

O&A 2020/28

Rechtbank Den Haag 5 februari 2020, nr. C-09-550982-HA ZA 18-388

(mrs. Ritsema van Eck-van Drempt, Honée, van Harten)
m.nt. S.R.P. Bastiaans, T. Barkhuysen & N. Jak.¹

(art. 8, tweede lid, EVRM)

RAV 2020/35

TRA 2020/49

AB 2020/236

Computerrecht 2020/87

ECLI:NL:RBDHA:2020:865

SyRI-wetgeving in strijd met artikel 8 EVRM omdat zij niet voldoet aan fundamentele beginselen inzake gegevensbescherming als transparantie, doelbindingsbeginsel en beginsel van dataminimalisatie.

SyRI-wetgeving in strijd met het Europees Verdrag voor de Rechten voor de Mens

De rechtbank heeft uitspraak gedaan in een zaak over het Systeem Risico Indicatie (SyRI). SyRI is een wettelijk instrument dat de overheid gebruikt voor de bestrijding van fraude op bijvoorbeeld het terrein van uitkeringen, toeslagen en belastingen. De rechtbank is van oordeel dat de wetgeving die de inzet van SyRI regelt in strijd is met hoger recht. De wetgeving voldoet volgens de rechtbank niet aan artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten voor de Mens (EVRM). Dit artikel beschermt het recht op respect voor het privéleven.

Toets

De rechtbank moest toetsen of de SyRI-wetgeving in strijd is met eenieder verbindende bepalingen van internationaal of Europees recht. De rechtbank heeft beoordeeld of de SyRI-wetgeving voldoet aan artikel 8 lid 2 EVRM. Die bepaling vereist een 'fair balance' (een redelijke verhouding) tussen het maatschappelijk belang dat de wetgeving dient en de inbreuk op het privéleven die de wetgeving maakt.

Bijzondere verantwoordelijkheid bij nieuwe technologieën

Op grond van artikel 8 EVRM rust op een verdragsstaat als Nederland bij de toepassing van nieuwe technologieën een bijzondere verantwoordelijkheid. Daarbij gaat het om de juiste balans in de weging van enerzijds de voordelen die aan het gebruik van die technologieën verbonden zijn tegenover anderzijds de inmenging die dat gebruik op het recht op respect voor het privéleven kan maken. Dit geldt ook in het geval van de inzet van SyRI.

Inzet SyRI onvoldoende inzichtelijk en controleerbaar

De rechtbank komt tot het oordeel dat de SyRI-wetgeving in haar huidige vorm de toets van artikel 8 lid 2 EVRM niet doorstaat.

De rechtbank heeft de doelen van de SyRI-wetgeving, namelijk het voorkomen en bestrijden van fraude in het belang van het economisch welzijn, afgezet tegen de inbreuk op het privéleven die de wetgeving maakt. Volgens de rechtbank voldoet de wetgeving niet aan de 'fair balance' die het EVRM vereist om te kunnen spreken over een voldoende gerechtvaardigde inbreuk op het privéleven. De wetgeving is wat betreft de inzet van SyRI onvoldoende inzichtelijk en controleerbaar. De wetgeving is onrechtmatig want in strijd met hoger recht en dus onverbindend.

Achtergrond

Een aantal maatschappelijke organisaties, waaronder het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten, en twee burgers hebben deze procedure tegen de Staat aangespannen. De FNV heeft zich aan de zijde van eisers gevoegd. Eisers willen een 'halt' toeroepen aan het gebruik van SyRI. Zij vinden dat de overheid met de inzet van SyRI een ontoelaatbare inbreuk maakt op mensenrechten. De Staat is het niet eens met dit standpunt. De Staat heeft naar voren gebracht dat de SyRI-wetgeving voldoende waarborgen bevat om de privacy van eenieder te beschermen.

Partij(en)

[eisers],

en

Federatie Nederlandse Vakbeweging te Utrecht,

interveniënte aan de zijde van eisers,

tegen

Staat der Nederlanden zetelende te Den Haag,

gedaagde,

Eisers worden hierna gezamenlijk ook (in enkelvoud) NJCM c.s. genoemd en afzonderlijk respectievelijk het NJCM, het Platform Bescherming Burgerrechten, Privacy First, de Koepel van DBC-Vrije Praktijken, de Landelijke Cliëntenraad, [eisende partij sub 6], [eisende partij sub 7]. Interviënte wordt FNV genoemd. Gedaagde wordt de Staat genoemd.

De feiten

Het Systeem Risicoindicatie (hierna: SyRI) is een wettelijk instrument dat de overheid gebruikt ter voorkoming en bestrijding van fraude op het terrein van de sociale zekerheid en inkomensafhankelijke regelingen, de belasting- en premieheffing en de arbeidswetten. Het gaat volgens de wetgever om technische infrastructuur en de bijbehorende procedures waarmee in een beveiligde omgeving anoniem data kunnen worden gekoppeld en geanalyseerd, zodat risicomeldingen kunnen worden gegenereerd. Een risicomelding betekent dat een rechtspersoon of natuurlijke persoon 'onderzoekswaardig' wordt geacht in verband met mogelijke fraude, onrechtmatig gebruik en niet-naleving van wetgeving.

Het instrument wordt ingezet door de Minister op verzoek van bepaalde overheidsinstanties of andere instanties met een publieke taak. Met de inzet van SyRI worden bestanden waarover die (overheids)instanties beschikken

¹ Mr. S.R.P. (Steven) Bastiaans is advocaat bij Stibbe te Amsterdam. Prof. mr. T. (Tom) Barkhuysen is advocaat bij Stibbe te Amsterdam en hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Mr. dr. N. (Niels) Jak is advocaat bij Stibbe te Amsterdam en verbonden aan de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Vrije Universiteit te Amsterdam.

gestructureerd gekoppeld om samenhangende misstanden op de genoemde terreinen te kunnen onderkennen en om de pakkans te verhogen. Dit leidt volgens de wetgever tot een efficiënte en effectieve inzet van het controleapparaat.

Tussen 2008 en 2014 is sprake geweest van honderdzestig zogeheten interventieteamprojecten die onder de regie van de Landelijke Stuurgroep Interventieteams werden uitgevoerd. Bij tweeëntwintig van die projecten is gebruik gemaakt van SyRI of haar voorlopers. Bij negentien van de eenentwintig afgeronde interventieteamprojecten is daarbij een zogenoemde wijkgerichte aanpak gevolgd. Die aanpak heeft de Minister als volgt toegelicht:

“Dat wil zeggen dat een aantal adressen in een bepaalde wijk in een gemeente door het interventieteam is onderzocht op het plegen van uitkeringsfraude, fraude met toeslagen of belastingfraude. Het doel van deze projecten is het leveren van een bijdrage aan de verbetering van het leefklimaat in zo'n wijk. Daarom wordt in deze projecten nadrukkelijk ook aandacht besteed aan het bieden van zorg en ondersteuning aan personen die zorgmijdend gedrag vertonen.”

Sinds 2015, nadat de inzet van SyRI in wetgeving is geregeld, zijn de volgende SyRI-projecten begonnen: 'G.A.L.O.P. II', 'Adresfraude Afrikaanderwijk te Rotterdam', 'WGA Kwetsbare buurten Capelle aan den IJssel', 'WGA Rotterdam Bloemhof & Hillesluis' en 'WGA Haarlem Schalkwijk'.

Wettelijk kader SyRI

De Wet SUWI heeft de inzet van SyRI wettelijk verankerd. De voorwaarden voor die inzet zijn nader bepaald in het Besluit Wet SUWI. De wettelijke basis van SyRI berust in artikel 65 Wet SUWI in samenhang gezien met artikel 64 Wet SUWI en hoofdstuk 5a Besluit SUWI.

Artikel 64 Wet SUWI voorziet in de samenwerking van een aantal bestuursorganen. Twee of meer van de uitdrukkelijk genoemde (overheids)instanties kunnen een samenwerkingsverband aangaan waarin gegevens worden verwerkt die noodzakelijk zijn ten behoeve van het doel voor dat samenwerkingsverband. Als deze instanties in dit samenwerkingsverband (ook) SyRI willen inzetten, doen zij de Minister een daartoe strekkend verzoek. Uit het verzoek om SyRI in te zetten moet in ieder geval blijken welke aangewezen instanties ten behoeve van een concreet project samenwerken, wat de concrete doelstelling van de samenwerking is, en hoe de samenwerking is georganiseerd en vormgegeven. Ook moeten daarin de beoogde aanvangdatum en de duur van het SyRI-project worden aangegeven en moet duidelijk zijn op welke indicatoren en welk risicomodel het verzoek betrekking heeft. Onder risicomodel wordt een model verstaan dat bestaat uit vooraf bepaalde indicatoren en dat aangeeft of sprake is van een verhoogd risico op onrechtmatig gebruik van overheidsgegevens en

overheidsvoorzieningen op het terrein van de sociale zekerheid.

Artikel 65 Wet SUWI biedt de wettelijke grondslag voor de verwerking van de genoemde noodzakelijke gegevens in SyRI voor het uitvoeren van risicoanalyses. Dit betreft een zeer breed scala aan (persoons)gegevens. Dit artikel bevat ook bepalingen over het doen van een risicomelding, geheimhouding, bewaring van het gegeven dat een risicomelding heeft plaatsgevonden, gebruikmaking van een risicomelding, terugkoppeling en verwijdering. Ten slotte is bepaald welke nadere regels bij algemene maatregel van bestuur in ieder geval worden gesteld. Aan dit laatste is uitvoering gegeven met het Besluit SUWI, in het bijzonder met hoofdstuk 5a van dat besluit.

Na vaststelling van de Minister dat het verzoek tot de inzet van SyRI voldoet aan de voorwaarden die zijn gesteld, is de Stichting Inlichtingenbureau (hierna: IB) aangewezen als bewerker en verwerker voor de koppeling van bestanden in SyRI. Gegevens mogen na het onderzoek nog maximaal twee jaar worden bewaard.

Het geschil

NJCM c.s. vordert onder meer te verklaren voor recht dat de toepassing van artikel 64 en 65 Wet SUWI en hoofdstuk 5a Besluit SUWI onverenigbaar zijn met hoger recht, in het bijzonder met artikel 8 EVRM en deze onderdelen buiten werking te stellen althans onverbindend te verklaren. Bovendien vordert zij de Staat te gebieden de risicomodellen en – indicatoren die zijn gebruikt in de projecten G.A.L.O.P. II en Capelle openbaar te maken.

NJCM c.s. legt aan haar vorderingen onrechtmatig handelen van de Staat ten grondslag. De artikelen 64 en 65 van de Wet SUWI en hoofdstuk 5a van het Besluit SUWI, althans de toepassing ervan, zijn volgens haar in strijd met eenieder verbindende bepalingen van internationale verdragen. Daarnaast handelt de Staat (de Belastingdienst) in strijd met zijn wettelijke geheimhoudingsverplichtingen op grond van nationaal recht door de verstrekking van persoonsgegevens op grond van de SyRI-wetgeving aan de door NJCM c.s. genoemde derden en in strijd met de AVG doordat het IB als aangewezen bewerker en verwerker voor de koppeling van bestanden in SyRI zonder verwerkersovereenkomst gegevens in SyRI verwerkt.

[Voor de integrale tekst van de uitspraak zij verwezen naar ECLI:NL:RBDHA:2020:865.]

Noot

1. *Big brother is watching you.* Technologische innovaties leiden dikwijls tot verhitte discussies over de inzet hiervan, ook als het om de overheid gaat. Zo oordeelde de Hoge Raad eerder dat het opleggen van naheffingsaanslagen door de Belastingdienst op grond van foto's die stelselmatig

werden gemaakt door een *Automatic Number Plate Recognition* een systematische inbreuk op artikel 8 EVRM betekende waarvoor een specifieke wettelijke grondslag nodig is (HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:286). Ook het systematisch observeren in verband met mogelijke fraude bij socialezekerheidsuitkeringen door middel van cameratoezicht kan tot onrechtmatig verkregen bewijs leiden waarvan, gelet op de norm van artikel 8 EVRM, het gebruik zozeer indruist tegen wat van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht dat dit ontoelaatbaar moet worden geacht (CRvB 13 september 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3479). Het opvragen van dagelijks vastgelegde in- en uitcheckgegevens van reizigers bij Trans Link Systems door de minister om studiefinanciering (naar de norm voor uitwonende studenten) vast te stellen was daarentegen wel een gerechtvaardigde inbreuk op het respect voor het privéleven van de betrokken student (CRvB 5 februari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:269). Dit gold ook in een recente uitspraak van de Belastingkamer van de Hoge Raad: hierin oordeelt zij dat er bij de inzet van scanauto's om via kentekens van geparkeerde auto's te controleren of er parkeerbelasting is voldaan, sprake is van inmenging door de gemeente in het recht van belanghebbende op respect voor zijn privéleven als bedoeld in artikel 8 EVRM. In dit geval is de inmenging echter gerechtvaardigd, omdat de eis van het opgeven van het kenteken "bij wet is voorzien" in de Parkeerverordening 2013 van de gemeente in combinatie met de Gemeentewet (HR 10 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:639).

Vaak poogt de overheid om de burger een stukje vrijheid of privacy in te laten leveren, om het handhavingsapparaat van toezichthouders (nog) efficiënt(er) te laten functioneren. Steeds met de rechtvaardiging dat fraude met gemeenschapsgeld voorkomen dient te worden. Dit is niet anders bij de inzet van SyRI, het door middel van algoritmes gestuurde systeem om de risico's op frauduleuze handelingen in bepaalde (probleem)wijken in kaart te brengen, dat hier centraal staat. De inperking door de overheid van de vrijheid of privacy van burgers is niet ongelimiteerd, zo blijkt ook uit de hiervoor aangehaalde uitspraken. Nederland is geen politiestaat: ook de Nederlandse Staat is gebonden aan rechtsstatelijke waarborgen, waaronder specifiek die volgend uit artikel 8 EVRM. Daar waar vele gemeentes en provincies in Nederland momenteel (gaan) experimenteren met handhaving op basis van artificiële intelligentie (AI), krijgt de Staat in de 'SyRI-uitspraak' een tik op zijn vingers. Zo gaat in de gemeente Amsterdam binnenkort het project 'Fraudedetectie wonen' uit het 'Amsterdamse intelligentie'-beleid van start, waarmee de gemeente Amsterdam illegaal gebruik van woningen wil voorkomen door middel van inzet van AI. Worden de verwoede pogingen van decentrale overheden om AI als een effectief middel voor handhaving in te zetten nu op losse schroeven gezet, of biedt de 'SyRI-uitspraak' juist een overzichtelijk toetsingskader om nieuwe AI-projecten wél met de juiste waarborgen in te richten? De gemeente Amsterdam heeft overigens recentelijk al ondervonden dat het gebruik van AI niet altijd goed gaat: onlangs werd bekend dat er vooroordelen verborgen zaten in haar AI-systeem voor de verwerking van klachten van burgers. Burgers

uit Amsterdam Zuid bleken 'beter' te klagen dan burgers uit Amsterdam Noord, omdat het algoritme het woord 'klacht' zwaarder weegt dan 'teringzooi'. Het ene woord wordt in Zuid vaker gebruikt, het andere in Noord.

2. *Wat is SyRI en wat vorderen eisers?* SyRI is een wettelijk instrument dat de overheid gebruikt ter voorkoming en bestrijding van fraude op het terrein van sociale zekerheid en inkomensafhankelijke regelingen, de belasting- en premieheffing en de arbeidswetten. Door middel van het koppelen en analyseren van data kunnen risicomeldingen worden gegenereerd. Bij een melding is een rechtspersoon of natuurlijke persoon 'onderzoekswaardig' in verband met mogelijke fraude. De inzet van SyRI is wettelijk verankerd in de Wet SUWI. De voorwaarden voor die inzet zijn nader bepaald in het Besluit Wet SUWI. De wettelijke basis van SyRI berust op artikel 65 Wet SUWI in samenhang gezien met artikel 64 Wet SUWI en hoofdstuk 5a Besluit SUWI. Kort gezegd voorziet artikel 64 Wet SUWI in de samenwerking van een aantal bestuursorganen waarin gegevens ten behoeve van het doel van het samenwerkingsverband kunnen worden verwerkt. Artikel 65 Wet SUWI biedt de wettelijke grondslag voor deze verwerking van de noodzakelijke gegevens in SyRI voor het uitvoeren van risicoanalyses. Dit artikel bevat ook bepalingen over risicomeldingen en geheimhouding. Ten slotte is in artikel 65 Wet SUWI bepaald welke nadere regels bij algemene maatregel van bestuur worden gesteld: het Besluit SUWI, in het bijzonder hoofdstuk 5a van dat besluit. De vordering van eisers heeft betrekking op deze bepalingen en het daarop gebaseerde handelen van de Staat. Eisers vorderen onder meer te verklaren voor recht dat de toepassing van artikel 64 en 65 Wet SUWI en hoofdstuk 5a Besluit SUWI onverenigbaar is met hoger recht, in het bijzonder met artikel 8 EVRM. Zij eisen dat deze onderdelen buiten werking worden gesteld, althans onverbindend worden verklaard. Daarnaast vorderen zij dat de Staat de risicomodellen en -indicatoren die zijn gebruikt in de projecten G.A.L.O.P. II en Capelle openbaar maakt.

3. *Toetsingskader.* De rechtbank neemt als uitgangspunt dat vaststaat dat de SyRI-wetgeving het privéleven raakt en aldus wordt beschermd door artikel 8 EVRM. Vervolgens rijst de vraag of de SyRI-wetgeving de toets van artikel 8, tweede lid, EVRM kan doorstaan. Interessant is dat de rechtbank het toetsingskader van het tweede lid van artikel 8 EVRM inkleurt met de algemene beginselen van gegevensbescherming uit het EU-Grondrechtenhandvest (Handvest) en de AVG. Daaraan legt de rechtbank ten grondslag het uitgangspunt dat de minimumbescherming die het EVRM biedt niet minder ver gaat dan de gegevensbescherming die het Handvest en de AVG bieden op grond van de algemene beginselen die daaruit voortvloeien. Het gaat hier in het bijzonder om het transparantiebeginsel, het doelbindingsbeginsel en het beginsel van dataminimalisatie.

Om te bepalen of de SyRI-wetgeving voldoet aan het tweede lid van artikel 8 EVRM, stelt de rechtbank zichzelf twee vragen. Ten eerste: dient de SyRI-wetgeving een legitiem doel? Ten tweede: is de inmenging in de uitoefening van het recht op respect voor het privéleven die wordt veroorzaakt door de SyRI-wetgeving noodzakelijk in een democratische

samenleving? Opvallend is dat de rechtbank het antwoord op de gebruikelijke eerste vraag, namelijk of de inbreuk bij wet is voorzien, in het midden laat. De reden daarvoor is dat de rechtbank van oordeel is dat de SyRI-wetgeving onvoldoende waarborgen bevat voor de conclusie dat zij noodzakelijk is in een democratische samenleving in het licht van de doelen die de wetgeving dient.

De rechtbank beslist in haar dictum over het onverbindend verklaren van de SyRI-wetgeving. De vraag kan spelen of de rechtbank niet ook de mogelijkheid had om tot een minder verstrekkend en absoluut dictum te komen. Had de rechtbank kunnen komen tot een (in een concreet geval) buiten toepassing laten van de SyRI-wetgeving, of, nog minder verstrekkend, tot een gebod of verbod van het gebruik van (openbare en inzichtelijke) risicomodellen en indicatoren? Hierbij is voor het toetsingskader van de rechtbank van belang dat dit geen proces tegen één concrete toepassing van de SyRI-wetgeving betrof, maar eerder een 'proefproces in abstracto' tegen de wet op zich. Hierbij past het instrument van buiten toepassing laten van de wetgeving, of het opleggen van een gebod of verbod naar onze mening niet. Bovendien kan in het civiele procesrecht alleen worden beslist op hetgeen dat is gevorderd door partijen, in dit geval: het onverbindend verklaren. Dit maakt dat het naar onze mening correct is dat de rechtbank zich slechts heeft uitgelaten over het onverbindend verklaren van de SyRI-wetgeving en zich niet tevens heeft uitgelaten over minder verstrekkende dicta.

4. *Legitiem doel.* De rechtbank overweegt over de eerste vraag dat de sociale zekerheid één van de pijlers van de Nederlandse maatschappij is en dat die in belangrijke mate bijdraagt aan de welvaart in Nederland. Dit stelsel van sociale zekerheid kan alleen functioneren als burgers in Nederland die géén aanspraak hebben op voorzieningen, hier ook geen gebruik van maken. Het stelsel wordt bekostigd met gemeenschapsgeld en fraude (jaarlijks 153 miljoen euro aan sociale zekerheidsfraude en een half tot één miljard euro aan bijstandsfraude) tast de solidariteit aan die aan het stelsel ten grondslag ligt. De bestrijding van deze fraude is cruciaal. De rechtbank deelt dan ook het standpunt van de Staat dat nieuwe technologische mogelijkheden ter voorkoming en bestrijding van fraude, zoals de inzet van SyRI, moeten worden benut. De SyRI-wetgeving dient daarmee volgens de rechtbank een legitiem doel in het belang van het economische welzijn. Dat op zich is een hele geruststelling: fraude moet ook in de optiek van de rechtbank zo goed en efficiënt mogelijk worden bestreden.

5. *Noodzakelijk in een democratische samenleving.* Het doel heiligt in dit geval echter niet alle middelen. De SyRI-wetgeving voldoet volgens de rechtbank namelijk niet aan de in artikel 8, tweede lid, EVRM gestelde eis dat de inmenging in de uitoefening van het recht op respect voor het privéleven noodzakelijk is in een democratische samenleving. De inmenging is niet noodzakelijk, evenredig (proportioneel) en subsidiair in relatie tot het beoogde doel (het voorkomen van fraude). De rechtbank is van oordeel dat de wetgeving niet voldoet aan de 'fair balance' die op grond van het EVRM moet bestaan tussen het maatschappelijke

belang dat de wetgeving dient en de inbreuk op het privéleven die de wetgeving oplevert om te kunnen spreken over een voldoende gerechtvaardigde inbreuk op het privéleven (vgl. de eerder aangehaalde Trans Link Systems-zaak). Hierbij worden in aanmerking genomen de fundamentele beginselen die ten grondslag liggen aan de bescherming van persoonsgegevens, zoals de beginselen van transparantie, het doelbindingsbeginsel en het beginsel van data-minimalisatie. Omdat de wetgeving wat betreft de inzet van SyRI onvoldoende inzichtelijk en controleerbaar is, wordt de SyRI-wetgeving (in het bijzonder artikel 65 Wet SUWI en hoofdstuk 5a Besluit SUWI) wegens strijdigheid met artikel 8, tweede lid, EVRM onverbindend verklaard.

6. *Toetsingsintensiteit.* Voordat op een nadere op de persoonsbeschermingsbeginselen wordt ingegaan, is het van belang nog even stil te staan bij de *toetsingsintensiteit* die de rechtbank hanteert. De rechtbank is van oordeel dat zij de SyRI-wetgeving niet marginaal, maar vol aan artikel 8, tweede lid, EVRM dient te toetsen (r.o. 6.43). In rechts-overweging 6.73 overweegt de rechtbank vervolgens dat zij terughoudendheid dient te betrachten bij haar beoordeling of de SyRI-wetgeving in strijd is met artikel 8, tweede lid, EVRM. Nog los van de ogenschijnlijk tegenstrijdige opvatting van de rechtbank op dit punt, is een terughoudende toets niet zonder meer vanzelfsprekend. De rechtbank knoopt voor haar terughoudende beoordeling aan bij de *margin of appreciation* die het EHRM de verdragsstaten laat in het kader van artikel 8, tweede lid, EVRM. Dat is een redenering die al lang in de literatuur onder druk staat. Dat het EHRM aan de staat als geheel (dus het samenstel van wetgever, bestuur en rechter) een *margin of appreciation* toekent, betekent niet automatisch dat de nationale rechter ook terughoudend moet toetsen. Zie onder anderen T. Barkhuysen, 'Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht', in: T. Barkhuysen e.a., *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht* (VAR-reeks 132), Den Haag: Bju 2004, p. 96 e.v.; N. Jak & J. Vermont, 'De Nederlandse rechter en de margin of appreciation: de rol van de margin of appreciation in de interne horizontale relatie tussen de rechter, de wetgever en het bestuur', *NTM/NJCM* 2007, p. 125-140. Op nationaal niveau gaat het om de vraag welke beleids- en beoordelingsruimte de nationale rechter aan de autoriteiten in zijn eigen land, in dit geval: de wetgever, toestaat. Zie ook de conclusie van Langemeijer en Wissink bij het Urgenda-arrest, overweging 2.69 (ECLI:NL:PHR:2019:887). De toetsingsintensiteit vloeit aldus niet voort uit het EVRM maar uit de nationale taakverdeling tussen de rechter en de wetgever. Interessant is dat de rechtbank onder verwijzing naar de willekeursluis van het Landbouwwlieders-arrest (HR 16 mei 1986, ECLI:NL:PHR:1986:AC9354, NJ 1987/251, m.nt. M. Scheltema) overweegt dat de rechter "gelet op de aard van de wetgevende functie en de positie van de rechter" terughoudendheid moet betrachten (ro. 6.43). In een reeks uitspraken van 1 juli 2019 heeft de Centrale Raad van Beroep deze willekeursluis echter verlaten (ECLI:NL:CRVB:2019:2016, JG 2019/22, m.nt. T. Barkhuysen, A.M. Zwanenburg, J.R. van Angeren & E.C. van der Maden; inmiddels gevolgd door de

Afdeling bestuursrechtspraak, bijvoorbeeld ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452). Bepalend is voortaan de mate van beslissingsruimte die aan de regelgever is gegeven, waarbij de beoordeling intensiever kan zijn naarmate de regel meer ingrijpt in het leven van de belanghebbenden en daarbij fundamentele rechten aan de orde zijn. Weliswaar zien de 1 juli 2019-uitspraken van de Centrale raad van Beroep op exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften die, anders dan de SyRI-wetgeving, geen wet in formele zin zijn; toch zou hieraan inspiratie kunnen worden en eigenlijk ook wel moeten worden ontleend voor toetsing van wetgeving in formele zin aan het EVRM. Voor de SyRI-wetgeving zou dan een terughoudende opstelling van de rechter in beginsel aangewezen kunnen zijn omdat bij het maken van die wetgeving politiek-bestuurlijke afwegingen dienen te worden gemaakt. De toetsing zou evenwel intensiever kunnen zijn omdat de SyRI-wetgeving fors ingrijpt in het leven van de burger en daarbij fundamentele rechten aan de orde zijn. Een minder terughoudende opstelling van de rechtbank was dan ook op haar plaats geweest. Nu terug naar de inhoudelijke toets door de rechtbank.

7. *Transparantie*. Het transparantiebeginsel vergt volgens de rechtbank in het kader van de toepassing van SyRI toegankelijke en begrijpelijke informatie, communicatie en eenvoudig taalgebruik, en informatieverstrekking aan betrokkenen over de identiteit van de verwerkingsverantwoordelijke en de doeleinden van de verwerking. Daarnaast moet actief informatie worden verschaft om te zorgen voor een behoorlijke en transparante verwerking van gegevens en moeten natuurlijke personen bewust worden gemaakt van onder andere de risico's en rechten in verband met de verwerking van persoonsgegevens. De SyRI-wetgeving voldoet naar het oordeel van de rechtbank in het licht van artikel 8, tweede lid, EVRM niet aan dit beginsel. Op geen enkele manier voorziet de SyRI-wetgeving in informatie over de objectieve feitelijke gegevens welke gerechtvaardigd tot de conclusie kunnen leiden dat er sprake is van een verhoogd risico op fraude of op de werking van het risicomodel. Daardoor kan niet gecontroleerd worden hoe de 'eenvoudige beslisboom', waarover de Staat spreekt, tot stand komt en uit welke stappen deze bestaat. Dit werkt mogelijk (onbedoelde) discriminerende effecten in de hand, nu controle hierop is uitgesloten.

De vraag rijst of de SyRI-wetgeving wel aan het transparantiebeginsel zou hebben voldaan indien de Staat op zitting wél had gepoogd een beter inzicht te geven in de werking van de risicomodellen en indicatoren. Zou het proces beter voor de Staat zijn afgelopen wanneer zij de rechtbank wel objectief verifieerbare informatie had verschaft om haar in staat te stellen om de zienswijze van de Staat te toetsen? De Staat had er mogelijk zelfs voor kunnen kiezen om conform artikel 22 Burgerlijke Rechtsvordering de gevraagde informatie alleen aan de rechter over te leggen, zonder dat de wederpartij hier inzage in kreeg. Dit om te voorkomen dat burgers hun gedrag kunnen afstemmen op openbaar-gemaakte informatie omtrent SyRI. Wij kunnen ons echter ook goed voorstellen dat de wetgeving, ongeacht het geven van nadere informatie over de werking van de risicomodellen

en indicatoren op zitting, toch in strijd blijft met het transparantiebeginsel. Dit omdat de gevoeligheid van de in SyRI gebruikte materie (persoonsgegevens ter opsporing van fraude) vereist dat zulke waarborgen van transparantie in de SyRI-wetgeving zelf moeten zijn verankerd.

'Transparantie' lijkt vaker het toverwoord als het gaat om geautomatiseerde besluitvorming en AI, en is een aspect dat ook is terug te zien in de rechtspraak van de bestuursrechter. Een burger heeft het recht om te weten hóe een geautomatiseerd overheidsbesluit tot stand is gekomen en moet de uitkomst van het besluit ook kunnen controleren. Kan hij dat niet, dan ontstaat er een ongelijkwaardige procespositie van partijen wanneer belanghebbenden rechtsmiddelen willen aanwenden tegen deze "black box"-besluiten (vgl. ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 14.3 en HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316, r.o. 2.3.3). Het is gelet hierop wellicht dan ook wat ongelukkig dat de voorloper van SyRI werd aangeduid als het 'black box'-project (zie r.o. 3.8 van de uitspraak). Daarbij komt dat algoritmen vaak gebruikmaken van een groot aantal gegevens die mogelijk kunnen zijn ontleend aan diverse andere bronnen. Ook dit maakt het voor een burger, die de behoefte voelt om de gegevens waarop een besluit is gebaseerd te controleren, op zijn minst zeer bewerkelijk om inzage in al deze gegevens te verkrijgen, zo merkt de Afdeling advisering op in haar 'Ongevraagde advies over de effecten van de digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen' van 31 augustus 2018 (*Kamerstukken II 2017/18*, 26643, 557). Bestuursorganen worden door de Afdeling bestuursrechtspraak dan ook geacht om de gebruikte gegevens en aannames volledig en tijdig openbaar te maken op een passende wijze zodat de keuzes, gegevens en aannames voor derden toegankelijk zijn (vgl. de hierboven besproken overwegingen van de rechtbank in de SyRI-uitspraak t.a.v. het actief verstrekken van informatie). Ten aanzien van maatwerkgegevens dienen bestuursorganen dit zelfs uit eigen beweging te doen (ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, *Computerrecht 2018/253*, m.nt. N. Jak & T. Barkhuysen, ro. 23.4). De manier waarop het beginsel van transparantie zijn weg vindt in het bestuursrecht verloopt via de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals zorgvuldigheid en motivering. Die beginselen worden geïnterpreteerd in een digitale context. Wolswinkel werpt in zijn oratie de vraag op of een dergelijke contextuele benadering wel steeds uitkomst kan bieden en of wellicht formulering van andere normen nodig is. (J. Wolswinkel, *Willekeur of algoritme? Laveren tussen analoog en digitaal bestuursrecht* (oratie Tilburg), Tilburg: Tilburg University 2020, p. 32 e.v.)

8. *Doelbindingsbeginsel en het beginsel van dataminalisatie*. Het doelbindingsbeginsel houdt in dat persoonsgegevens alleen voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden mogen worden verzameld. Zij mogen vervolgens niet verder op een met die doeleinden onverenigbare wijze worden verwerkt. Het beginsel van minimale gegevensverwerking vereist dat persoonsgegevens toereikend, ter zake dienend en beperkt zijn tot wat noodzakelijk is voor de doeleinden waarvoor zij worden verwerkt. Anders gezegd: er mogen niet

meer gegevens worden verwerkt dan noodzakelijk is voor het doel van de verwerking. De rechtbank oordeelt dat de doelomschrijving van artikel 64, eerste en tweede lid, Wet SUWI op zichzelf voldoende is bepaald, maar dat de SyRI-wetgeving, mede gelet op de grote hoeveelheid gegevens die op grond van artikel 65 Wet SUWI en het Besluit SUWI in aanmerking komen voor verwerking, toch in strijd is met het doelbindingsbeginsel en het beginsel van dataminimalisering. Er is namelijk, zo overweegt de rechtbank, ondanks de limitatieve opsomming van de categorieën gegevens die op grond van de SyRI-regelgeving mogen worden verwerkt, “nauwelijks een persoonsgegeven te bedenken (...) dat niet in aanmerking komt voor verwerking in SyRI”. De SyRI-wetgeving bevat dus ook ten aanzien van het doelbindingsbeginsel en het beginsel van dataminimalisering onvoldoende waarborgen voor de conclusie dat is voldaan aan artikel 8, tweede lid, EVRM.

9. *Biedt de uitspraak soelaas voor oude gevallen?* De vraag rijst wat deze uitspraak betekent voor mensen van wie bijvoorbeeld een uitkering is ingetrokken of verlaagd nadat een onderzoek is gestart op basis van een SyRI-risicomelding. Zou een verzoek bij het bevoegde bestuursorgaan om herziening van de intrekking of verlaging kans van slagen hebben, nu de SyRI-wetgeving door de rechtbank onverbindend is verklaard? De kans is groot dat het bestuursorgaan zich in dit geval op het standpunt zal stellen dat geen sprake is van nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden. Gewijzigde rechtspraak geldt namelijk in beginsel niet als een zogenoemd novum (CRvB 18 oktober 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3985; ABRvS 25 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2870). Het bestuursorgaan zou aldus het verzoek kunnen afwijzen onder verwijzing naar de eerdere intrekkingbeschikking (art. 4:6, tweede lid, Awb). In dat geval toetst de bestuursrechter aan de hand van de aangevoerde beroepsgronden of het bestuursorgaan zich terecht, zorgvuldig voorbereid en deugdelijk gemotiveerd op het standpunt heeft gesteld dat er geen nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden zijn. Als de bestuursrechter tot het oordeel komt dat het bestuursorgaan zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat er geen nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden zijn, dan kan dat het verzoek om terug te komen van een besluit in beginsel dragen. De bestuursrechter kan aan de hand van wat de rechtzoeke heeft aangevoerd evenwel tot het oordeel komen dat het besluit op het verzoek om terug te komen van een besluit ‘evident onredelijk’ is (ABRvS 23 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3131, JG 2016/65, m.nt. M. Claessens & N. Jak; CRvB 20 december 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4872).

Uit de rechtspraak is nog geen duidelijke lijn te ontdekken in welke omstandigheden sprake is van evidente onredelijkheid. Zie G.J. Stoepker & D.T. van der Leek, ‘Daar lusten de honden geen brood van! Handvatten voor de evident onredelijkheid-toets bij toepassing van artikel 4:6, tweede lid, Awb’, *NTB* 2019/40, die enkele handvatten formuleren. Duidelijk is in ieder geval dat het op voorhand categoriaal afwijzen van verzoeken onaanvaardbaar is. Verder dient het oorspronkelijke besluit onmiskenbaar onjuist te zijn. Het is nog maar de vraag of daar bij de door SyRI geïnitieerde

handhavingsbesluiten sprake van is. Het handhavingsbesluit wordt namelijk inhoudelijk niet gedragen door de SyRI-risicomelding, maar door het bewijs dat is vergaard tijdens het onderzoek dat is gedaan naar aanleiding van de risicomelding. In die zin zal er veelal materieel dan ook een juist besluit zijn genomen. Aan de andere kant was men geen onderzoek gestart als er geen SyRI-risicomelding was geweest. Nu de SyRI-wetgeving onverbindend is verklaard, wringt het toch als de conclusie is dat de bewijsvergaring en het uiteindelijke besluit als rechtmatig moeten blijven worden beschouwd.

Wanneer wordt aangenomen dat sprake is van een onmiskenbare onjuistheid, betekent dat niet dat het bestuursorgaan zonder meer terug moet komen van het eerdere besluit. Zo dient gekeken te worden naar de financiële gevolgen voor de burger (die kunnen op het gebied van de sociale zekerheid aanzienlijk zijn) terwijl aan de andere kant de uitvoeringslasten van het bestuursorgaan waarschijnlijk zeer zijn te overzien (er zijn immers maar een beperkt aantal SyRI-projecten gestart en nader onderzoek heeft niet in alle gevallen tot een beschikking geleid; zie r.o. 3.10 en bijvoorbeeld het rapport ‘Wijkgerichte Aanpak Kwetsbare buurten in Capelle aan den IJssel 2019’). Verder speelt hier dat fundamentele rechten zijn geschonden (art. 8 EVRM) en dat sprake is van een tweepartijengeschil, waardoor er meer ruimte is in het voordeel van de burger te beslissen (vgl. K. Giezeman & N. Jak, ‘Bestuursrechtelijk maatwerk. De wetgever en het bestuur aan zet’, *NJB* 2020/572). Kortom, een absolute voorspelling kan niet worden gegeven, maar het indienen van een verzoek om terug te komen van het eerdere besluit is zeker het proberen waard.

Gelet op de thematiek van het onderhavige tijdschrift, is het op zijn plaats hier kort nog iets op te merken over schadevergoeding. Laten we hier het voorbeeld nemen van de intrekking van een bijstandsuitkering. Wanneer de rechter tot de conclusie komt dat het bestuursorgaan moet terugkomen van het eerdere onherroepelijke (en dus aanvankelijk rechtmatige) intrekkingbesluit, is verdedigbaar dat alsnog sprake is van een onrechtmatig besluit in de zin van artikel 8:88 Awb (zie Rb. Oost-Brabant 21 december 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:6434, *AB* 2019/151, m.nt. G.J. Stoepker, r.o. 10). Nu het hier om een bijstandzaak gaat, is de bestuursrechter bij uitsluiting bevoegd te oordelen over een verzoek tot schadevergoeding (art. 8:89, eerste lid, Awb). De bestuursrechter is dan ook bevoegd te oordelen over een onrechtmatige handeling ter voorbereiding van het onrechtmatige besluit. De onrechtmatige voorbereidingshandeling betreft in dit geval het gebruik van SyRI. In lijn met de SyRI-uitspraak kan betoogd worden dat door middel van het gebruik van SyRI inbreuk is gemaakt op het privéleven van de betrokkene als bedoeld in artikel 8 EVRM. Een dergelijke inbreuk op een fundamenteel recht kan mogelijk worden aangemerkt als een aantasting van de persoon in de zin van artikel 6:106, eerste lid, aanhef en onder b, BW. De benadeelde komt op grond hiervan in aanmerking voor een billijke vergoeding van immateriële schade. Vergelijk de rechtspraak van de CRvB over onrechtmatige huisbezoeken die een inbreuk maken op het huisrecht (CRvB 28 november

2017, ECLI:NL:CRVB:2017:4208). Komt de rechter evenwel tot het oordeel dat het bestuursorgaan niet hoeft terug te komen op de intrekking van de bijstandsuitkering, dan is de bestuursrechter niet bevoegd te oordelen over een verzoek om schadevergoeding. Dan rest de weg naar de burgerlijke rechter om immateriële schadevergoeding te vorderen van in ieder geval de gemeente. Vergelijk Hof Amsterdam 12 januari 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BL0984, eveneens over een onrechtmatig huisbezoek ter controle vanwege een bijstandsuitkering.

10. *Lessen voor de toekomst?* De Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft inmiddels per Kamerbrief (23 april 2020, referentie 2020-0000052759) laten weten niet in hoger beroep te gaan tegen de uitspraak. Daarmee staat de inhoud van de uitspraak vast. Wie echter had gedacht met deze uitspraak een concrete *checklist* van waarborgen als toetsingskader in handen te hebben waaraan (toekomstige) AI-gestuurde toezichtsystemen moeten voldoen, komt misschien bedrogen uit. Het is niet eenvoudig om exacte eisen of randvoorwaarden uit de lijvige uitspraak te destilleren. Bovendien toetst de rechtbank de SyRI-wetgeving alleen specifiek aan artikel 8, tweede lid, EVRM. Hoewel de rechtbank bij haar beoordeling of de SyRI-wetgeving voldoet aan artikel 8 EVRM de algemene beginselen van gegevensbescherming uit de AVG heeft betrokken, komt zij dus niet expliciet toe aan de beoordeling of de SyRI-wetgeving in strijd is met een of meer specifieke bepalingen uit de AVG. Wat we nu wel weten, is dat in het licht van artikel 8, tweede lid, EVRM een AI-systeem in ieder geval moet voldoen aan het transparantiebeginsel, het doelbindingsbeginsel en het beginsel van dataminimalisatie. Daarmee moet al rekening worden gehouden bij de ontwikkeling en het ontwerpen van het AI-systeem (vgl. het beginsel van *privacy by design* uit artikel 25, eerste lid, AVG. Zie ook N. Jak & S.R.P. Bastiaans, 'De betekenis van de AVG voor geautomatiseerde besluitvorming door de overheid: een black box voor een black box?', *NJB* 2018/2102). Toch vermoeden wij dat decentrale overheden bij deze uitspraak gehoopt hadden op meer houvast. Een 'wetgevings-lus', waarin de rechter een concrete opdracht aan de wetgever geeft om specifieke gebreken in de SyRI-wetgeving te repareren waarna de wetgeving wél voldoet aan artikel 8, tweede lid, EVRM, was hier wellicht praktisch geweest (vgl. J. Uzman *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten*, Leiden: Universiteit van Leiden 2013, p. 621 e.v.). Helaas bestaat deze mogelijkheid in het civiele recht (nog) niet.

Vlak voor het afronden van deze annotatie heeft de regering de Wet gegevensverwerking door samenwerkingsverbanden bij de Tweede Kamer ingediend waarmee kort gezegd (een aantal) SyRI-achtige constructies een wettelijke basis krijgen (*Kamerstukken II* 2019/20, 35447, 2). Vanuit de Tweede Kamer klinken al verschillende uitingen van zorg. Een aantal keer is de regering de cruciale vraag gesteld welke lessen zij heeft getrokken uit de hier geannoteerde SyRI-zaak om te voorkomen dat ook deze wet onverbindend wordt verklaard. Zie *Kamerstukken II* 2019/20, 35447, 5 (Verslag II). Het wachten is nu op een reactie van de regering.

Terug naar het 'Amsterdamse intelligentie'-beleid. De gemeente Amsterdam wil zoals gezegd illegaal gebruik van woningen, bijvoorbeeld door fraude met huursubsidie of overmatige vakantieverhuur, tegengaan. Zij wil haar handhavers hierbij assisteren door data-analyse en voorspelmodellen. Op basis van een groot aantal factoren wordt de kans op fraude per adres van tevoren berekend, zodat de kans dat handhavers bij huisbezoeken inderdaad fraude aantreffen en kunnen optreden toeneemt. De parallel met SyRI is snel getrokken. De gemeente Amsterdam zegt bij de inrichting van haar data-analyse en voorspelmodellen goed naar de SyRI-uitspraak te hebben gekeken. Zij stelt onder meer te onderzoeken of in haar eigen algoritmes vooroordelen verborgen zitten. De centrale wetgever gaf in de SyRI-zaak op voorhand ook aan het wetsvoorstel uitdrukkelijk te hebben getoetst aan de eisen van artikel 8 EVRM en inmiddels is bekend hoe dat is afgelopen. Een gewaarschuwd mens (óók een gemeenteambtenaar) telt voor twee. Of het de gemeente Amsterdam lukt om wél voldoende waarborgen in acht te nemen, moet nog blijken. Wij kijken nu al uit naar het moment dat dit systeem door de rechter zal worden getoetst aan de meetlat van het EVRM.

S.R.P. Bastiaans, T. Barkhuysen & N. Jak.