gedrag, persoonlijke voorkeuren of interesses te voorspellen of te analyseren.

Big data wordt in dit onderzoek gezien als een overkoepelende term die wordt gebruikt voor verschillende doeleinden. Op basis van big data kan namelijk worden geprofileerd of nieuwe inzichten worden gecreëerd. Bijlage 1 betreft een mindmap waarin enkele voorbeelden van big data worden weergegeven. In de volgende alinea wordt een korte toelichting gegeven over de gedachtegang van deze mindmap.

Big data wordt vaak gebruikt als een overkoepelende term die vaak meerdere processen omvat. Dit heeft te maken met het feit dat de term big data (nog) geen eenduidige definitie kent. Een voorbeeld van de eerdergenoemde processen betreft de dataopslag die wordt geanalyseerd waardoor nieuwe inzichten worden gecreëerd. Big data kan naast processen ook refereren naar grote datasets of het verzamelen van data die gebruikt wordt voor bijvoorbeeld “the internet of things”. De letterlijke vertaling van big data is ‘grote data’ waarmee gerefereerd wordt naar grote datasets. Een dataset is een verzameling van data. De letterlijke betekenis van big data is dus niets anders dan een grote verzameling van data. Toch wordt de term vaak gebruikt voor een andere betekenis of met een andere bedoeling. In de mindmap wordt aangegeven waar de schrijver allemaal aan denkt bij de term big data.

2.4 Conclusie

Big data heeft geen eenduidige betekenis wat het lastig maakt om aan te geven wat met deze term wordt bedoeld. In elk geval kan worden geconcludeerd dat bij big data het om grote hoeveelheden data gaat. Vaak wordt de term big data gecombineerd en ook weleens geassocieerd met de term data-analytics. Bij data-analytics wordt data geanalyseerd waaruit bepaalde conclusies of patronen worden gegenereerd.

Profileren daarentegen heeft wel een eenduidige betekenis. Deze is gedefinieerd in de AVG. Bij profileren wordt gebruik gemaakt van persoonlijke kenmerken en persoonsgegevens van een individu of een groep individuen. Deze gegevens worden automatisch geanalyseerd en in categorieën geplaatst, waardoor bijvoorbeeld het gedrag, prestaties, betrouwbaarheid en interesses van de desbetreffende individuen kunnen worden voorspeld.

Het verschil tussen big data en profileren zit hem voornamelijk in het feit dat bij profileren gebruik wordt gemaakt van persoonsgegevens en persoonlijke kenmerken die worden gecategoriseerd waaruit bepaalde voorspellingen kunnen worden gegenereerd. Bij big data kan data ook worden geanalyseerd, daarbij gaat het echter voornamelijk om het evalueren van bedrijfsprocessen of om het creëren van nieuwe inzichten.

3. Big data, profileren en de AVG

In dit hoofdstuk wordt de deelvraag “In hoeverre is het gebruik van big data en profileren in de AVG geregeld?” besproken. Er wordt gekeken naar de wetgeving van de AVG en de bepaling omtrent de mogelijkheden van profileren, namelijk art. 22 AVG wordt ontleed. Verder worden in dit hoofdstuk de uitzonderingen uit art. 22 AVG en de rechten die de AVG aan de betrokkenen toekent, besproken.

3.1 Definities

Om na te gaan in hoeverre het gebruik van big data en profileren binnen de AVG is geregeld, is het van belang om de definitielijst uit de AVG te raadplegen. Ten opzichte van de Privacyrichtlijn kent de AVG een uitbreiding van de definitielijst. Zo bevat de AVG een definitie voor 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”.³⁰ De Privacyrichtlijn kent geen definitie voor de term *profilering*. Desalniettemin is er een bepaling opgenomen in de Privacyrichtlijn die betrokkenen enige bescherming biedt tegen geautomatiseerde verwerking, namelijk art. 15 (1) van de Privacyrichtlijn. De bepaling in art. 15 (1) van de Privacyrichtlijn is gedeeltelijk overgenomen in artikel 22 (1) van de AVG.³¹ Hoewel de kern van de bepaling op hetzelfde neerkomt, is artikel 22 (1) van de AVG duidelijker. Zie hierover 3.2.

Een andere relevante definitie die aan de AVG is toegevoegd betreft *pseudonimisering*; “het verwerken van persoonsgegevens op zodanige wijze dat de persoonsgegevens niet meer aan een specifieke betrokkene kunnen worden gekoppeld zonder dat er aanvullende gegevens worden gebruikt, mits deze aanvullende gegevens apart worden bewaard en technische en organisatorische maatregelen worden genomen om ervoor te zorgen dat de persoonsgegevens niet aan een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon worden gekoppeld”.³² Pseudonimisering kan relevant zijn voor het gebruik van profileren. Hierover meer in paragraaf 3.2 van dit hoofdstuk. Belangrijk om te weten is het verschil tussen Pseudonimisering en anonimiseren. Bij pseudonimisering worden de persoonsgegevens “versleuteld”. De persoonsgegevens worden door een algoritme vervangen door versleutelde gegevens. Hierdoor is het niet meer mogelijk om de persoonsgegevens te achterhalen zonder een sleutel. De gegevens kunnen met de juiste sleutel weer worden ontgrendeld. Bij anonimiseren zijn de gegevens niet meer te herleiden naar een natuurlijk persoon. Geanonimiseerde persoonsgegevens vallen niet meer onder de AVG.

3.2 Artikel 22 AVG – geautomatiseerde besluitvorming

In deze paragraaf wordt art. 22 van de AVG ontleed. Het artikel luidt als volgt: “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”. In tegenstelling tot art. 15 (1) Privacyrichtlijn, waarbij onduidelijkheden bestonden over de uitleg van deze bepaling, zorgt art. 22 AVG voor een algemeen verbod op geautomatiseerde besluitvorming waaraan voor betrokkenen rechtsgevolgen zijn verbonden of dat deze besluitvorming de betrokkene anderszins in aanmerkelijke mate treft.³³ Art. 22 AVG is van toepassing indien aan een drietal voorwaarden is voldaan. Als eerste moet er sprake zijn van een *besluit*. Daarnaast dient het

30 Art. 4 lid 4 AVG.

31 A. Their, ‘Wat is het verschil tussen pseudonimiseren en anonimiseren van persoonsgegevens en wat zijn de gevolgen?’ Privacy Company, 21 november 2016, Privacycompany.eu (zoek op: pseudonimiseren), l.

Tasevski, ‘Anonimiseren en Pseudonimiseren: wat is het verschil en wat is het belang ervan?’, Considerati, 10 juni 2016, Considerati.com (zoek op: pseudonimiseren).

32 Art. 4 lid 5 AVG.

33 WP29, ‘Draft guidelines automated decision making profiling, 3 oktober 2017, p. 12.

besluit uitsluitend op basis van de geautomatiseerde verwerking te worden genomen en als laatste moeten er *rechtsgevolgen aan zijn verbonden of moet de betrokkene anderszins in aanzienlijke mate worden getroffen*. Hoewel deze dezelfde voorwaarden betreffen als die van art. 15 (1) Privacyrichtlijn, bestond bij het laatste artikel nog onduidelijkheid over wanneer er sprake was van een besluit. De Privacyrichtlijn noch de bijbehorende overwegingen leggen uit wat men onder een *besluit* moet verstaan. Over het algemeen spreekt de literatuur van een *besluit*, als er een bepaalde houding, mening of positie ten aanzien van die persoon wordt ingenomen.³⁴ Een voorbeeld van een besluit is het weigeren van een kredietaanvraag (overweging 71 AVG) of een boete voor het overtreden van de snelheidslimiet, waarbij een camera de snelheid heeft gemeten.³⁵ Een besluit in de zin van de Awb betreft een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling.³⁶ Waar eerst op basis van de Privacyrichtlijn onduidelijkheid heerste over de reikwijdte van een *besluit*, wordt nu in de AVG een zeer ruime interpretatie voor het begrip *besluit* gegeven. Een *besluit* in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) valt in ieder geval onder de reikwijdte van art. 22 AVG.³⁷

De tweede voorwaarde om beroep te doen op art. 22 AVG is, dat er sprake moet zijn van een besluit dat *uitsluitend op geautomatiseerde verwerking* is genomen. Deze voorwaarde komt overeen met die uit art. 15 (1) Privacyrichtlijn. Volgens de considerans van de Privacyrichtlijn is er sprake van geautomatiseerde besluitvorming als er geen menselijke tussenkomst plaatsvindt. Wanneer een natuurlijk persoon andere factoren, meeweegt in het besluit, zoals de persoonlijke omstandigheden van betrokkene, dan is er sprake van menselijke tussenkomst en is er niet aan alle voorwaarden van art. 22 AVG voldaan. Niet elke menselijke tussenkomst is echter een reden om art. 22 AVG niet van toepassing te verklaren. Art. 22 AVG is alsnog van toepassing indien de verwerker deze bepaling probeert te omzeilen door een menselijke tussenkomst te “fabriceren”. Dit is het geval wanneer iemand automatisch gegenereerde profielen toepast op betrokkenen, zonder dat er daadwerkelijke invloed op het resultaat plaatsvindt. De vraag rijst wanneer men van menselijke tussenkomst kan spreken. Volgens de toelichting van WP29 is dat het geval wanneer het besluit wordt uitgevoerd door iemand die geautoriseerd en competent is om het besluit te veranderen.³⁸ Daarnaast zijn er ook geautomatiseerde verwerkingen die zeer geringe menselijke tussenkomst vergen, bijvoorbeeld bij het toekennen van kinderbijslag of het bijstellen van de hoogte van het recht van studiefinanciering. Hiervoor is er een zeer geringe beoordelingsruimte aanwezig. Menselijke tussenkomst in dit geval geeft geen meerwaarde, omdat zowel een menselijke berekening als een geautomatiseerde verwerking dezelfde uitkomsten zullen hebben. Deze uitzondering is echter niet terug te vinden in de AVG maar in de UAVG, namelijk art. 40 UAVG. Dit artikel luidt als volgt; “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”.³⁹ Deze afwijking omtrent het verbod op geautomatiseerde verwerking, vindt zijn grondslag in art. 22 (2) (b) AVG een Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke uitzondering.

Als laatste voorwaarde moeten er *rechtsgevolgen zijn verbonden* aan het besluit dat uitsluitend op basis van geautomatiseerde verwerking is genomen *of moet de betrokkene anderszins in aanzienlijke mate worden getroffen*. Wat onder *rechtsgevolgen* moet worden verstaan, wordt niet expliciet uitgelegd in de AVG. Het spreekt echter voor zich dat het besluit betrekking moet hebben op de rechten en plichten van de betrokkene. Minder duidelijk is het begrip *in*

34 B.C. van Breda, Profilering in de AVG: nieuwe regels, voldoende bescherming? Computerrecht 2017, p. 2.

35 WP29, 'Draft guidelines automated decision making profiling, 3 oktober 2017, p. 8.

36 Art. 1:3 (1) Awb.

37 A. Engelfriet, L. Meij & P. Kager, De Algemene Verordening Gegevensbescherming. Artikelsgewijs commentaar, Amsterdam: Ius Mentis 2017, p. 105/106.

38 WP29, 'Draft guidelines automated decision making profiling, 3 oktober 2017, p. 9.

39 Art. 40 UAVG.

aanzienlijke mate. In de considerans van de AVG worden twee voorbeelden gegeven over besluiten die betrokkenen in aanzienlijke mate treffen, namelijk een automatische afwijzing van een kredietaanvraag of de verwerking van sollicitaties zonder menselijke tussenkomst. Dit zijn slechts twee voorbeelden opgenomen in overweging 71 van de AVG. Het is niet duidelijk welke feiten en omstandigheden meespelen in de vraag of de betrokkene in aanmerkelijke mate is getroffen door een geautomatiseerd besluit. WP29 geeft drie voorbeelden van kredietbeslissingen die onder de reikwijdte van art. 22 AVG vallen, maar die betrokkenen in verschillende gradaties treffen, namelijk:

- een fiets huren op vakantie voor 2 uur;
- een televisie kopen op krediet;
- een hypotheek afsluiten op een huis.⁴⁰

Elk van deze beslissingen treft de betrokkene, maar telkens in andere gradaties. Het is voor een betrokkene namelijk minder ingrijpend wanneer een geautomatiseerd verwerking als uitkomst heeft dat de betrokkene geen fiets mag huren dan wanneer een geautomatiseerd verwerking als uitkomst heeft dat de betrokkenen geen hypotheek zal krijgen.

De vraag wanneer een betrokkene in aanzienlijke mate getroffen is, zal nadere toelichting moeten vinden in toekomstige jurisprudentie.

Dergelijke besluiten zoals hierboven genoemd, mogen volgens overweging 71 van de AVG geen betrekking hebben op kinderen, ook niet wanneer het noodzakelijk is voor de totstandkoming of de uitvoering van een overeenkomst, het is toegestaan bij Unirechtelijke of lidstaatrechtelijke bepaling of wanneer het berust op de uitdrukkelijke toestemming (lid (2) van art. 22).⁴¹ Dit heeft te maken met het feit dat de Europese wetgever de rechten van kinderen beter wil beschermen. Dit valt af te leiden uit overweging 38 AVG. Hierin geeft de Europese wetgever aan dat kinderen minder bewust zijn van de risico's en gevolgen van de verwerking van persoonsgegevens die hen betreffen. Daarnaast is het voor kinderen lastiger om hun recht te waarborgen, mede omdat zij meestal niet op de hoogte zijn van hun rechten en plichten. In 4.11 UAVG wordt onder kind verstaan, een persoon jonger dan 16 jaar.

Verder is het op grond van art. 22 (4) AVG en art. 22 UAVG niet toegestaan om bijzondere persoonsgegevens te gebruiken in geautomatiseerde besluitvorming. Dit om te voorkomen dat er sprake kan zijn van discriminatie. In twee gevallen kan op dit verbod een uitzondering worden gemaakt, namelijk wanneer de betrokkene uitdrukkelijke toestemming heeft gegeven⁴² of wanneer het besluit noodzakelijk is om redenen van zwaarwegend algemeen belang.⁴³

3.2.1 Uitzonderingen art. 22 AVG

Op basis van art. 22 AVG is het niet verboden om besluiten te nemen die gebaseerd zijn op geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, waaronder profilering. Het verbod geldt wanneer het gaat om *uitsluitend* op geautomatiseerde verwerking gebaseerde besluiten. Dit verbod betreft echter geen absoluut verbod en kent 'het recht om niet te worden onderworpen aan een uitsluitend op geautomatiseerde verwerking waaraan rechtsgevolgen zijn verbonden' uit art. 22 AVG enkele uitzonderingen die in lid 2 worden genoemd. Voor de uitoefening van het eerdergenoemde recht gelden eerst de voorwaarden die in paragraaf 3.2 zijn toegelicht.

Bij de eerste uitzondering is geautomatiseerde besluitvorming met rechtgevolg toegestaan als dit noodzakelijk is voor de totstandkoming of de uitvoering van een overeenkomst tussen de betrokkene en de verwerkingsverantwoordelijke. Bij art. 15 (2) van de Privacyrichtlijn was een van de vereisten dat het verzoek vanuit de betrokkene moest komen. Dit is bij de art. 22 (2) AVG niet langer het geval. In plaats daarvan is in art. 22 (2) AVG een

40 WP29, 'Draft guidelines automated decision making profiling, 3 oktober 2017, p. 11.

41 A. Engelfriet, L. Meij & P. Kager, De Algemene Verordening Gegevensbescherming. Artikelsgewijs commentaar, Amsterdam: Ius Mentis 2017, p. 106.

42 Art. 9 (2) sub a AVG.

43 MvT, Kamerstukken II 2017/18, 34851, 3, p. 106.

noodzakelijkheidsvereiste opgenomen. Dit houdt in dat de verwerker moet aantonen dat geautomatiseerde besluitvorming 'noodzakelijk' is voor de totstandkoming of uitvoering van een overeenkomst. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer door middel van een geautomatiseerd systeem, zonder menselijke tussenkomst, een internetprovider analyseert of een van zijn klanten is gehackt en als voorzorgmaatregel deze persoon afsluit van internet. Het voordeel van deze verandering is dat het initiatief niet meer vanuit de betrokkene hoeft te komen, maar ook vanuit de verwerker kan komen, mits aan het noodzakelijkheidsvereiste kan worden voldaan.

Bij de tweede uitzondering kan een unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepaling een uitzondering creëren op het verbod van art. 22 AVG. De wet moet daarin maatregelen treffen om de betrokkenen te beschermen. Verder moet de verwerkingsverantwoordelijke passende maatregelen treffen omtrent de bescherming van de rechten en vrijheden en gerechtvaardigde belangen van betrokkene en moet de verwerker de logica achter de geautomatiseerde besluitvorming aan betrokkene mededelen (art. 22 (2) (b) AVG). Wat men onder passende maatregelen moet verstaan, is beschreven in overweging 71 AVG, namelijk het recht op menselijke tussenkomst, het recht om zijn standpunt kenbaar te maken, het recht om uitleg over de na een dergelijke beoordeling genomen besluit te krijgen en het recht om het besluit aan te vechten. De waarborgen die dienen te worden getroffen, hebben voornamelijk betrekking op de menselijke controle van een geautomatiseerd besluit.

De derde uitzondering berust op de uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene. Een geautomatiseerde besluitvorming met rechtsgevolgen of die de betrokkene in aanmerkelijke mate treft, is wel toegestaan indien de betrokkene zelf uitdrukkelijke toestemming verleent op grond van art. 6 (1) (a) AVG bij gewone persoonsgegevens en op grond van art. 9 (2) (a) AVG bij het gebruik van bijzondere persoonsgegevens. Een voorbeeld hiervan is het aanbieden van een snelle geautomatiseerde afhandeling tegenover een langzamere handmatige afhandeling. Dit komt in de praktijk vaak voor bij kwijtscheldingen van gemeentelijke- en/of waterschapsbelastingen. Daarbij vindt op basis van de toestemming van de belastingplichtige in de toekomst automatische toetsing en besluitvorming plaats over de kwijtschelding van het opgelegde aanslagbedrag. Wanneer de betrokkene toestemming geeft voor geautomatiseerde afhandeling, dan kan hij binnen enkele dagen al een besluit hebben, terwijl dat bij een handmatige afhandeling enkele weken kan duren. De betrokkene heeft dan de keuze om toestemming te verlenen voor de snellere afhandeling. Deze toestemming moet op grond van art. 7 (3) AVG te allen tijde mogelijk zijn om in te trekken. Het intrekken van toestemming dient even eenvoudig te zijn als het geven van toestemming. Wanneer de mogelijkheid bestaat om online middels het aanvinken van een hokje toestemming kan worden verleend, dan is het niet toegestaan om te eisen dat de toestemming middels aangetekende brief wordt ingetrokken.⁴⁴ Indien betrokkene toestemming verleent voor de snellere afwerking, kan er geen bezwaar meer worden gemaakt tegen het geautomatiseerde karakter van de afhandeling.⁴⁵ De betrokkene heeft immers zijn toestemming verleend en wanneer hij de toestemming weer intrekt, heeft dit geen terugwerkende kracht.⁴⁶

In lid 3 van art. 22 AVG worden enkele maatregelen genoemd die genomen dienen te worden indien besluitvorming geautomatiseerd plaatsvindt. Dit artikel beschermt de betrokkene wanneer geautomatiseerde besluitvorming wordt toegepast, zodat de betrokkene alsnog zijn standpunt kenbaar kan maken en het besluit kan aanvechten. Deze maatregelen zijn enkel van toepassing indien geautomatiseerde besluitvorming noodzakelijk is voor de totstandkoming of de uitvoering van een overeenkomst of indien geautomatiseerde

44 A. Engelfriet, L. Meij & P. Kager, De Algemene Verordening Gegevensbescherming. Artikelsgewijs commentaar, Amsterdam: Ius Mentis 2017, p. 53.

45 A. Engelfriet, L. Meij & P. Kager, De Algemene Verordening Gegevensbescherming. Artikelsgewijs commentaar, Amsterdam: Ius Mentis 2017, p. 107.

46 A. Engelfriet, L. Meij & P. Kager, De Algemene Verordening Gegevensbescherming. Artikelsgewijs commentaar, Amsterdam: Ius Mentis 2017, p. 52.

besluitvorming uitdrukkelijk berust op ondubbelzinnige toestemming. Daarnaast blijkt uit overweging 71 van de AVG dat de verwerker ook passende maatregelen dient te nemen om te voorkomen dat er onjuiste besluiten worden genomen. Onder passende maatregelen wordt verstaan het verlenen van specifieke informatie aan betrokkenen omtrent geautomatiseerde verwerking, het recht op menselijke tussenkomst, het recht om zijn standpunt kenbaar te maken en om uitleg of het genomen besluit te ontvangen en als laatste het recht om het besluit aan te vechten.

3.2.2 Lidstaatrechtelijke uitzonderingen

Zoals hierboven reeds is aangegeven, bestaan er uitzonderingen op het recht om niet te worden onderworpen aan geautomatiseerde besluitvorming, waaronder profilering. Een van deze uitzonderingen betreft een unierechtelijke of lidstaatrechtelijke wetsbepaling. Tot op heden van dit onderzoek bestaat er geen unierechtelijke wetsbepaling die voor een uitzondering zorgt op art. 22 (1) AVG. Wel bestaan er lidstaatrechtelijke uitzonderingen.

Een van deze lidstaatrechtelijke uitzonderingen vindt zijn grondslag in art. 64 jo. art. 65 Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen (hierna: SUWI). In art. 64 SUWI wordt aangegeven welke organisaties samenwerken met elkaar ten behoeve van de voorkoming en bestrijding van onrechtmatig gebruik van overheidsmiddelen en overheidsvoorzieningen op het terrein van sociale zekerheid. Art. 64 is de grondslag voor Suwinet en art. 65 SUWI geeft bestuursorganen de mogelijkheid om gebruik te maken van het Systeem Risico Indicatie (hierna: SyRI).

Suwinet is het systeem dat data van verschillende instanties aan elkaar koppelt. Op deze manier kunnen overheidsinstanties gemakkelijk bepaalde gegevens bij elkaar opvragen of inzien. Een voorbeeld van het gebruik van Suwinet is wanneer een persoon een bijstand aanvraagt indien het de geautoriseerde medewerker wil de rechtmatigheid van de uitkering vaststellen. Door middel van Suwinet kan de medewerker zien of de betreffende aanvrager niet gewoon een baan heeft.

SyRI is een instrument dat gegevens die bekend zijn bij overheidsinstanties, gebruikt voor preventie, uitvoering, opsporing en toezicht binnen het sociaal domein, belastingen, inkomensafhankelijke regelingen en arbeidswetten. Door middel van dit instrument proberen verschillende overheidsorganisaties fraude terug te dringen. Hier wordt specifiek op ingegaan in hoofdstuk 4 van dit onderzoek.

SyRI genereert risicomeldingen. Wanneer een risicomelding verschijnt, wordt de natuurlijke- of rechtspersoon onderzoekswaardig geacht. Een dergelijke melding komt tot stand door het analyseren van persoonsgegevens. Dit gebeurt in twee fases. In de eerste fase worden de persoonsgegevens gepseudonimiseerd door de verwerker, in dit geval het Inlichtingenbureau. De verzoekende instanties leveren persoonsgegevens aan. Het Inlichtingenbureau zorgt, middels een sleutel, ervoor dat de gegevens niet meer te herleiden zijn naar een natuurlijk- of rechtspersoon. Daarna wordt de eerste risicoanalyse uitgevoerd. Hieruit kunnen verklaarbare toevalstreffers voortkomen. In de tweede fase worden de potentiële treffers ontgrendeld voor verdere analyse op naam om de toevalstreffers eruit te halen. Daarna worden de overige treffers geanalyseerd op ongebruikelijke en/of opmerkelijke verbanden. Deze wordt dan weloverwogen toegevoegd aan de definitieve selectie of juist niet.⁴⁷ Zie bijlage 2 voor de werking van SyRI.

3.3 Rechten van betrokkenen

Geautomatiseerde verwerking heeft een grote impact op persoonsgegevens. Om extra bescherming te bieden kent de AVG enkele bepalingen om zo de rechten van betrokkenen

47 F.L. Boelé, 'Module Uitvoering sociale zekerheid en bestuursrecht, artikel 65 Wet SUWI, aant. 1.2, Kluwer navigator, 8 januari 2015, Navigator.nl, p.2.

beter te waarborgen. Twee van die bepalingen die relevant zijn voor besluitvorming die gebaseerd is op geautomatiseerde verwerkingen zijn opgenomen in art. 13 (2) (f) en art. 14 (2) (g) AVG. Deze bepalingen verplichten de verwerker informatie te verstrekken die behoorlijke en transparante verwerking van persoonsgegevens waarborgen. De verwerker dient op grond van deze bepalingen de volgende zaken voorafgaand aan de verwerking kenbaar te maken indien de verwerker persoonsgegevens over de betrokkenen heeft verzameld of verkregen:

- het bestaan van geautomatiseerde verwerking, waaronder profileren;
- nuttige informatie over de onderliggende logica;
- het belang en de verwachte gevolgen van die verwerking.

Hierdoor zullen betrokkenen beter op de hoogte zijn van het gebruik van geautomatiseerde verwerking en de eventuele consequenties. Waar art. 13 (2) (f) en art. 14 (2) (g) AVG de verwerker verplicht om de betrokkene te informeren over het bestaan van geautomatiseerde besluitvorming, waaronder profileren, het verstrekken van nuttige informatie over de onderliggende logica van het programma en het belang en de verwachte gevolgen van die verwerking, zijn er enkele bepalingen die de betrokkene bepaalde rechten verlenen. Zo komt de betrokkene naast het recht om niet te worden onderworpen aan geautomatiseerde besluitvorming en profilering (art. 22 AVG), op basis van art. 15 (1) (h) AVG het recht op inzage toe. Andere rechten die de betrokkene kan uitoefenen betreffen het recht op informatie (art. 13 jo. 14 AVG), het recht op rectificatie (art. 16 AVG), het recht op vergetelheid (art. 17 AVG), het recht op beperking van verwerking (art. 18 AVG), het recht op overdraagbaarheid (art. 20 AVG) en het recht op bezwaar (art. 21 AVG). Naast deze specifieke rechten van betrokkenen, gelden er ook beginselen van verwerking waaraan de verwerker zich te allen tijde dient te houden. Deze beginselen zijn opgenomen in art. 5 AVG.

3.4 Big data

Anders dan bij profileren geeft de AVG geen definitie van de term big data. Ook wordt er binnen de AVG niet expliciet gesproken van big data, maar zijn er wel bepalingen opgenomen die samenhangen met big data. Bijvoorbeeld art. 22 AVG, “het recht om niet onderworpen te worden aan geautomatiseerde besluitvorming”. Big data draait om het vergaren van zoveel mogelijk gegevens met als doel deze zodanig te analyseren dat er bepaalde patronen kunnen worden herkend of besluiten kunnen worden genomen. Geautomatiseerde besluitvorming heeft hetzelfde effect. De rechten en plichten die besproken worden in hoofdstuk 2.2 en 2.3 zijn van toepassing wanneer er gebruik wordt gemaakt van big data.

3.5 Conclusie

De term profileren is opgenomen in de AVG. Dit laat weinig ruimte over voor discussie omtrent de toelaatbaarheid van profileren. Verder geeft de WP29 in de richtlijn geautomatiseerde besluitvorming en profileren ook een betekenis aan de term profileren, namelijk dat het moet gaan om een geautomatiseerd proces, dat op basis van persoonsgegevens een persoon evalueert op persoonlijke aspecten. Een andere belangrijke term voor het profileren in het kader van fraudebestrijding is pseudonimiseren. Dit houdt in dat de persoonsgegevens automatisch worden versleuteld door bijvoorbeeld de persoonsgegevens te vervangen door codes. Met de juiste ‘sleutel’ kunnen de persoonsgegevens weer worden achterhaald. Het gebruik van pseudonimiseren speelt voornamelijk een rol bij het gebruik van SyRI.

In de AVG is een bepaling opgenomen die betrekking heeft op het gebruik van profileren, namelijk art. 22 AVG. Dit artikel is van toepassing indien het aan drie kernvoorwaarden voldoet. Het dient namelijk te gaan om een *besluit*, dat *uitsluitend op geautomatiseerde verwerking* is genomen en waaraan *rechtsgevolgen zijn verbonden* of de geautomatiseerde verwerking de betrokkene op een andere manier *in aanzienlijke mate treft*. Indien aan deze drie voorwaarden is voldaan is art. 22 AVG van toepassing en geldt er dus een verbod op geautomatiseerde besluitvorming waaronder profilering. Van dit verbod kan worden afgeweken als er sprake is van een van de drie uitzonderingen die in art. 22 AVG worden genoemd. De eerste uitzondering staat geautomatiseerde besluitvorming toe indien dit

noodzakelijk is voor de totstandkoming en/of de uitvoering van een overeenkomst. Hiervan kan sprake zijn indien door middel van een geautomatiseerd systeem, zonder menselijke tussenkomst, een internetprovider analyseert of een van zijn klanten is gehackt en als voorzorgmaatregel deze persoon afsluit van internet. De tweede uitzondering staat geautomatiseerde besluitvorming toe indien hiervoor een Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke uitzondering voor is. Art. 64 jo. 65 SUWI zijn voorbeelden hiervan. De laatste uitzondering om gebruik te maken van geautomatiseerde besluitvorming is op basis van toestemming van de betrokkene. Het dient hier te gaan om ondubbelzinnige uitdrukkelijke toestemming.

Naast de mogelijkheden om gebruik te maken van geautomatiseerde besluitvorming, waaronder profileren, kent de AVG ook een aantal rechten die de betrokkene beschermen tegen het onrechtmatig verwerken van de persoonsgegevens die hem aangaan. Hier dient te allen tijde rekening mee te worden gehouden.

4. De AVG en het sociaal domein

In dit hoofdstuk wordt de deelvraag “In hoeverre vormt bijzondere wetgeving in het sociaal domein een aanvulling of uitzondering op de AVG, omtrent het verwerken van persoonsgegevens?” behandeld. Er wordt een analyse gemaakt van de wetgeving in het sociaal domein met betrekking tot het verwerken van persoonsgegevens ten behoeve van fraudebestrijding.

4.1 Grondslag voor verwerking van persoonsgegevens binnen de AVG

Art. 22 (1) AVG geeft de betrokkenen het recht niet te worden onderworpen aan profilering, tenzij een van de uitzonderingen onder art. 22 (2) AVG van toepassing is. Een van deze uitzonderingen is een lidstaatrechtelijke bepaling. Wil een organisatie gebruik maken van profilering, dan dient hiervoor een wettelijke grondslag aanwezig te zijn. Wanneer een organisatie fraude wil opsporen in het sociaal domein, is profilering een snel en effectief middel. De wettelijke grondslag hiervoor ligt in art. 64 jo. 65 SUWI. Art. 64 SUWI stelt echter dat gegevensverstrekking ten behoeve van samenwerking enkel mogelijk is ten bate van een integraal overheidsoptreden en ten aanzien van voorkoming en bestrijding van onrechtmatig gebruik van overheidsmiddelen en overheidsvoorzieningen. Daarnaast dient het bestuursorgaan de bevoegdheid te hebben voor preventief toezicht op de naleving. Art. 5:15 - 5:19 Awb geeft toezichthouders de bevoegdheden om te controleren of de voorschriften worden nageleefd. Zo zijn de toezichthouders bevoegd om inlichtingen te vorderen (5:16 Awb) of inzage van een identiteitsbewijs te vragen (5:16a Awb). Daarbij is men verplicht om medewerking te verlenen (5:20 Awb). De bevoegdheden in de Awb zijn echter beperkt. Zo valt toezicht op de naleving van de inlichtingenplicht en toezicht op de uitvoering niet onder de reikwijdte van afdeling 5.2 Awb. Hiervoor dienen toezichthouders te worden aangewezen die nagaan of de aan de uitkering verbonden voorschriften worden nageleefd.⁴⁸ Dit wordt in het bijzonder bestuursrecht geregeld, zoals in de Participatiewet, de Wet maatschappelijke ondersteuning (hierna: Wmo) en de Jeugdwet.

De rechtmatigheid van het verwerken van persoonsgegevens is geregeld in art. 6 AVG. Een verwerker kan op verschillende manieren rechtmatig persoonsgegevens verwerken. De AVG kent een aantal situaties waarin het verwerken van persoonsgegevens rechtmatig is. Hieronder worden deze grondslagen voor de verwerking kort beschreven.

4.1.1 De betrokkene verleent toestemming

Indien een verwerker persoonsgegevens wil verwerken, kan dit op basis van toestemming. Hier zijn wel een aantal voorwaarden aan verbonden. Deze voorwaarden zijn opgenomen in art. 7, 4 (11) en 9 (2) (a) AVG. Van belang is dat de verwerker kan aantonen dat de betrokkene toestemming heeft verleend (art. 7 (1) AVG). Daarnaast dient het voor de betrokkene mogelijk te zijn te allen tijde de toestemming weer intrekken (art. 7 (3) AVG). Verder dient het te gaan om een vrije⁴⁹, specifieke⁵⁰, geïnformeerde⁵¹ en ondubbelzinnige wilsuiting⁵². De toestemming kan verleend worden door middel van een verklaring of een ondubbelzinnige handeling.

Het onderdeel vrije wil is voor gemeenten een knelpunt om rechtmatige toestemming te ontvangen. De AP heeft in april 2016 een onderzoek gepubliceerd naar het gebruik van toestemming in het sociaal domein. Hieruit bleek dat gemeenten vaak kozen voor toestemming

⁴⁸ MvT Awb, *Kamerstukken II 1996/97, 25280, 3, p. 33/34 (overweging 98/99)*.

⁴⁹ Van een vrije wilsuiting is sprake indien de betrokkene echt een keus heeft en geen nadelige gevolgen ondervindt indien hij de toestemming weigert te verlenen of hij de toestemming intrekt.

⁵⁰ Een specifieke wilsuiting is bijvoorbeeld het aanmelden voor de notificatie van “ik wil een seintje krijgen indien de nieuwe iPhone beschikbaar is”.

⁵¹ Er is sprake van een geïnformeerde wilsuiting indien duidelijk gecommuniceerd is en in eenvoudige taal over welke gegevens worden verwerkt en voor welke doeleinden.

⁵² De handeling waarmee toestemming wordt gegeven mag niet voor meerdere interpretaties vatbaar zijn.

om problemen bij het bepalen van de grondslag voor het verwerken van persoonsgegevens tegen te gaan. De AP heeft geconcludeerd dat de toestemmingen die gemeenten hebben verkregen vaak niet rechtsgeldig zijn omdat ze niet in vrije wil zijn verstrekt. Dit komt doordat de verhouding tussen gemeenten en burgers niet gelijk is. De burger is vaak afhankelijk van de gemeente voor hulp en voelt zich gedwongen om toestemming te verlenen, anders kan er geen hulp worden geboden.⁵³ Een voorbeeld hiervan is de situatie waarin een UWV-medewerker toestemming vraagt voor het betreden van de woning om deze te inspecteren en bij weigering wordt de WW-uitkering van de betrokkene gekort. De betrokkene heeft in dit geval geen keuze en zal toestemming moeten verlenen indien hij het recht op een volledige uitkering wil behouden.⁵⁴ De AVG geeft in overweging 43 aan dat toestemming geen geldige rechtsgrond mag zijn voor de verwerking indien sprake is van een duidelijke wanverhouding. De AVG noemt overheidsinstanties als voorbeeld. Wanneer de verwerkingsverantwoordelijke een overheidsinstantie betreft, wordt aangenomen dat de toestemming niet vrijelijk verleend is indien geen afzonderlijke toestemming kan worden gegeven voor verschillende persoonsgegevensverwerkingen. Gemeenten dienen daarom ook zo min mogelijk gebruik te maken van deze grondslag en in principe de grondslagen onder 4.1.3 en/of 4.1.5 van dit hoofdstuk. Indien er geen andere grondslag is, dienen overheidsinstanties zorgvuldig te handelen.

4.1.2 Noodzakelijk voor de uitvoering van een overeenkomst.

De tweede grond voor het rechtmatig verwerken van persoonsgegevens is indien het noodzakelijk is voor de uitvoering van de overeenkomst. Als noodzakelijk kan bijvoorbeeld worden gezien: het inchecken met een ov-chipkaart door studenten. In een uitspraak van de rechtbank Utrecht heeft de voorzieningenrechter geconcludeerd dat het inchecken met de ov-chipkaart noodzakelijk is voor de uitvoering van art. 18 (2) algemene voorwaarden NS. Door invoering van art. 18 (2) Algemene voorwaarden NS is het immers een verplichting geworden om in te checken voor het verkrijgen van een geldig vervoersbewijs. NS heeft aangevoerd dat niet tijdens elke reis conducteurs de ov-chipkaarten van studenten controleren en dat door middel van het inchecken de ov-chipkaarten wel te allen tijde worden gecontroleerd. De voorzieningenrechter vond dat NS voldoende aannemelijk had gemaakt dat de noodzaak bestond om aan de vervoersovereenkomst te voldoen.⁵⁵

4.1.3 Voldoen aan wettelijke verplichting

De derde grond voor het rechtmatig verwerken van persoonsgegevens is indien het noodzakelijk is om te voldoen aan een wettelijke verplichting. Het verstrekken van gegevens over werknemers aan de Belastingdienst is hier een voorbeeld van (art. 28 Wet op de loonbelastingen 1964).

4.1.4 Vitale belangen beschermen

De vierde grond voor het rechtmatig verwerking van persoonsgegevens is indien het noodzakelijk is om vitale belangen van een natuurlijk persoon te beschermen. Een voorbeeld hiervan is het verwerken van medische gegevens bij een ongeval. In dit geval is dit noodzakelijk om de gezondheid van die persoon te beschermen. Een ander voorbeeld is voor het monitoren van een epidemie en de verspreiding ervan.⁵⁶

⁵³ AP, *Verwerking van persoonsgegevens in het sociaal domein, de rol van toestemming in het sociaal domein*, Autoriteit persoonsgegevens 19 april 2016, p. 25.

⁵⁴ A. Engelfriet, L. Meij & P. Kager, *De Algemene Verordening Gegevensbescherming. Artikelsgewijs commentaar*, Amsterdam: Ius Mentis 2017, p. 30.

⁵⁵ Rb, 21 maart 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW1070.

⁵⁶ A. Engelfriet, L. Meij & P. Kager, *De Algemene Verordening Gegevensbescherming. Artikelsgewijs commentaar*, Amsterdam: Ius Mentis 2017, p. 44.

4.1.5 Algemeen belang of in uitoefening van het openbaar gezag

De vijfde grondslag voor het verwerken van persoonsgegevens is indien de verwerking noodzakelijk is voor het vervullen van een taak van algemeen belang of in uitoefening van het openbaar gezag. Het verwerken van persoonsgegevens voor de volksgezondheid of sociale bescherming kan gezien worden als algemeen belang. Hierbij dient wel een Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke grondslag te zijn.

4.1.6 Noodzakelijk voor gerechtvaardigd belang

De laatste grondslag van art 6 (1) AVG voor het rechtmatig verwerken van persoonsgegevens is indien de verwerking noodzakelijk is voor de gerechtvaardigde belangen van de verwerkingsverantwoordelijke of een derde, tenzij de vrijheden van betrokkenen die tot bescherming van persoonsgegevens horen, zwaarder wegen. Het verwerken van persoonsgegevens die strikt noodzakelijk zijn voor fraudepreventie en voor directe marketingdoeleinden worden volgens de Europese wetgever gezien als een gerechtvaardigd belang (overweging 47 AVG).

4.2 Verwerken van persoonsgegevens en in het sociaal domein

De grondslag voor het verwerken van persoonsgegevens is van belang om te voldoen aan het beginsel rechtmatigheid, behoorlijkheid en transparantie. De verwerking dient te gebeuren op basis van een grondslag. Dit geldt ook voor het verwerken van persoonsgegevens in het sociaal domein. Het bestuursorgaan mag niet zomaar persoonsgegevens verwerken. Zij dienen bij elke verwerking na te gaan welke grondslag ze kunnen gebruiken. Voor het verwerken van persoonsgegevens in het sociaal domein zullen voornamelijk de grondslagen noodzakelijk om te voldoen aan een wettelijke plicht en noodzakelijk voor de vervulling van een taak van algemeen belang worden gebruikt.

4.3 Participatiewet

Wanneer iemand een aanvraag indient voor een bijstandsuitkering, wordt gekeken naar de omstandigheden, de middelen en de mogelijkheden van de belanghebbende. Hierbij gaat het bijvoorbeeld om het eigen vermogen, het inkomen en de leefsituatie van de belanghebbende. Om te controleren of de belanghebbende ook daadwerkelijk recht heeft op de uitkering, is een groot aantal gegevens, zoals inkomsten, bezittingen, woonsituatie en vermogen relevant. Daarom is de belanghebbende verplicht mededeling te doen van alle feiten en omstandigheden waarvan redelijkerwijs duidelijk is dat deze invloed kunnen hebben op de hoogte van zijn uitkering (art. 17 Pw). Wanneer de aanvrager of rechthebbende dit nalaat, kan dit leiden tot het tijdelijk verlagen of het stopzetten van de uitkering of tot het opleggen van een boete (art. 18a Pw). In geval van onrechtmatige toekenning van uitkeringsgelden kan het leiden tot terugvordering van het benadelingsbedrag (art. 58 Pw). Op grond van art. 8b Pw stelt de gemeenteraad een verordening op omtrent het bestrijden van de ten onrechte ontvangen bijstandsgelden, alsmede van misbruik en oneigenlijk gebruik van de wet. In veel gevallen bevat dit ook toezicht op de naleving van de inlichtingenplicht.

Zoals in de eerste alinea van dit hoofdstuk is gesteld, zijn de bevoegdheden van toezichthouders op grond van afdeling 5.2 Awb beperkt. Op grond van art. 76a Pw kan het college van burgemeester en wethouders ambtenaren aanwijzen die zijn belast met het toezicht op de naleving van de Participatiewet. Op grond van art. 53a (6) Pw is het college bevoegd onderzoek in te stellen naar de juistheid en volledigheid van de verstrekte gegevens en naar andere gegevens die noodzakelijk zijn voor de dienstverlening. Deze bepaling vormt de wettelijke grondslag voor toezichthouders om onderzoek in te stellen. De bevoegdheid op grond van art. 53a (6) Pw is ruimer dan de bevoegdheid om toezicht op de naleving te houden zoals dat in de Awb is beschreven. Zo is het college bevoegd om op grond van art. 53a (2) jo. (4) Pw de woning van belanghebbende binnen te treden met zijn toestemming om de

leefsituatie te controleren, ook als er geen sprake is van een verdenking.⁵⁷ De toezichthouder kan belanghebbende een aanbod doen om een huisbezoek te krijgen; het weigeren hiervan kan tot opschorting of vermindering van de uitkering leiden. Daarbij dient de subsidiariteit en proportionaliteit in acht te worden genomen. Het college moet bij aanbod voor een huisbezoek de belanghebbende in de gelegenheid hebben gesteld om de leefsituatie op een andere manier aan te tonen en de leefsituatie dient niet op een andere manier te kunnen worden vastgesteld.

Naast de hierboven genoemde bevoegdheden, verplicht de Participatiewet aan organisaties om gevraagd inlichtingen te verstrekken aan het college (art. 64 Pw). Onder het eerste lid van art. 64 Pw staat een lijst van organisaties die hiertoe verplicht zijn. De verplichting voor bepaalde organisaties om inlichtingen te verstrekken is ook geregeld in hoofdstuk 9 SUWI. Het voornaamste doel van deze bepalingen is het uitwisselen van gegevens. Deze gegevens zijn opgeslagen in een netwerk genaamd SUWI-net. Alleen de organisaties die verplicht zijn de gegevens te verstrekken, hebben toegang tot dit netwerk.

Waar in het strafrecht de bevoegdheden gedetailleerd worden geregeld, moet bij de Participatiewet het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel in acht genomen worden. De wet zelf bevat immers geen beperkingen omtrent de onderzoeksbevoegdheid. Hoewel de Participatiewet geen beperkingen inhoudt, gelden deze beperkingen wel vanuit de AVG voor wat betreft het verwerken van persoonsgegevens. Zo mogen persoonsgegevens alleen worden verwerkt indien aan een van de grondslagen van art. 6 (1) AVG is voldaan. Het college vindt zijn grondslag om persoonsgegevens te mogen verwerken in het feit dat de verwerking noodzakelijk is voor de vervulling van een taak van algemeen belang (art. 6 (1) (e) AVG).

Naast de beperkingen en uitzonderingen die zijn opgenomen in de AVG zijn ook expliciete rechten voor betrokkenen in de AVG vastgelegd. Art. 12 AVG is daar een voorbeeld van. De verwerkingsverantwoordelijke, in dit geval het college, dient passende maatregelen te nemen opdat de betrokkene informatie ontvangt over de verwerking. Deze informatie dient in een beknopte, transparante, begrijpelijke taal en gemakkelijke vorm te worden verschaft. Het feit dat de betrokkene deze informatie dient te ontvangen, valt af te leiden uit art. 13 (1) jo. (2) AVG en art. 14 (1) jo. (2) AVG. Hierin staat geschreven dat wanneer de verwerkingsverantwoordelijke persoonsgegevens verzamelt bij de betrokkene zelf of bij een derde, hij informatie over bijvoorbeeld de contactgegevens van de verwerkingsverantwoordelijke, de contactgegevens van de FG en het doel van de verwerking moet verstrekken aan de betrokkene (art. 13 jo. 14 AVG). Hiervoor gelden echter een aantal uitzonderingen: als het verstrekken of verkrijgen van persoonsgegevens bij wet verplicht is (art. 14 (5) (c) AVG) of als betrokkene al over deze informatie beschikt, hoeft die informatie niet nogmaals te worden verstrekt (art. 13 (4) jo. 14 (5) (a) AVG). De eerste uitzondering kan van toepassing zijn in het geval van art. 64 Pw. Dit artikel verplicht bepaalde organisaties om persoonsgegevens te verstrekken. De verwerkingsverantwoordelijke is in dit geval niet verplicht om de betrokkene de informatie te verstrekken die onder art. 14 (1) jo. (2) AVG valt. Daarnaast hebben betrokkenen ook het recht op inzage (art. 15 AVG), het recht op rectificatie (art. 16 AVG), het recht op vergetelheid (art. 17 AVG), het recht op beperking van de verwerking (art. 18 AVG), het recht op bezwaar (art. 21 AVG) en het recht om niet onderworpen te worden aan geautomatiseerde besluitvorming (art. 22 AVG). Al deze rechten kunnen een beperking vormen op de reikwijdte van een onderzoek binnen de Pw. Een voorbeeld van een beperking vanuit de AVG is art. 22 AVG: geautomatiseerde besluitvorming en profileren. De Pw kent geen beperking op het gebruik van profielen. De AVG bepaalt dat profileren niet is toegestaan (art. 22 AVG), tenzij het aan de uitzonderingen voldoet die in 3.2.1 van dit onderzoek zijn beschreven. Mocht geen van de uitzonderingen van toepassing zijn, dan wordt de onderzoeksbevoegdheid binnen de Pw beperkt. Nationale wetgeving kent echter wel een uitzondering bij lidstaatrechtelijke bepaling, namelijk art. 64 jo. 65 SUWI.

⁵⁷ MvT, *Kamerstukken II 2008/09, 31929, 3, p. 2/3.*

4.4 Wet maatschappelijke ondersteuning

De Wet maatschappelijke ondersteuning (hierna: Wmo) heeft als doel te zorgen dat oudere mensen of mensen met een beperking zo lang mogelijk thuis kunnen blijven wonen in plaats van in een zorgcentrum. Dit kan gerealiseerd worden door de rechthebbende ondersteuning te bieden die past bij zijn persoonlijke situatie, zoals ondersteuning bij het deelnemen aan het maatschappelijk verkeer. De taak om te zorgen dat de rechthebbenden zo lang mogelijk thuis kunnen blijven wonen, ligt bij de gemeenten. Wanneer een rechthebbende niet meer zelfredzaam⁵⁸ is, kan hij een verzoek indienen bij het college. Het college zal dan onderzoek gaan verrichten naar de middelen en mogelijkheden die de zelfredzaamheid van de rechthebbende kunnen bevorderen. Als de rechthebbende bijvoorbeeld niet in staat is om huishoudelijke taken te verrichten, kan het inzetten van een interieurverzorgster een passende ondersteuning zijn.

Gemeenten hebben de taak te zorgen dat een rechthebbende zo lang mogelijk thuis kan blijven wonen. Daarnaast moeten zij ervoor zorgen dat er geen misbruik of oneigenlijk gebruik wordt gemaakt van de Wmo en moeten zij ten onrechte ontvangen maatwerkvoorzieningen of persoonsgebonden budget (hierna: pgb) bestrijden. De Wmo verplicht de gemeenteraad om de regels die noodzakelijk zijn voor het bestrijden van misbruik, oneigenlijk gebruik of ten onrechte ontvangen maatwerkvoorzieningen of pgb in een verordening vast te leggen (art. 2.1.3. (4) Wmo).

Net als bij de Participatiewet is binnen de Wmo een rechthebbende ook verplicht om op verzoek of uit eigen beweging mededeling te doen van alle feiten en omstandigheden waarvan redelijkerwijs duidelijk moet zijn dat die aanleiding kunnen zijn tot heroverweging van een beslissing (art. 2.3.8 Wmo). Bij de Wmo heeft een rechthebbende niet alleen een informatieplicht, maar dient het college ook periodiek te onderzoeken of er een aanleiding bestaat om een beslissing te heroverwegen (art. 2.3.9 Wmo). Indien er een van de hierna genoemde situaties aan de orde is, kan het college de beslissing herzien of intrekken (art. 2.3.10 Wmo). Dit is het geval wanneer een rechthebbende:

- onjuiste informatie heeft verstrekt, waarbij verstrekking van de juiste gegevens tot een ander oordeel zou hebben geleid;
- niet langer is aangewezen op maatwerkvoorzieningen of pgb;
- het pgb of de maatwerkvoorziening niet langer toereikend zijn;
- niet voldoet aan de maatwerkvoorzieningen- of pgb-voorwaarden;
- de maatwerkvoorzieningen of het pgb gebruikt voor andere doeleinden dan waarvoor ze verstrekt zijn.

Zoals het college bij de Pw een toezichthouder aanwijst op grond van art. 67a Pw, gebeurt dit bij de Wmo op grond van art. 6.1 Wmo. Het betreffen hier toezichthouders in de zin van art. 5:11 Awb⁵⁹. Dit betekent dat de verplichtingen en bevoegdheden die gelden voor toezichthouders in de zin van 5:11 Awb ook van toepassing zijn op toezichthouders die aangewezen zijn op grond van 6.1 Wmo. Daarbij geeft art. 6.1 (2) Wmo de toezichthouders een extra bevoegdheid omtrent inzage in dossiers die door aanbieders zijn opgesteld ter ondersteuning van de betrokkene. Indien een toezichthouder inzage krijgt in dossiers met geheimhoudingsplicht, dan is die geheimhoudingsplicht ook van toepassing op de toezichthouder.

Om het college te helpen met het uitvoeren van zijn taken heeft de wetgever het college een aantal bevoegdheden aangereikt. Deze staan vermeld in hoofdstuk 5 van de Wmo. Dit

⁵⁸ In staat zijn tot het uitvoeren van de noodzakelijke algemene dagelijkse levensverrichtingen en het voeren van een gestructureerd huishouden (art. 1.1.1 (1) Wmo).

⁵⁹ T.A.M. Van den Ende, Tekst & commentaar Gezondheidsrecht, commentaar op art. 6.1 Wmo 2015, Kluwer Navigator, 1 juli 2017, navigator.nl.

hoofdstuk geeft bepaalde instanties de bevoegdheid om (bijzondere) persoonsgegevens te verwerken en te verstrekken. Naast de aanvullende bevoegdheden zijn er in verband met gegevensbescherming ook rechten voor de rechthebbende opgenomen. Deze bepalingen hebben veel raakvlakken met bepalingen uit de AVG. Zo wordt in art. 5.3.2 Wmo bepaald dat een rechthebbende het recht heeft om desgevraagd zo spoedig mogelijk inzage te krijgen in zijn gegevens. Die bepaling komt overeen met art. 15 AVG: *het recht van inzage*. Hierbij heeft de betrokkene het recht om een verzoek in te dienen bij de verantwoordelijke om inzage te krijgen in de verwerking van de persoonsgegevens die hem/haar betreffen. De AVG geeft echter wel uitdrukkelijk aan welke gegevens dan moeten worden verstrekt. Dit is niet het geval bij art. 5.3.2 Wmo.

Waar beperkingen in de Pw nagenoeg niet voorkomen, kent de Wmo wel bepaalde beperkingen. Dit zijn voornamelijk de rechten van de betrokkenen, in hoofdstuk 5.3 Wmo. Met deze rechten worden de betrokkenen beschermd. Ook in dit geval dient rekening te worden gehouden met art. 6 (1) AVG en mogen persoonsgegevens alleen worden verwerkt indien aan een van de bepalingen onder a t/m f is voldaan. Wederom vindt het college zijn grondslag om persoonsgegevens te mogen verwerken in het feit dat de verwerking noodzakelijk is voor de vervulling van een taak van algemeen belang (art. 6 (1) (e) AVG).

Anders dan bij de Pw kan bij de Wmo geen gebruik worden gemaakt van Suwinet. Dit komt omdat Suwinet in het leven is geroepen voor de uitvoering van wetgeving op het terrein van werk en inkomen. De Wmo valt hier niet onder. De Wmo heeft als doel zelfredzaamheid. Profileren op basis van SyRI is dan ook niet mogelijk. De Wmo kan alleen gegevens wisselen met de in hoofdstuk 4 Wmo aangegeven instanties.⁶⁰

4.5 Jeugdwet

De Jeugdwet valt onder de verantwoordelijk van gemeenten. Wanneer jeugdigen (onder de 18) problemen hebben met opgroeien of indien de ouders ondersteuning nodig hebben bij de opvoeding, dan kan de Jeugdwet van toepassing zijn. De Jeugdwet is bedoeld voor ouders en jeugdigen die beperkte zorg en ondersteuning nodig hebben bij het opgroeien of bij de opvoeding, dus niet voor jeugdigen die intensieve of 24-uurszorg nodig hebben.

Voor het verlenen van jeugdhulp is in beginsel toestemming van de betrokkene vereist, tenzij het jeugdhulp betreft in het kader van een machtiging gesloten jeugdhulp, een spoedmachtiging gesloten jeugdhulp, een kinderschermingsmaatregel of jeugdreclassering betreft (art. 7.3.4 Jw). Bij jeugdigen onder de zestien jaar is toestemming van de ouders vereist, met uitzondering van situaties waarin het weigeren van het verlenen van toestemming kan leiden tot ernstig nadeel voor de jeugdige. Indien de betrokkene of zijn ouders geen toestemming verlenen mogen in eerste instantie geen persoonsgegevens van hem verwerkt worden, tenzij aan een van de uitzonderingen wordt voldaan.

Ook binnen de Jeugdwet dient een betrokkene inlichtingen te verstrekken (art. 7.3.7 AVG). Om te controleren of de inlichtingen juist zijn dient er controle te worden uitgevoerd. De Jeugdwet kent geen grondslag om bijzondere toezichthouders aan te wijzen. Ze moeten dus terugvallen op art. 5:11 Awb. De Jeugdwet sluit echter niet uit dat een op grond van art. 5:11 Awb kan worden aangewezen als toezichthouder. Daarna kan worden bepaald welke taken ze krijgen en welke bevoegdheden daarbij horen.⁶¹ Net zoals bij de Wmo kan bij de Jeugdwet ook geen gebruik gemaakt worden van Suwinet.

⁶⁰ 'Mag een gemeente in het kader van de Wmo 2015 gebruik maken van Suwinet?', VNG, VNG.nl (zoek op: titel).

⁶¹ 'Kunnen wij ook de Sociale Recherche als toezichthouder rechtmatig inzetten voor de Jeugdwet?', VNG, VNG.nl (zoek op: Sociale Recherche als toezichthouder Jeugdwet).

4.5 Conclusie

In eerste instantie levert een besluit dat uitsluitend gebaseerd is op geautomatiseerde verwerkingen en die rechtsgevolgen heeft voor de betrokkenen of wanneer deze verwerking de betrokkene in aanzienlijke mate treft, waaronder profilering, een verbod op, tenzij aan een van de uitzonderingen, zoals besproken in hoofdstuk 3 van dit onderzoek, kan worden voldaan. De relevante uitzondering in dit geval betreft een Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepaling die geautomatiseerde besluitvorming, waaronder profilering, toestaat. Art. 64 jo. 65 SUWI is een lidstaatrechtelijke bepaling die een uitzondering vormt op het verbod van profilering. Dit artikel geeft de mogelijkheid om gebruik te maken van profilering ten behoeve van een integraal overheidsoptreden ten aanzien van voorkoming en bestrijding van onrechtmatig gebruik van overheidsgelden en overheidsvoorzieningen. Fraudebestrijding is het bestrijden van onrechtmatig gebruik van overheidsgelden (bijvoorbeeld bijstandsuitkering) en/of overheidsvoorzieningen (bijvoorbeeld maatwerkvoorzieningen onder de Wmo). Naast de lidstaatrechtelijke uitzondering dient het bestuursorgaan een bevoegdheid te hebben om preventieve toezicht op naleving van de inlichtingenplicht uit te voeren (legaliteitsbeginsel). Een voorbeeld van een dergelijke bevoegdheid is vaak terug te vinden in een wet binnen het sociaal domein, bijvoorbeeld art. 53a (6) Pw. Dit artikel geeft de bevoegdheid om onderzoek in te stellen naar de juistheid en volledigheid van de verstrekte gegevens te controleren.

Naast de lidstaatrechtelijke uitzondering dient er ook een grond aanwezig te zijn voor het rechtmatig verwerken van persoonsgegevens ten behoeve van fraudebestrijding. De rechtmatigheid van de verwerking staat beschreven in art. 6 AVG. De verwerking van persoonsgegevens kan in een bepaalde situatie rechtmatig zijn, bijvoorbeeld indien de betrokkene toestemming heeft gegeven voor de verwerking. Hierbij dient gelet te worden op het feit dat toestemming in vrije wil dient te worden gegeven (art. 6 (1) (a) AVG). In het sociaal domein kan dit alleen in uitzonderlijke gevallen die in een bijzondere wet zijn geregeld. Dit komt door de relatie tussen burger en in dit geval gemeente. De burger is immers afhankelijk van de gemeente voor het verstrekken van bijstand of het verkrijgen van hulp/ondersteuning. Indien een burger weigert toestemming te verlenen voor het verwerken van zijn persoonsgegevens, zal dit gevolgen hebben voor de gewenste voorziening waar hij gebruik van wenst te maken. Een gemeente kan dus geen persoonsgegevens verwerken voor fraudebestrijding op basis van de grondslag toestemming. Wel kan een gemeente persoonsgegevens verwerken voor fraudebestrijding indien de grondslag noodzakelijk is voor de vervulling van een taak van algemeen belang (art. 6 (1) (e) AVG).

Het verwerken van persoonsgegevens ten behoeve van fraudebestrijding is mogelijk op grond van art. 64 jo. 65 SUWI en art. 6 (1) (e) AVG, voor het vervullen van een taak van algemeen belang. Het bestrijden van fraude en terugdringen van ten onrechte uitgekeerde overheidsgelden is een algemeen belang. Dit is alleen mogelijk voor fraudeopsporing binnen de Participatiewet en niet voor fraude opsporing binnen de Wmo en Jeugdwet. Dit komt omdat Suwinet toeziet op de uitvoering van de wetgeving op het terrein van werk en inkomen. De Wmo en Jeugdwet vallen hier niet onder. Deze hebben een ondersteunende rol, bijvoorbeeld bij het ondersteunen om langer thuis te blijven wonen.

5. Jurisprudentie omtrent big data en profileren

In dit hoofdstuk wordt de deelvraag “In hoeverre heeft de nationale rechter zich gebogen over het gebruik van Big Data en profileren en wat is daaruit voortgekomen”. Enkele uitspraken die betrekking hebben op profileren en/of het gebruik van big data zullen kort beschreven worden en onderzocht.

5.1 Risicoprofiel bij onderzoek vermogen in het buitenland - discriminatie

Uit een uitspraak van 14 april 2015 van de Centrale Raad van Beroep kan worden afgeleid dat de gemeente Rotterdam onderzoek heeft gedaan naar vermogen in het buitenland door middel van profilering.⁶² De CRvB uit zich in deze uitspraak over het opstellen van risicoprofielen en geeft aan wanneer dit juist wel of juist niet geoorloofd is. Minder duidelijk staat beschreven of er ook gebruik is gemaakt van big data. De schrijver van dit onderzoek is van mening dat hier wel gebruik is gemaakt van big data om de volgende redenen; de gemeente Rotterdam heeft SyRI geraadpleegd om personen te koppelen aan het geschetste risicoprofiel. Hierdoor werd veel data geraadpleegd en geanalyseerd, wat leidde tot een bepaalde uitkomst, namelijk of de persoon in kwestie voldeed aan de criteria van het risicoprofiel. Hieronder zal kort het arrest worden beschreven.

Op 14 april 2015 stond het college van Rotterdam tegenover twee betrokkenen, omtrent een geschil over de toepassing van algemene onderzoeksbevoegdheid met risicoprofiel bij een vermogensonderzoek in het buitenland. In deze uitspraak maakte de gemeente Rotterdam gebruik van profilering. Ze stelde risicoprofielen op met de volgende selectiecriteria:

- bijstandsgerechtigde;
- dubbele nationaliteit (Nederlands/Marrookkaans);
- leeftijd boven de 40 jaar;
- afkomstig uit een bepaalde streek;
- verscheidene vakanties in Marokko doorgebracht in achtereenvolgende jaren.

De twee betrokkene in deze uitspraak voldeden aan de criteria. Ze ontvingen beiden een bijstandsuitkering naar de norm voor gehuwden.

Naar aanleiding van de uitkomsten van het risicoprofiel heeft de gemeente Rotterdam de betrokkenen opgeroepen voor een gesprek. De betrokkenen zijn in kennis gesteld dat de oproep betrekking had op een onderzoek naar de rechtmatigheid van de verleende bijstand. Beiden zijn gehoord, waarbij tijdens het gesprek te kennen is gegeven dat een van de betrokkenen een woning op zijn naam had staan. Als gevolg daarvan en het niet aanleveren van de gevraagde stukken, heeft de gemeente de bijstand ingetrokken. Uiteindelijk is de zaak bij de Centrale Raad van Beroep gekomen. De Raad concludeerde dat het college op grond van art. 53a Wet Werk en Bijstand (hierna: WWB) (nieuw: 53a Pw) bevoegd is onderzoek in te stellen naar de juistheid van de verstrekte gegevens, maar daarbij niet mag handelen in strijd met art. 14 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM) en art. 1 van protocol 12 EVRM (discriminatieverbod). Volgens constante rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) is een bepaling discriminerend als deze niet objectief gerechtvaardigd is.⁶³ Hierin bestaat een beoordelingsmarge voor de verdragsstaten. De CRvB concludeert in overweging 4.7.1 dat een onderzoek gericht op een enkele groep met dubbele nationaliteit, als ‘verdacht’ is aan te merken en dat een dergelijk onderzoek alleen gerechtvaardigd kan worden met zeer gewichtige redenen.

De Centrale Raad van Beroep concludeert in dit arrest dat het gebruik van een risicoprofiel waarbij de criteria op zodanige wijze worden opgesteld dat dit kan leiden tot discriminatie, alleen gerechtvaardigd is wanneer daarvoor zeer gewichtige redenen bestaan. In deze casus oordeelde de CRvB dat gewichtige redenen niet aan de orde waren. De gemeente Rotterdam

⁶² CRvB, 14 april 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1228.

⁶³ CRvB, 14 april 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1228 (overweging 4.5).

had het risicoprofiel niet mogen richten op alleen bijstandsgerechtigden met een Marokkaanse nationaliteit.

5.2 Risicoprofiel bij onderzoek vermogen in het buitenland - discriminatie II

Als aanvulling op de uitspraak onder hoofdstuk 5.1, speelde in de uitspraak van 17 mei 2016 (ECLI:NL:CRVB:2016:1882) een soortgelijke situatie. In deze situatie is het college van burgemeester en wethouder van 's-Hertogenbosch een pilot gestart naar vermogen in het buitenland onder bijstandsgerechtigden. Het college had een risicoprofiel vastgesteld met daarin de volgende criteria:

- dubbele nationaliteit;
- band met Turkije (Turkse komaf, familie in Turkije of partner van Turkse komaf).

Uit deze selectie zijn steekproefsgewijs 35 personen geselecteerd. De betreffende appellante in dit geval viel onder dit risicoprofiel en is een van de 35 geselecteerde. Het onderzoeksteam heeft gebruik gemaakt van de diensten van een Turkse advocatenkantoor om onderzoek te verrichten naar het vermogen van appelante. Deze advocatenkantoor heeft een verzoek ingediend bij de Directie kadaster en Openbare Registers in Turkije. Hieruit is gebleken dat appellante een stuk grond met daarop een huis op zijn naam had staan in Turkije met een waarde van 120.000 Turkse lira. Het onderzoeksteam heeft appellante uitgenodigd voor een gesprek. Hierin gaf appellante aan dat zij samen met haar oom eigenaar is van de woning. Op basis van deze bevindingen heeft het college besloten de bijstand van appellante in te trekken. Hiertegen heeft appellante bezwaar gemaakt, maar deze heeft het college ongegrond verklaart. Appellante heeft daarna beroep, hoger beroep en cassatie ingesteld.

De Raad komt tot de beoordeling dat het college bevoegd is onderzoek in te stellen naar de juistheid van de verstrekte gegevens op grond van art. 53a van de WWB (nu 53a Pw). Deze onderzoeksbevoegdheid kan volgens de Raad spontaan worden uitgevoerd onder alle bijstandsgerechtigden, zonder redengevende feit, signaal grond of vermoeden. Daarbij moet wel rekening gehouden worden met het discriminatieverbod zoals opgenomen in art. 14 EVRM en art. 1 van Protocol 12 EVRM.

Nu er een verschil in behandeling heeft plaatsgevonden dienen er volgens de Raad gerechtvaardigde belangen aanwezig te zijn. Het college voert aan dat de ervaringsgegevens die door het ministerie van SZW zijn uitgevoerd tussen 1996 en 2003, in 65% van de onderzoeken in Turkije sprake was van fraude. De Raad concludeert dat die reden niet kan worden aangemerkt als zeer gewichtige redenen. Volgens de Raad is hier sprake van discriminatie en daardoor wordt de appellante in het gelijk gesteld.

Net zoals in de uitspraak van 5.1 kan worden afgeleid dat het toevoegen van criteria zoals, nationaliteit, ras en geslacht, et cetera leiden tot discriminatie en alleen gerechtvaardigd zijn indien er zeer gewichtige redenen aanwezig zijn.

5.3 Ongerechtvaardigd onderzoek naar nationaliteit

De situatie in het arrest dat zo dadelijk besproken wordt, komt overeen met de situaties die beschreven staan in hoofdstuk 5.1 en 5.3 van dit onderzoek. De Raad komt tot dezelfde conclusie, namelijk dat er sprake was van discriminatie. In dit arrest voerde het college een onderzoek uit naar bijstandsgerechtigden die zelf, of de ouders een buitenlandse afkomst hadden en/of die tijdelijke in het buitenland hebben gewoond. Deze resultaten werden langs het vakantiegedrag van de betreffende bijstandsgerechtigde gelegd. Hieruit voortvloeide een lijst van 238 bijstandsgerechtigden die een band hadden met Turkije. Dit heeft geleid tot een ander onderzoek naar het vermogen van twintig bijstandsgerechtigden met een Turkse nationaliteit. Appellante in deze zaak behoorde tot een van de twintig personen. De sociale recherche in deze zaak is, in samenwerking met een Turkse advocatenkantoor, erachter gekomen dat appellante een eigenaar is van een woning ter waarde van 60.000 Turkse Lira (omgerekend €21.500). De sociale recherche heeft appellante uitgenodigd voor een gesprek. Uit dit gesprek is naar voren gekomen dat appellante een eigendomsbewijs had van de woning

en deze is tijdens een huisbezoek overhandigd aan de sociale recherche. Het college heeft besloten om de bijstand in te trekken en een bedrag van €12.716,91 terug te vorderen. Het bezwaar is afgewezen en het beroep is ongegrond verklaard. De rechtbank was hier van mening dat het door het college uitgevoerde onderzoek niet in strijd was met het discriminatieverbod van art. 14 EVRM en art. 1 Protocol 12 EVRM. Appellante heeft daarna hoger beroep ingesteld bij de CRvB.

De raad heeft het college vragen gesteld omtrent de criteria die zijn toegepast voor de themacontrole en de uitkomsten daarvan. Het college heeft volgens de Raad niet duidelijk kunnen maken wat de uitkomsten waren van de controle en het lijkt de Raad onwaarschijnlijk dat de genoemde criteria geleid hebben tot 238 risicogeveallen met alleen Turkse nationaliteit of Nederlandse nationaliteit. Het college heeft ook niet duidelijk kunnen maken of en hoeveel bijstandsgerechtigden, gelet op de criteria, van andere nationaliteiten er bij welke stap overbleven. Duidelijk is dat het onderzoek uiteindelijk alleen op bijstandsgerechtigden met Turkse nationaliteit is gericht. Het college heeft daarop als reactie gegeven dat ze een betrouwbare samenwerking hadden in Turkije. Daarnaast zou uit eerdere onderzoeken zijn gebleken dat er bij bijstandsgerechtigden die banden hebben met Turkije vaker sprake was van verzwegen vermogen in Turkije.

Ook in dit geval komt de Raad tot de beoordeling dat hier sprake is van onderscheid en dat dit alleen gerechtvaardigd is indien er zeer gewichtige redenen ten grondslag liggen. Dit heeft het college volgens de Raad niet genoeg duidelijk kunnen maken en is daarom van mening dat hier sprake gehandeld is in strijd met het discriminatieverbod van art. 14 EVRM en art. 1 van Protocol 12 EVRM.

5.4 CRvB gegevensuitwisseling met waterbedrijf

In deze uitspraak van 27 april 2010 buigt de CRvB zich over het gebruik van gegevens omtrent het watergebruik van betrokkenen. Ook in dit geval is gebruik gemaakt van risicoprofielen. De vraag in deze uitspraak was echter of het college bevoegd is om waterstanden op te vragen bij leveranciers van nutsvoorzieningen. Hieronder zal kort het arrest worden beschreven.

Een bijstandsgerechtigde heeft over de periode van 10 mei 2004 tot en met 11 november 2006 een bijstandsuitkering naar de alleenstaande norm ontvangen. Een aantal gemeenten heeft in samenwerking met de Belastingdienst en de Sociale Verzekeringsbank, in het kader van het project 'Waterproof', via bestandskoppeling adresgegevens ontvangen van bijstandsgerechtigden met een laag of hoog waterverbruik. Daaronder waren ook de gegevens van de betreffende bijstandsgerechtigde. Hieruit kon worden afgeleid dat het verbruik tussen juni 2004 en januari 2005 1 m³ betrof en over het jaar 2005 6 m³. Daarbij had het College ook de beschikking over de cijfers van het energieverbruik van de bijstandsgerechtigde en naar aanleiding van deze twee feiten heeft het college nader onderzoek ingesteld. Op 17 augustus 2006 is de bijstandsgerechtigde gehoord en heeft, met zijn toestemming, een huisbezoek plaatsgevonden. Tijdens dit huisbezoek zijn de meterstanden opgenomen en gecontroleerd of de meters goed werkten.

Naar aanleiding van deze bevindingen heeft het College besloten om de bijstand van de bijstandsgerechtigde over de periode 10 mei 2004 tot en met 11 november 2006 te herzien en de onterecht toegekende bijstand terug te vorderen. Hiertegen heeft de bijstandsgerechtigde bezwaar ingesteld en daarna beroep en hoger beroep ingesteld.

De CRvB oordeelde dat de gegevens betreffende de uitkeringsgerechtigde waaruit blijkt dat op het woonadres van de uitkeringsgerechtigde een hoog of laag waterverbruik was geregistreerd, aangemerkt konden worden als inlichtingen die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de destijds geldende Wwb in de zin van art. 64 (1) (m) Wwb.

Het College bescherming persoonsgegevens (hierna: CBP) heeft zich ook uitgelaten over deze zaak. Zij kwam tot de conclusie dat de gegevensverwerking omtrent het project 'Waterproof' onrechtmatig was. Het was volgens het CBP in strijd met art. 64 (1) (m) Pw (voorheen Wwb) en art. 8 (e) Wbp. De noodzaak voor het opvragen zou volgens het CBP ontbreken. Verder is de verstrekking van de gegevens in strijd met het doel waarvoor de gegevens oorspronkelijk zijn verkregen en zijn de gegevens door de gemeenten onrechtmatig verstrekt aan de Belastingdienst. Dit was volgens het CBP in strijd met het doelbindingsprincipe (art. 64 (1) (m) Pw jo. art. 7 Wbp. Het CBP merkte verder op dat de gemeente ook in strijd handelde met art. 34 Wbp, waardoor de betrokkene ten onrechte niet is geïnformeerd over het verwerken van de hen aangaande persoonsgegevens. De artikelen die het CBP aanhaalt met betrekking tot de Wbp, komen overeen met bepalingen in de AVG. Zo zijn art. 7 en 8 Wbp in overeenstemming met art. 6 van de AVG.

5.3 Conclusie

Voor het gebruik van big data en profileren is een wettelijke grondslag te vinden. Indien een overheidsinstantie gebruik wenst te maken van deze mogelijkheden moet zij rekening houden met art. 6 jo. 22 AVG en art. 64 jo. 65 SUWI. Op het gebied van profileren is er een tweetal uitspraken te vinden. Hieruit blijkt dat in de meeste gevallen het toepassen van risicoprofielen en profileren binnen het sociaal domein niet onrechtmatig is, maar dat het vaak fout gaat in het toepassen van risicoprofielen. Een voorbeeld hiervan is de uitspraak van de CRvB met betrekking tot een onderzoek naar vermogen in het buitenland. Het toepassen van een risicoprofiel was niet onrechtmatig, maar doordat de gemeente zich alleen heeft gericht op bijstandsgerechtigden met een Marokkaanse nationaliteit werd het gebruik van een dergelijk profiel in dit geval onrechtmatig geacht. Hieruit kan worden geconcludeerd dat zeer terughoudend dient te worden omgegaan met criteria die burgers categoriseren op onder andere hun afkomst, de wijk waar ze wonen of hun politieke voorkeuren. Deze criteria kunnen leiden tot discriminatie.

Verder kan het gebruik van big data en profileren op basis van bepaalde gegevens voor andere doeleinden worden gebruikt dan waarvoor ze zijn verkregen. Dit blijkt uit de uitspraak van de CRvB op 27 april 2010. Het CBP gaf eerder in een rapport aan dat het koppelen van watergegevens voor het gebruik van opsporingsfraude onrechtmatig was, maar hier was de Raad het niet mee eens; zij oordeelde dat die inlichtingen noodzakelijk konden worden geacht voor de uitvoering van de Wwb.

6. Gemeente Stichtse Vecht

In dit hoofdstuk wordt de deelvraag “In welke mate is het voor de gemeenten mogelijk om big data te gebruiken en op basis van die data intern beleidsregels te evalueren, geautomatiseerde beschikkingen te verlenen en fraude binnen het sociaal domein op te sporen?” besproken. Gemeente Stichtse Vecht heeft voornemens big data te gaan gebruiken voor het vaststellen en evalueren van het interne beleidsregels en/of de beschikkingen en voor het opsporen van sociale fraude. Met de inwerkingtreding van de AVG en de intrekking van de Privacyrichtlijn en de daarop gebaseerde geïmplementeerde wet- en regelgeving, wil de gemeente Stichtse Vecht graag weten in hoeverre zij big data kan gebruiken voor de eerdergenoemde doeleinden. De bevindingen van eerdere hoofdstukken worden gebruikt om deze vraag te beantwoorden.

6.1 Gebruik big data voor vaststelling algemene beleidsregels

Zoals aangegeven is de gemeente Stichtse Vecht van plan big data te gebruiken voor drie verschillende doeleinden. Een van die doeleinden wordt besproken in deze paragraaf, namelijk het gebruik van big data voor het evalueren en vaststellen van beleidsregels. Om te kunnen beoordelen of het gebruik van big data voor dat doeleind is toegestaan, zal eerst moeten worden gekeken naar wat verstaan wordt onder beleidsregels. De term beleidsregel wordt in de Awb omschreven als een “een bij besluit vastgestelde algemene regel, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan”.⁶⁴ Gemeentebeleid wordt meestal gevormd doordat een probleem zich voordoet. Dit probleem wordt dan vaak op de politieke agenda van het gemeentebestuur geplaatst. Als het college van burgemeester en wethouders en de gemeenteraad het probleem groot genoeg achten, dan zullen er doelstellingen geformuleerd worden, besluiten worden genomen en die worden geïmplementeerd. Om te controleren of die doelstellingen en besluiten ook het gewenste doel behalen, wordt het beleid geëvalueerd.⁶⁵

Nu duidelijk is wat bedoeld wordt met beleidsregels, moet ook duidelijk worden wat de gemeente Stichtse Vecht in dit geval bedoelt met big data. De doelstelling van de gemeente Stichtse Vecht is om verschillende soorten data te verzamelen, deze aan elkaar te koppelen en daarna te analyseren. Het is de bedoeling dat dit proces geheel geautomatiseerd geschiedt en tot nieuwe inzichten en/of besluiten leidt. De term big data kan in dit geval het beste worden uitgelegd als het geheel automatisch analyseren van verscheidende data, afkomstig uit verschillende datasets, om nieuwe inzichten of conclusies te verkrijgen. De doelstelling van de gemeente Stichtse Vecht kan worden opgedeeld in twee hoofdonderdelen, namelijk het verwerken van data (het verzamelen van data, het koppelen van data en het analyseren van data) en geautomatiseerde besluitvorming.

De vraag of gemeente Stichtse Vecht binnen de kaders van wet- en regelgeving big data mag gebruiken voor het evalueren en vaststellen van beleidsregels wordt hieronder toegelicht. De voornoemde vraag kan in twee onderdelen worden verdeeld, namelijk of de big-data-analyse gebaseerd is op persoonsgegevens of op andere soorten data zoals financiële gegevens of geanonimiseerde gegevens. Wanneer de analyse gebaseerd is op data die niet herleidbaar is tot een natuurlijk persoon dan is de AVG niet van toepassing en zijn er geen belemmeringen voor het gebruik van big data. Het gemakkelijkst voor gemeente Stichtse Vecht is om gebruik te maken van geanonimiseerde gegevens. Op deze manier kan Stichtse Vecht verschillende onderzoeken uitvoeren, bijvoorbeeld het evalueren van beleid omtrent woningen of vluchtelingen. Een voorbeeld hiervan is de situatie waarin door middel van big data wordt gekeken naar het aantal vluchtelingen die een verblijfsvergunning krijgen en het aantal woning die beschikbaar zijn binnen de gemeente. Hierop kan de gemeente anticiperen door

⁶⁴ Art. 1:3 (4) Awb.

⁶⁵ Bijlage 3 geeft een cyclus van een beleidsproces aan.

bijvoorbeeld meer woningen te bouwen of juist niet. In het geval dat er wel gebruik wordt gemaakt van data die herleidbaar is tot een natuurlijk persoon is art. 22 AVG niet van toepassing. Dit komt omdat art. 22 AVG toeziet op individuele besluitvorming. Het vaststellen of evalueren van beleidsregels is niet gericht op individuen, maar op alle inwoners en bezoekers. Hierdoor valt het niet onder de reikwijdte van art. 22 AVG en kan dit buiten beschouwing worden gelaten. Wel moet worden voldaan aan de AVG en alle verplichtingen die daaruit voor een verwerkingsverantwoordelijke voortvloeien. Hierbij kan gedacht worden aan bijvoorbeeld art. 5 AVG (beginselen inzake verwerking persoonsgegevens), art. 6 AVG (rechtmatigheid van de verwerking), art. 13 AVG (verzamelen van persoonsgegevens bij betrokkene), art. 14 AVG (verzamelen van persoonsgegevens bij derden), art. 30 AVG (register van verwerkingsactiviteiten), de rechten van betrokkene (art. 15 t/m 21 AVG), et cetera.

6.2 Gebruik big data voor beschikkingen

Bij het gebruik van big data voor de besluitvorming van beschikkingen kan art. 22 AVG wel van toepassing zijn; een beschikking is immers gericht op een individu. Om te beoordelen of art. 22 AVG daadwerkelijk van toepassing is, zal eerst moeten worden gekeken naar de voorwaarden van art. 22 AVG. Deze voorwaarden zijn uitgebreid beschreven in hoofdstuk 3 van dit onderzoek. De eerste voorwaarde is dat er sprake moet zijn van een *besluit*. Een besluit in de zin van de AVG dient, anders dan een besluit in de zin van de Awb, ruim te worden geïnterpreteerd. Dit betekent dat al van een besluit gesproken kan worden indien er een bepaalde houding, mening of positie ten aanzien van een persoon wordt ingenomen. Dit geval betreft het een beschikking en dat is een besluit op grond van art. 1:3 (2) Awb. De Europese wetgever heeft ervoor gekozen om de term besluit in de zin van de AVG een ruim begrip te geven, omdat privaatrechtelijke instanties, bijvoorbeeld banken of verzekeringsmaatschappijen, ook gebruik maken van big data. Deze instanties kunnen ook besluiten nemen die een betrokkene in aanmerkelijke mate kan treffen en deze zouden dan niet gezien worden als besluiten in de zin van de Awb. Om ook de betrokkene te beschermen tegen dit soort besluiten heeft de term besluit in de zin van de AVG een ruimer begrip gekregen.

De tweede voorwaarde van art. 22 AVG is dat het om een geautomatiseerd besluit dient te gaan. Dit houdt in dat het besluit tot stand komt zonder menselijke tussenkomst. Dit is een van de kenmerken van een big-data-analyse. De laatste voorwaarde is dat het besluit rechtsgevolgen dient te hebben of de betrokkene in aanmerkelijke mate treft. Ook aan deze voorwaarde van art. 22 AVG is voldaan. Een beschikking heeft namelijk rechtsgevolgen. Een beschikking is een besluit niet van algemene strekking, met inbegrip het afwijzen van de aanvraag.⁶⁶ Een beschikking is gericht op een rechtgevolg, namelijk het verkrijgen van bijstand of de afwijzing van een bijstandsaanvraag.

Art. 22 AVG is van toepassing omdat aan alle voorwaarden is voldaan. Dit houdt in eerste instantie in dat de gemeente Stichtse Vecht geen gebruik mag maken van geautomatiseerde besluitvorming. Omdat het verbod op geautomatiseerde besluitvorming niet absoluut is, zijn er enkele uitzonderingen in de AVG waardoor het gebruik wel mogelijk kan zijn. Ook deze uitzonderingen zijn uitvoerig besproken in hoofdstuk 3 van dit onderzoek. De eerste uitzondering is dat het gebruik van geautomatiseerde besluitvorming noodzakelijk is voor de uitvoering of totstandkoming van een overeenkomst. Bij een beschikking is een overeenkomst niet aan de orde. Hierdoor is deze uitzondering niet van toepassing op deze situatie. De tweede voorwaarde is dat het gebruik van geautomatiseerde besluitvorming is toegestaan bij een Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepaling. Een lidstaatrechtelijke uitzondering is art. 40 UAVG. Dit artikel vormt een uitzondering op het verbod van geautomatiseerde individuele besluitvorming. Art. 22 AVG geldt niet indien geautomatiseerde besluitvorming noodzakelijk is om te voldoen aan een wettelijke verplichtingen die op de verwerkingsverantwoordelijke rust

⁶⁶ Art. 1:3 (2) Awb.

of indien het noodzakelijk is voor de vervulling van een taak van algemeen belang. Het verstekken van beschikkingen door middel van geautomatiseerde besluitvorming is niet noodzakelijk voor het vervullen van een taak van algemeen belang of om te voldoen aan een wettelijke verplichting. De laatste uitzondering is uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene. Deze uitzondering kan het gebruik van geautomatiseerde besluitvorming mogelijk maken, mits de betrokkene uitdrukkelijke ondubbelzinnige toestemming verleent.

Indien de gemeente Stichtse Vecht gebruik wenst te maken van geautomatiseerde besluitvorming voor beschikkingen kan dit indien menselijke tussenkomst zo gering is dat dit geen effect heeft op de uitkomst. Een voorbeeld hiervan is het gebruik van geautomatiseerde verwerking bij een aanvraag tot kwijtschelding van gemeentelijke belastingen. Indien menselijke tussenkomst wel invloed uitoefent op de uitkomst dan kan de gemeente Stichtse Vecht alleen nog gebruik maken van geautomatiseerde besluitverwerking op basis van toestemming. Daarbij dient wel gelet te worden op het feit dat toestemming in vrije wil moet zijn gegeven. Daarnaast dient de gemeente Stichtse Vecht ook gepaste maatregelen te nemen. Gepaste maatregelen zijn bijvoorbeeld; het recht op menselijke tussenkomst, het recht om zijn standpunt kenbaar te maken en het recht om het besluit aan te vechten (art. 22 (3) AVG).

6.3 Big data en profilering voor het opsporen van fraude in het sociaal domein

Zoals in hoofdstuk 3 is besproken, is het mogelijk om gebruik te maken van profilering bij het opsporen van fraude. De grondslag hiervoor is terug te vinden in het betreffende domein (Participatiewet, Wmo of Jeugdwet) en in art. 64 jo. 65 SUWI. Zoals in hoofdstuk 1 is besproken is profileren een onderdeel van big data. Profileren ziet meer op het analyseren en voorspellen van gedrag, persoonlijke voorkeuren en/of interesses. De uitkomsten worden gecategoriseerd in bepaalde kaders, bijvoorbeeld verhoogd risico of weinig risico. Big data kan veel breder worden gebruikt, zoals bijvoorbeeld in het analyseren van bedrijfsinkomsten en uitgaven om op die manier de processen te verbeteren. Zoals eerder aangegeven heeft de gemeente Stichtse Vecht voornemens big data en profilering te gaan gebruiken bij het opsporen van fraude in het sociaal domein. Profileren is in principe altijd toegestaan, zolang er maar geen besluitvorming plaatsvindt. Indien op basis van profilering besluitvorming plaatsvindt dan is art. 22 AVG van toepassing. Dit blijkt uit hoofdstuk drie en vier van dit onderzoek. De grondslag voor het gebruik van Suwinet voor het gebruik van profileren binnen de Participatiewet is te vinden in art 22 (1) (b) AVG (wettelijke grondslag) en art. 64 jo. 65 SUWI.

De grondslag is te vinden in art. 22 (1) (b) AVG (wettelijke grondslag), art. 64 jo. 65 SUWI (gebruik van SyRi bij onterecht gebruik van overheidsmiddelen) en de betreffende bepaling in het sociaal domein, bijvoorbeeld art. 53a (6) Pw (bevoegdheid van het college om onderzoek in te stellen naar de juistheid van de inlichtingen). Wederom vindt het college zijn grondslag om persoonsgegevens te mogen verwerken in het feit dat de verwerking noodzakelijk is voor de vervulling van een taak van algemeen belang (art. 6 (1) (e) AVG).

6.4 Conclusie

De gemeente Stichtse Vecht kan te allen tijde van gebruik maken van big data indien het gebaseerd is op geanonimiseerde gegevens. De AVG heeft namelijk als een van zijn doelen het beschermen van persoonsgegevens. Bij geanonimiseerde gegevens is geen sprake meer van persoonsgegevens omdat geanonimiseerde gegevens niet meer te herleiden zijn op een natuurlijk persoon. Hierdoor valt het niet onder de reikwijdte van de AVG en is het gebruik van big data op basis van geanonimiseerde gegevens toegestaan.

Mocht de gemeente Stichtse Vecht toch gebruik willen maken van persoonsgegevens dient gekeken te worden naar art. 22 AVG. Of art. 22 AVG van toepassing is hangt af van het feit waarvoor big data gebruik gaat worden. Gemeente Stichtse Vecht wil big data gebruiken voor drie verschillende doeleinden. De eerste was voor het vaststellen en evalueren van

beleidsregels. Dit valt niet onder art. 22 AVG omdat dit artikel alleen ziet op individuele geautomatiseerde verwerking en niet op geautomatiseerde verwerking die van toepassing op alle inwoners. Wel dient ook hier rekening gehouden te worden met de voorwaarden van de AVG.

Daarnaast zijn ze van plan big data te gebruiken voor het verstrekken of weigeren van beschikkingen. Indien menselijke tussenkomst geen toegevoegde waarde heeft op het besluit, omdat niet van de vereisten kan worden afgeweken, dan is het gebruik van big data mogelijk. Een voorbeeld hiervan is de boete die je thuis ontvangt indien je geflitst bent voor het rijden door rood. Een menselijke tussenkomst zal niks veranderen aan de uitkomst. Indien menselijke tussenkomst wel toegevoegde waarde heeft dan is het gebruik van big data voor het verstrekken van beschikkingen niet mogelijk, tenzij uitdrukkelijke toestemming is verleend, maar hier dient de gemeente terughoudend mee om te gaan.

Het gebruik van big data en profileren voor fraudebestrijding is mogelijk op grond van art. 22 (1) (b) AVG en art. 64 jo. 65 SUWI. Dit is echter alleen mogelijk voor fraudebestrijding binnen de Participatiewet en niet binnen de Wmo en Jeugdwet. Dit komt omdat Suwinet toeziet op de uitvoering van de wetgeving op het terrein van werk en inkomen. De Wmo en Jeugdwet vallen hier niet onder. Deze hebben een ondersteunende rol. Bijvoorbeeld het ondersteunen bij de mogelijkheid om langer thuis te blijven wonen.

Hoofdstuk 7 Conclusies & aanbevelingen

In dit hoofdstuk worden de conclusies en aanbevelingen besproken in de volgorde zoals die voorgaand in dit onderzoek zijn besproken. Als eerste worden alle conclusies besproken en daarna de aanbevelingen.

7.1 Definities big data en profileren

Zoals uit geraadpleegde literatuur is gebleken, kent de term big data geen formele definitie. Daarnaast kan de term big data per werkveld verschillen. Binnen EU-instellingen wordt met de term big data vaak gerefereerd naar grote datasets, terwijl binnen andere instellingen de term big data voornamelijk wordt gebruikt voor data die door middel van het analyseren van veelal ongestructureerde grote datasets leidt tot nieuwe inzichten. De verschillen in de definities zorgt voor verwarring. Het is daarom noodzakelijk dat voorafgaand duidelijk wordt omschreven wat de gebruiker bedoelt met big data. De gebruiker kan hierbij zijn eigen interpretatie geven aan de term big data. Deze interpretatie dient hij zelf duidelijk vooraf kenbaar te maken in bijvoorbeeld een begrippenlijst. Doordat er geen eenduidige definitie is, kan de gebruiker ervoor kiezen om een gehele eigen interpretatie te geven aan de term big data. Van belang is dat vooraf voor alle partijen duidelijk is wat met big data wordt bedoeld.

De term profileren kent daarentegen wel een formele definitie, namelijk: “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”. Deze definitie is opgenomen in de definitielijst van de AVG.

Het verschil tussen big data en profileren zit voornamelijk in het gebruik van persoonlijke kenmerken die worden gekoppeld aan het individu. De term big data is meer een overkoepelend begrip voor verschillende processen, waaronder profileren. Bij profileren is het gebruik van big data toegespitst op het categoriseren van individuen om bepaalde voorspellingen of correlaties te genereren. Daarentegen kan het bij big data om allerlei soorten data gaan, bijvoorbeeld een vraag die men vaak opzoekt op google of financiële gegevens van een bedrijf. Daarbij hoeft het bij big data niet te gaan om voorspellingen en correlaties zoals bij profileren, maar kan het ook gaan om nieuwe inzichten te creëren.

7.2 Big data, profileren en de AVG

Zoals eerder in hoofdstuk 6.1 al is vermeld, heeft de Europese wetgever gekozen om de term profileren op te nemen in de definitielijst van de AVG. Dit zorgt voor extra bescherming omdat niet getwist kan worden over de uitleg. Een ander belangrijk begrip voor de uitwerking van profileren is pseudonimisering. Bij pseudonimisering worden de persoonsgegevens “versleuteld”. De persoonsgegevens worden middels een algoritme vervangen door versleutelde gegevens. Met de sleutel kunnen de gegevens weer worden ontgrendeld en kunnen de persoonsgegevens weer worden ingezien. Pseudonimisering speelt voornamelijk een rol bij de risicoanalyse door het systeem risico indicatie (SyRi). Pseudonimisering zorgt voor extra bescherming van de persoonsgegevens. Zo kan niet iedereen in de gegevens alleen de persoons die hiervoor gemachtigd is.

Art. 22 AVG is een bepaling dat betrekking heeft op het recht om niet te worden onderworpen aan geautomatiseerde besluitvorming waaronder profileren. Anders dan het woord *recht* doet vermoeden heeft WP29 bepaald dat in het geval van art. 22 AVG sprake is van een verbod. Dit houdt in dat in beginsel het niet is toegestaan om mensen te onderwerpen aan geautomatiseerde besluitvorming.

De bepaling bestaat uit drie kernvoorwaarden. De eerste kernvoorwaarde is dat het moet gaan om een *besluit*. Een besluit in de zin van de AVG betreft een ruim begrip; ruimer dan het begrip besluit in de Awb. Een besluit in de zin van de Awb betreft een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling.⁶⁷ Uit de AVG en de geraadpleegde literatuur blijkt dus dat het begrip *besluit* ruimer dient te worden geïnterpreteerd. Bijvoorbeeld een geautomatiseerde afwijzing voor een krediet aanvraag dient onder de AVG te worden gekwalificeerd als een *besluit*. Dit wil zeggen dat een *besluit* niet noodzakelijkerwijs door een bestuursorgaan hoeft te worden genomen of een publiekrechtelijke rechtshandeling hoeft in te houden. Het automatisch af- of toewijzen wordt in de AVG gezien als een besluit.

De tweede kernvoorwaarde is dat het *besluit uitsluitend* op basis van *geautomatiseerde verwerking* dient te zijn genomen, wil het verbod van kracht te zijn. Daarbij zou dan geen sprake van menselijke tussenkomst zijn. Bijvoorbeeld: iemand wil kwijtschelding aanvragen voor waterschapbelastingen. Hij kan daarbij kiezen voor een snelle afhandeling die volledig is geautomatiseerd of een standaard afhandeling waarbij wel nog menselijke tussenkomst aan te pas komt. In de praktijk blijkt dat indien de keuze mogelijk is tussen de geautomatiseerde besluitvorming en de besluitvorming met de menselijke tussenkomst, de geautomatiseerde besluitvorming voor een snelle gang van besluitvorming zorgt.

De laatste kernvoorwaarde is dat het *besluit rechtgevolgen* dient te hebben of betrokkene *in aanzienlijke mate dient te treffen*. Het begrip rechtsgevolgen spreekt voor zich, namelijk gevolgen waaraan rechten en plichten zijn verbonden. Een voorbeeld hiervan is het aanvragen van kinderbijslag, waarbij gebruik wordt gemaakt van geautomatiseerde verwerking. Hieruit ontstaan rechten (het recht op kinderbijslag) en plichten (de plicht om inlichtingen te verschaffen indien de persoonlijke omstandigheden wijzigen). Het in aanzienlijke mate treffen is iets onduidelijker. Uit de literatuur en de AVG blijkt dat het automatisch afwijzen van een kredietaanvraag of het verwerken van sollicitaties zonder menselijke tussenkomst, betrokkene in aanzienlijke mate treft. Wanneer sprake is van aanzienlijke mate dient nader te worden toegelicht in toekomstige jurisprudentie omdat de wetgever ruimte heeft overgelaten voor eigen interpretatie. Indien dergelijke zaken voorkomen bij de rechter zal duidelijker worden wanneer een betrokkene in aanzienlijke mate wordt getroffen. Dat het weigeren van een hypotheekaanvraag gezien kan worden aan aanzienlijke mate is duidelijk, maar of het weigeren van het huren van een fiets daar ook onder valt is niet duidelijk

Hierboven zijn conclusies getrokken omtrent de voorwaarden van art. 22 AVG. Hierna worden de conclusies getrokken omtrent de uitzonderingen van art. 22 AVG. Het recht om niet te worden onderworpen aan geautomatiseerde besluitvorming kent drie uitzonderingen. De eerste uitzondering doet zich voor wanneer dit noodzakelijk is voor de totstandkoming of uitvoering van de overeenkomst. Als voorbeeld dient de situatie wanneer een bank concludeert dat op basis van een geautomatiseerde analyse een bankpas is geskimd en besluit de bankpas uit voorzorgsmaatregel te blokkeren. De overeenkomst tussen de betreffende persoon en de bank is dan de noodzakelijke uitzondering. Een andere uitzondering is een unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepaling. Een dergelijke uitzondering is bijvoorbeeld gegeven in art. 64 jo 65 SUWI. Dit artikel geeft gemeenten de mogelijkheid om te profileren door middel van het Systeem Risico Indicatie (SyRi). De laatste uitzondering is uitdrukkelijke ondubbelzinnige toestemming van de betrokkene. Bij de laatste uitzondering dient rekening te worden gehouden met het rapport van de AP. Deze heeft geconcludeerd dat de toestemming die gemeenten hebben verkregen vaak niet rechtsgeldig zijn omdat ze niet in vrije wil zijn verstrekt. Dit komt doordat de verhouding tussen gemeenten en burgers niet evenredig is. De burger is vaak afhankelijk van de gemeente voor hulp en dient daarom wel toestemming te verlenen, anders kan aan de betreffende persoon geen hulp worden geboden. Deze grondslag kan een gemeente alleen in uitzonderlijke gevallen gebruiken.

⁶⁷ Art. 1:3 (1) Awb.

7.3 De AVG en het sociaal domein

Het recht om niet te worden onderworpen aan uitsluitend geautomatiseerde besluitvorming, waaraan rechtsgevolgen zijn verbonden of betrokkene in aanzienlijke mate treft (art. 22 AVG), kan alleen worden verworpen indien een van de uitzonderingen van toepassing is. Indien persoonsgegevens worden verwerkt ten behoeve van fraudebestrijding dient daar wel een wettelijke grondslag voor aanwezig te zijn. De grondslag voor profileren in het Nederlands recht is opgenomen in art. 64 jo. 65 SUWI en de grondslag voor het verwerken van persoonsgegevens in art. 6 AVG.

Binnen de Participatiewet heeft het college op grond van art. 53a (6) Pw de bevoegdheid onderzoek in te stellen naar de juistheid en volledigheid van de verstrekte gegevens. Het college wijst hiervoor toezichthouders aan (76a Pw). Op basis van deze bepalingen kan een gemeente gebruik maken van SyRi en risicoprofielen. De bevoegdheden van de toezichthouders worden echter minimaal beperkt door bepalingen in de Participatiewet. Het enige waar een toezichthouder aan moet voldoen is aan de proportionaliteit- en subsidiariteitsvereiste.

Binnen de Participatiewet zijn er geen strijdigheden met de AVG gevonden. Wel kan het zijn dat bepaalde bepalingen in de AVG de bevoegdheden van de in de Participatiewet aangewezen toezichthouders beperkt. Hetzelfde geldt voor de bevoegdheden van de in de Wmo en Jeugdwet aangewezen toezichthouders. Een bepaling die de bevoegdheden van de aangewezen toezichthouders beperkt, is het recht om niet te worden onderworpen aan geautomatiseerde besluitvorming. Een toezichthouder mag niet een big data-analyse gebruiken om vast te stellen dat een persoon niet woonachtig is op dat adres.

7.4 Jurisprudentie omtrent big data en profileren

Op het gebied van profileren zijn er enkele uitspraken te vinden. Hieruit blijkt dat in de meeste gevallen het toepassen van risicoprofielen en profileren binnen het sociaal domein niet onrechtmatig is, maar dat het vaak fout gaat in het toepassen van risicoprofielen. Een voorbeeld hiervan is de uitspraak van de CRvB met betrekking tot een onderzoek naar vermogen in het buitenland. Het toepassen van een risicoprofiel was niet onrechtmatig, maar doordat de gemeente zich alleen heeft gericht op bijstandsgerechtigden met een Marokkaanse nationaliteit werd het gebruik van een dergelijk profiel in dit geval onrechtmatig geacht. Hieruit kan geconcludeerd worden dat zeer terughoudend dient te worden omgegaan met criteria die burgers categoriseert op hun afkomst, op de wijk waar ze woonachtig zijn of op hun politieke voorkeuren. Deze criteria kunnen leiden tot discriminatie.

7.5 Gemeente Stichtse Vecht

De gemeente Stichtse Vecht wil op basis van big data hun beleidsregels analyseren en evalueren. Daarnaast wil zij ook gebruik gaan maken van big data en profileren om fraude in de sociale voorzieningen op te sporen en aan te pakken. Om de mogelijkheden voor de gemeente Stichtse Vecht inzichtelijk te maken, dient er onderscheid te worden gemaakt tussen het gebruik van big data voor het analyseren en evalueren van hun beleidsregels en het gebruik van big data en profileren voor het aanpakken van fraude in de sociale voorzieningen.

Voor het gebruik van big data om hun beleidsregels te analyseren en te evalueren dient te worden gekeken naar art. 22 AVG. De vraag is of het gebruik van een geautomatiseerd verwerking, waaronder profileren, leidt tot een besluit waaraan rechtsgevolgen zijn verbonden of die betrokkene in aanzienlijke mate treft. Een beleidsregel van de gemeente is niet gericht op een individu, maar op alle inwoners/bezoekers omdat het algemene regels betreft en geen individuele besluitvorming valt het in dit geval niet onder de reikwijdte van art. 22 AVG en kan deze buiten beschouwing worden gelaten. Dit betekent dat geautomatiseerde besluitverwerking is toegestaan, mits aan de voorwaarden van de AVG wordt voldaan.

Voor het gebruik van big data en profileren om fraude in sociale voorzieningen op te sporen dient ook te worden gekeken naar art. 22 AVG. De vraag hier is of er sprake zal zijn van menselijke tussenkomst. Indien de gemeente kiest om het proces volledig te automatiseren en op basis van dat geautomatiseerd proces besluiten te nemen, dan is dit alleen mogelijk indien aan een van de uitzonderingen kan worden voldaan of bij besluitvorming die zeer geringe menselijke tussenkomst vergt, omdat dit zal leiden tot dezelfde uitkomst. Een voorbeeld hiervan is een verkeerboete door middel van een flitspaal. Indien menselijke tussenkomst wel toegevoegde waarde heeft, dan zal het gebruik van big data en profileren, op het moment van schrijven, alleen mogelijk zijn indien de betrokkene hiervoor uitdrukkelijk ondubbelzinnige toestemming verleent. Wanneer wel sprake zal zijn van menselijke tussenkomst met toegevoegde waarde dan valt het gebruik niet meer onder de reikwijdte van art. 22 AVG. Wel dient rekening gehouden te worden met het eventuele gebruik van persoonsgegevens. Mocht gebruik worden gemaakt van persoonsgegevens dan zullen de voorwaarden van de AVG van toepassing zijn en dient de gemeente rekening te houden met onder andere art. 6 van de AVG (de voorwaarden van gegevensverwerking).

7.6 Aanbevelingen

Op basis van de voorgaande conclusies kunnen de volgende aanbevelingen voor Cuccibu worden gedaan.

Cuccibu dient bij het adviseren van zijn klanten omtrent het gebruik van big data, rekening te houden met het feit dat big data geen formele betekenis heeft. Om verwarring te voorkomen kan de betreffende klant die big data wil gaan gebruiken, vooraf de definitie en het doel van big data kenbaar maken. Afhankelijk van de definitie en het doel kan worden bepaald of het gebruik van big data of profileren valt onder de reikwijdte van de AVG. Dit is het geval indien het aan alle voorwaarde van art. 22 AVG voldoet en er geen uitzonderingen van toepassing zijn. Op basis daarvan kan Cuccibu adviseren om het gebruik van big data uit te voeren op geanonimiseerde of gepseudonimiseerde gegevens. Indien het uit te voeren is op geanonimiseerde gegevens, dan valt het niet meer onder de reikwijdte van AVG, omdat de AVG alleen van toepassing is op persoonsgegevens.

Bij het adviseren van hun klanten omtrent het gebruik van big data en profileren in het sociaal domein dient Cuccibu rekening te houden met de uitspraak van de AP. Vaak vragen gemeenten om toestemming voor het verwerken van persoonsgegevens. Dit zodat ze makkelijk kunnen voldoen aan een rechtmatige grondslag. Doordat de AP heeft geconcludeerd dat de toestemming vaak niet rechtsgeldig is, moet met het vragen van toestemming terughoudend worden omgegaan. Indien een gemeente fraude wil bestrijden door middel van profilering, dan dient er eerst een wettelijke grondslag aanwezig te zijn om persoonsgegevens te mogen verwerken. De gemeente dient de juiste grondslag te formuleren om onrechtmatige verwerking te voorkomen. Cuccibu kan adviseren op basis van welke grondslag de verwerking wel rechtmatig is waardoor ook gebruik gemaakt kan worden van profileren.

Bij het adviseren en controleren omtrent het gebruik van big data en profileren dient Cuccibu rekening te houden met de jurisprudentie omtrent het profileren binnen het sociaal domein. Uit de jurisprudentie die is besproken in hoofdstuk 5 van dit onderzoek kan worden afgeleid dat profileren en het vormen van besluitvorming op basis van die gegevens, is toegestaan, tenzij de criteria discriminerende factoren bevat. Indien de criteria toch discriminerende factoren bevatten, dan is het alleen gerechtvaardigd indien hiervoor zeer gewichtige redenen aanwezig zijn. Bij fraudebestrijding is nog geen voorbeeld bekend wanneer hiervan sprake is. Discriminerende factoren zijn bijvoorbeeld: nationaliteit, geloofsovertuiging, geslacht en seksuele voorkeur.

Indien gebruik wordt gemaakt van big data dient rekening te worden gehouden met het soort gegevens. Indien het persoonsgegevens betreffen dient de verwerker zich te houden aan de

voorwaarden van de AVG. Mocht de big data betrekking hebben op andere gegevens, zoals geanonimiseerde gegevens, dan is het gebruik van big data toegestaan.

Bij het adviseren van hun klanten omtrent het gebruik van big data in specifieke gevallen zoals; het gebruik van big data bij het evalueren van beleidsregels, kan Cuccibu het volgende adviseren. Het gebruik van big data bij evalueren kan in een aantal situaties zijn toegestaan. Als eerste kan big data worden gebruikt indien het gaat om geanonimiseerde gegevens. Op die manier worden de persoonsgegevens beschermd. Bij geanonimiseerde gegevens is de AVG niet meer van toepassing en hoeft ook niet te worden voldaan aan de grondslagen van art. 6 AVG. Mocht het gebruik van geanonimiseerde gegevens niet mogelijk zijn, dan kan het gebruik van big data alsnog zijn toegestaan in de volgende gevallen. Als eerste dient Cuccibu na te gaan of de geautomatiseerde verwerking betrekking heeft op een individu of juist niet. Indien de geautomatiseerde verwerking geen betrekking heeft op een individu, maar op alle inwoners, dan is art. 22 van de AVG niet van toepassing. Wel dient te worden gekeken naar de grondslag voor het verwerken van persoonsgegevens. Daarbij dient rekening te worden gehouden met het feit dat toestemming geen goede grondslag is voor de verwerking, door de scheve verhouding van burger en overheid. Deze grondslag dient dan ook niet te worden toegepast. Een grondslag die wel geadviseerd kan worden is bijvoorbeeld de grondslag om te voldoen aan een wettelijke plicht of de grondslag noodzakelijk voor het vervullen van een taak in algemeen belang.

In het geval een klant de vraag heeft over het gebruik van big data bij het verstrekken van beschikkingen kan Cuccibu het volgende adviseren. Het gebruik van big data voor het verstrekken van beschikkingen kan rechtmatig zijn. Een voorbeeld van een rechtmatig gebruik van big data in dit geval is wanneer een inwoner een aanvraag doet tot kwijtschelding van gemeentelijke belastingen. De vereisten voor het kwijt schelden van gemeentelijke belastingen biedt weinig tot geen beoordelingsruimte. In dit geval heeft menselijke tussenkomst geen meerwaarde. In beide gevallen zal de uitkomst gelijk zijn. In dat geval is geautomatiseerde besluitvorming toegestaan. In de andere gevallen is geautomatiseerde verwerking alleen toegestaan indien de betrokkene hiervoor uitdrukkelijke toestemming geeft, maar ook in dit geval dient rekening te worden gehouden met de scheve verhouding tussen burger en overheid.

Voor het adviseren omtrent het gebruik van big data en profileren kan Cuccibu de beslisboom raadplegen die als bijlage 4 aan dit onderzoek is toegevoegd. Hieruit zal snel en overzichtelijk blijken of het gebruik van big data onder de reikwijdte van de AVG valt en indien het onder de reikwijdte van de AVG valt onder welke omstandigheden toch gebruik gemaakt kan worden van het gebruik van big data en/of profileren.

Literatuurlijst

Engelfriet, Meij & Kager 2017

A. Engelfriet, L. Meij & P. Kager, *De Algemene Verordening Gegevensbescherming. Artikelsgewijs commentaar*, Amsterdam: lus Mentis 2017.

Handbook on European data protection law 2014

Handbook on European data protection law, Luxemburg: Publications Office of the European Union 2014.

Maurits 2016

M. Maurits, *Je hebt wél iets te verbergen. Over het levensbelang van privacy*, Amsterdam: de Correspondent, 2016.

Olsthoorn 2016

P. Olsthoorn, *big data voor fraudebestrijding*. Working paper 21, Den Haag: WRR 2016.

Sloot, van der, Broeders & Schrijvers 2016

B. Van der Sloot, D. Broeders & E. Schrijvers, *WRR-verkenning 32. Exploring the Boundaries of big data*, Amsterdam: Amsterdam University Press, 2016.

WRR 2016

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *big data in een vrije en veilige samenleving*, Amsterdam: Amsterdam University Press, 2016.

Krantenartikelen

Modderkolk, Volkskrant 26 augustus 2017

H. Modderkolk, 'Er wordt aan onze privacy geknaagd: waar ligt de grens als het gaat om het verzamelen van privé-informatie?', *Volkskrant* 26 augustus 2017.

Teeffelen, van, Trouw 31 mei 2016

K. van Teeffelen, 'Op zoek naar de risicoburger', *Trouw* 31 mei 2016.

Research papers:

Article 29 Working Party 2016

Article 29 Working Party, Opinion 02/2016 on the publication of Personal Data for Transparency purposes in the Public Sector, februari 2016.

Breda, van 2017

B.C. van Breda, *Profilering in de AVG: nieuwe regels, voldoende bescherming? computerrecht 2017*, afl. 154.

Comijs 2016

D.E. Comijs, *Accountability in de AVG: betere processen en een sterkere positie van betrokkenen*, *Privacy & Informatie* 2016, p. 250-257.

Comijs 2017

D.E. Comijs, *De bescherming van bijzondere persoonsgegevens in de Uitvoeringswet AVG*, *NJB* 2017, afl. 24.

Cuijpers & Schendel, van 2016

C.M.K.C. Cuijpers & S. van Schendel, *Data Protection by Design als argument in het FBI vs. Appledebat*, *Justitiële verkenningen/WODC*, July 2016.

Evers 2016

G.H. Evers, In de schaduw van de rechtsstaat: profilering en nudging door de overheid, computerrecht 2016, afl. 84.

Koops 2016

E.J. Koops e.a., *A Typology of Privacy* (Research Paper - University Pennsylvania Journal of International Law and Tilburg Law School), 2016, ssrn.com.

Samenvatting 2016/EU

van het advies van de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming inzake „Het hoofd bieden aan de uitdagingen van big data: een oproep tot transparantie, gebruikerscontrole, ingebouwde gegevensbescherming en verantwoording” (2016/EU) (PbEU 2016, C 67/13)

Stalla – Bourdillon & Knight 2017

S. Stalla-bourdillon & A. Knight, Anonymous Data v. Personal Data. A False Debate: An EU Perspective on Anonymization, Pseudonymization and Personal Data (Research Paper – Wisconsin International Law Journal), 2017, ssrn.com.

Steenbruggen & Borgesius 2017

W. Steenbruggen & F. Z Borgesius, De AVG komt eraan: D-Day May Day, computerrecht 2017, afl. 150.

Sloot, van der & Schendel, van 2016

B. van der Sloot & S. van Schendel, International and Comparative Legal Study on big data, Working Paper no. 20, WRR April 2016. & S. van Schendel, Het gebruik van big data door de MIVD en AIVD, Working Paper no. 18, WRR April 2016.

Verhey & Raijmakers 2013

L.F.M. Verhey & M.W. Raijmakers, Artikel 8 evrm: proportionaliteit en verwerking van persoonsgegevens, RegelMaat 2013, p. 183.

Vries, de & Goudsmit

H. de Vries & M. Goudsmit, Voorsorteren op de Algemene Verordening Gegevensbescherming. Twee stappen vooruit, één stap terug, NJB 2016, afl. 22.

Jurisprudentie

CRvB 14 april 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1228.

HR 23 juni 2017, ECLI:NL:PHR:2017:553.

Rb 29 juni 2006, ECLI:NL:RBALK:2006:AX9686.

CRvB 13 juni 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2481.

CRvB 17 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1910.

Bijlagen

Bijlage 1: Mindmap



Bijlage 2: Werking van SyRI

Beginfase

- Deelnemende partijen (gemeenten, UWV, et cetera) vragen toestemming aan de minister van SZW voor het gebruik van SyRI.
- Inspectie SZW ontwerpt een risicomodel.
- Deelnemende partijen leveren (persoons-)gegevens aan uit eigendatabase. (naam, nummer, adres, inkomen, et cetera).

Fase 1

- Inlichtingenbureau koppelt de aangeleverde bestanden aan elkaar.
- Inlichtingenbureau pseudonimiseert automatisch persoons- en bedrijfsgegevens.
- Inlichtingenbureau maakt automatisch een sleutelbestand aan waarin staat aangegeven welke gepseudonimiseerde gegevens bij welke persoon en/of bedrijf behoren.
- Inlichtingenbureau voert een geautomatiseerde vergelijking uit aan hand van de risicomodellen.
- De verhoogde risico gevallen worden ontsleuteld en overhandigd aan de inspectie SZW.
- aangeleverde bestanden en no-hits worden na vier werken verwijderd.

Fase 2

- Inspectie SZW ontvangt de hits.
- Inspectie SZW analyseert de gegevens nogmaals en beoordeelt of de aangeleverde hits tot onregelmatigheden of verhoogd risico leiden.
- Inspectie SZW levert de hits die volgens hun tot onregelmatigheden of een verhoogd risico leiden aan bij de deelnemende partijen.

Eindfase

- Definitieve selectie van risicomeldingen worden opgeslagen in register, indien subjecten van risicomeldingen op eigen aanvraag gebruik maken van hun recht op inzage.
- Na twintig maanden geeft de deelnemende partij die die risicomeldingen heeft ontvangen terugkoppeling over het feit of de melding nuttig bleken te zijn met onderbouwing.

Bijlage 3: Cyclus beleidsproces



Bijlage 4 beslisboom art. 22 AVG

