



XENOFOBE MACHINES

DISCRIMINATIE DOOR ONGEREGULEERD GEBRUIK
VAN ALGORITMEN IN HET NEDERLANDSE
TOESLAGENSCHANDAAL

AMNESTY
INTERNATIONAL



Amnesty International is een wereldwijde beweging van 10 miljoen mensen die een beroep doen op de menselijkheid van iedereen en campagne voert voor verandering, zodat we allemaal van onze mensenrechten kunnen genieten. Onze visie is een wereld waarin machthebbers zich aan hun beloftes houden, het internationale recht respecteren en verantwoording afleggen over hun beleid. We zijn onafhankelijk van enige regering, politieke ideologie, economisch belang of religie en worden voor het overgrote deel gefinancierd door lidmaatschappen en donaties. We geloven dat solidariteit met en compassie voor mensen in de hele wereld onze samenlevingen kan verbeteren.



Illustratie omslag: Tosca van der Weerden

© Amnesty International 2021

Tenzij anders vermeld, is de inhoud van dit document in licentie gegeven onder een Creative Commons-licentie (naamsvermelding, niet-commercieel, geen afgeleide producten, internationaal 4.0).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode>

Ga voor meer informatie naar de toestemmingspagina op onze website: www.amnesty.org.

Waar materiaal wordt toegeschreven aan een andere auteursrechthebbende dan Amnesty International is dit materiaal niet onderworpen aan de Creative Commons-licentie.

Voor het eerst gepubliceerd in 2021 door Amnesty International Ltd

Peter Benenson House, 1 Easton Street

London WC1X 0DW, UK

AI INDEXNUMMER: EUR 35/4686/2021

OKTOBER 2021

ORIGINELE TAAL: ENGELS

amnesty.org

**AMNESTY
INTERNATIONAL**



INHOUDSOPGAVE

1	BEGRIPPENLIJST	4
2	SAMENVATTING	5
3	FOCUS EN METHODOLOGIE	9
4	ACHTERGROND	11
5	ONTWERP VAN HET ALGORITMISCH BESLUITVORMINGSSYSTEEM	16
6	DISCRIMINEREND IN OPZET	19
6.1	JURIDISCH KADER VOOR NON-DISCRIMINATIE EN ETNISCH PROFILEREN	19
6.2	JURIDISCHE BEOORDELING VAN HET ALGORITMISCHE BESLUITVORMINGSSYSTEEM	23
7	FALENDE BESCHERMING VAN MENSENRECHTEN	25
7.1	HERHALING LIGT OP DE LOER: EERDERE WAARSCHUWINGEN IN DE WIND GESLAGEN	25
7.2	ONBEHEERSBAAR: BLACK BOX-SYSTEMEN EN ZELFLERENDE ALGORITMEN IN DE PUBLIEKE SECTOR	27
7.3	UIT HET PUBLIEKE OOG GEHOUDEN: EEN GEBREK AAN TRANSPARANTIE	28
7.4	MENSENRECHTEN ALS BIJZAAK: GEEN BEOORDELING VAN HET EFFECT OP DE MENSENRECHTEN	32
7.5	FALEND TOEZICHT: GEEN TOEZICHT OP DE MENSENRECHTEN	33
7.6	DISCRIMINATIE IN ALLE OPENBAARHEID: GEEN VERBOD OP ETNISCH PROFILEREN IN NEDERLAND	36
7.7	KAFKA'S SLOT: GEBREK AAN DAADWERKELIJK RECHTSMIDDELEN EN VERHAALSMOGELIJKHEDEN	38
8.	AANBEVELINGEN	40

1. BEGRIPPENLIJST

ALGORITMISCH SYSTEEM Een systeem dat gebruikmaakt van een reeks wiskundige instructies of regels waarmee een antwoord op een probleem of vraag wordt berekend.

**ALGORITMISCH
BESLUITVORMINGSSYSTEEM** Een algoritmisch systeem dat wordt gebruikt bij (de ondersteuning van) verschillende stappen in besluitvormingsprocessen.

**GEAUTOMATISEERD
BESLUITVORMINGSSYSTEEM** Een algoritmisch besluitvormingssysteem waarbij geen mensen betrokken zijn bij het besluitvormingsproces. Het besluit wordt uitsluitend door het computersysteem genomen.

**SEMI-GEAUTOMATISEERD
BESLUITVORMINGSSYSTEEM** Een algoritmisch besluitvormingssysteem waarbij een mens betrokken is bij het besluitvormingsproces. Vaak worden deze systemen gebruikt om gevallen te selecteren voor menselijke beoordeling of om mensen bij te staan in het besluitvormingsproces door ze informatie te verstrekken en/of resultaten voor te stellen.

BLACK BOX-SYSTEEM Een algoritmisch systeem waarvan de gegevensinvoer en de berekende uitkomst kunnen worden bekeken, maar waarbij de interne werking van het systeem onbekend is voor de gebruiker.

PROXY In computerprogrammering is een proxy een eigenschap die in verband wordt gebracht met iets anders. In algoritmische systemen kan een schijnbaar neutraal kenmerk (zoals iemands postcode) worden gecorreleerd met een beschermd kenmerk (zoals iemands nationaliteit of etnische afkomst).

RISICOCLASSIFICATIEMODEL Een algoritmisch besluitvormingssysteem dat door de Nederlandse Belastingdienst wordt gebruikt om aanvragen voor kinderopvangtoeslag te beoordelen op basis van het risico van onjuistheid.

ZELFLERENDE ALGORITMEN Zelflerende algoritmen geven algoritmische systemen het vermogen om zelfstandig te leren van ervaringen over de loop van tijd, en om veranderingen aan te brengen in de manier waarop de algoritmen werken zonder dat deze veranderingen expliciet door mensen worden geprogrammeerd.

2. SAMENVATTING

Wereldwijd worden algoritmische besluitvormingssystemen steeds vaker ingezet om overheidstaken te automatiseren en om mensen die voldoen aan vooraf bepaalde profielen van vermeende wetsovertreders en criminelen te identificeren, op te sporen en te straffen. Veel van deze systemen zijn ontworpen met een specifieke nadruk op fraudebestrijding. In de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw werd fraude in de sociale zekerheid een prominent thema in het Nederlandse politieke debat. Dit leidde ertoe dat het handhavingsbeleid op het gebied van de sociale zekerheid en de administratieve sancties werden aangescherpt. De regeling inzake kinderopvangtoeslag werd in 2005 ingevoerd. Deze regeling wordt streng gehandhaafd door de Belastingdienst. In 2013 voerde de Belastingdienst een algoritmisch besluitvormingssysteem in voor de opsporing van onjuiste aanvragen en fraude: het “risicoclassificatiemodel”. Dit algoritmische besluitvormingssysteem bevat een zelflerend algoritme dat risicoprofielen van aanvragers van kinderopvangtoeslagen opstelde.

Het risicoclassificatiemodel wordt gebruikt om te toetsen bij wie de vermeende kans groter is dat zij mogelijk onnauwkeurige aanvragen en wijzigingen indienen en potentieel fraude plegen. Als ouders en verzorgers door dit systeem waren geselecteerd, werd hun (voorlopige) toeslag stopgezet en werd er een nader onderzoek ingesteld. De Belastingdienst moest de doeltreffendheid van hun datagestuurde fraudedetectiemethoden, waaronder het algoritmische besluitvormingssysteem, bewijzen door bij vermoedelijke fraudeurs genoeg geld te vorderen om de kosten van deze methoden te dekken. Dit zorgde voor een perverse stimulans om maximale bedragen te vorderen, ongeacht de juistheid van de fraudebeschuldigingen. Ouders en verzorgers werden verzocht aanvullend bewijsmateriaal te verstrekken om aan te tonen dat zij recht hadden op de (reeds ontvangen) toeslagen. Wanneer zij probeerden te achterhalen welke informatie als onjuist of vals werd beschouwd, of welk bewijsmateriaal volgens de Belastingdienst ontbrak, kregen ze nul op het rekest; de Belastingdienst weigerde beslissingen toe te lichten. Het was ook onmogelijk voor ouders en verzorgers, journalisten, politici, toezichhoudende instanties en het maatschappelijk middenveld om zinvolle informatie te krijgen over het bestaan en de werking van het risicoclassificatiemodel.

Het gebruik van het risicoclassificatiemodel is onderdeel van een groter nationaal schandaal waarbij de Belastingdienst tienduizenden ouders en verzorgers valselijk had beschuldigd van fraude met kinderopvangtoeslag. Het toeslagenschandaal kwam in 2018 in de openbaarheid en is tot op de dag van vandaag een voortdurend politiek schandaal in Nederland. Het leidde tot de val van het kabinet in 2021. Het schandaal betreft onbehoorlijk overheidsoptreden, waaronder harde regels en beleidsmaatregelen, strenge wetsinterpretaties, ongerechtvaardigde beschuldigingen van fraude, meedogenloos beleid om uitgekeerde toeslagen terug te vorderen. Ook was er sprake van belemmering van juridische en onderzoeksprocedures, ontoereikende en onjuiste informatie, ondoorzichtigheid van het overheidssysteem om fraude met kinderopvangtoeslagen aan te pakken. Ten slotte faalde de Nederlandse overheid om actie te ondernemen in reactie op mensen die aan de bel trokken.

Ouders en verzorgers die te goeder trouw handelden en per ongeluk kleine administratieve fouten maakten bij aanvragen of wijzigingen van een kinderopvangtoeslag, werden ten onrechte beschuldigd van fraude. Een ontbrekende handtekening op het contract voor kinderopvang of een te late of onvolledige betaling van de verplichte eigen bijdrage hadden verstrekkende gevolgen. Ouders en verzorgers moesten vrijwel direct grote geldsommen in een keer terugbetalen. Dit leidde tot verwoestende financiële problemen voor de gezinnen, variërend van schulden en werkloosheid tot gedwongen huisuitzettingen omdat de mensen hun huur niet konden betalen of geen hypotheekaflossingen meer konden doen. Anderen bleven achter met geestelijke gezondheidsproblemen en stress in hun persoonlijke relaties, wat leidde tot echtscheidingen en gebroken gezinnen.

Het schandaal omvatte ook etnisch profileren door middel van het risicoclassificatiemodel. Dit onderwerp staat centraal in dit rapport. De Belastingdienst gebruikte informatie met betrekking tot de nationaliteit van de aanvrager als een risicofactor in het algoritmische systeem. “Nederlandschap: ja/nee” werd gebruikt als een parameter in het risicoclassificatiemodel om het risico van onjuiste aanvragen te beoordelen en fraude op te sporen. Hierdoor kregen mensen met een niet-Nederlandse nationaliteit een hogere risicoscore. Het gebruik van de nationaliteit in het risicoclassificatiemodel onthult de veronderstelling van de ontwerper, ontwikkelaar en/of gebruiker van het systeem dat mensen van bepaalde nationaliteiten meer geneigd zouden zijn fraude of strafbare feiten te plegen dan mensen van andere nationaliteiten. Het is ook een aanwijzing dat de Belastingdienst meende dat er een verband bestaat tussen etniciteit en criminaliteit, en dat zij aanvaardden dat het gedrag van sommige mensen wordt veralgemeniseerd tot dat van alle anderen die geacht worden dezelfde etniciteit te hebben.

Nationaliteit werd gebruikt als een aanwijzend element om specifieke maatschappelijke groepen uit te lichten, gebaseerd op het idee dat deze groepen bepaalde gemeenschappelijke culturele normen en waarden, tradities en/of achtergronden delen, waardoor zij eerder geneigd zouden zijn tot frauduleus of crimineel gedrag. Het gebruik van nationaliteit als factor bij de risicoscore voor wetshandavingdoeleinden bij het zoeken naar wetsovertreders of potentiële daders of verdachten van strafbare feiten of fraude, zoals het geval was met het risicoclassificatiemodel, komt neer op een verschil in behandeling op grond van etniciteit. Deze behandeling van ouders en verzorgers met een niet-Nederlandse nationaliteit door de Belastingdienst leidde tot etnisch profileren. Bij het gebruik van het risicoclassificatiemodel werden er verschillende lagen van ongelijkheid gecreëerd door discriminatie op grond van etniciteit in combinatie met ander onbehoorlijk overheidsoptreden. Dat trof mensen met een lagere economische status vaker en harder. Deze groep mensen behoorden vaak tot een etnische minderheid. Het toeslagenschandaal moet daarom worden beschouwd als intersectionele discriminatie.

Het risicoclassificatiemodel was een *black box*-systeem dat onder andere bestond uit een zelflerend algoritme. *Black box*-systemen zijn algoritmische systemen waarvan de input en de werking niet zichtbaar zijn voor de gebruikers van het systeem of voor andere partijen. De ambtenaar (als gebruiker van het systeem) wist niet welke informatie leidde tot een hoge risicoscore voor een aanvrager. Het zelflerende algoritme zorgde ervoor dat het risicoclassificatiemodel zelfstandig kon leren van eerder opgedane ervaringen, en veranderingen kon aanbrengen in de manier waarop het werkte, zonder dat deze veranderingen expliciet door programmeurs van de Belastingdienst waren geprogrammeerd. Het gebruik van het *black box*-systeem en het zelflerend algoritme belemmerde de transparantie en uitvoering van de verantwoordingsplicht en is daarom onverenigbaar met de beginselen van behoorlijk bestuur, legaliteit en de rechtsstaat. Het gebruik, de werking en het effect van het risicoclassificatiemodel waren lange tijd verborgen voor het publiek.

Er bestonden ondoorzichtigheid bij de Belastingdienst, beperkte transparantieplichtingen uit internationale gegevensbeschermingswetgeving, maar ook de gebrekkige implementatie van die internationale regels in de Nederlandse wetgeving. Hierdoor kregen ouders en verzorgers bovendien geen zinvolle informatie over de resultaten van het risicoclassificatiemodel in hun individuele geval. Zij waren hierdoor niet in staat zich tegen het systeem te verdedigen. Deze ondoorzichtigheid belemmerde het recht op een doeltreffend rechtsmiddel en vormde een schending van het beginsel van behoorlijk bestuur en van de rechtsstaat.

De Belastingdienst heeft nagelaten om voorafgaand aan het gebruik van het risicoclassificatiemodel de risico's en gevolgen voor de mensenrechten te beoordelen. Daarnaast heeft de Belastingdienst niet de risico's beperkt om discriminatie als gevolg van het gebruik van het risicoclassificatiemodel te voorkomen. Het versnipperde karakter van het toezicht in Nederland, het ontbreken van bindende mechanismen voor het uitoefenen van toezicht en de onderliggende ondoorzichtigheid van de Belastingdienst hebben ertoe geleid dat het mensenrechtentoezicht op het gebruik van het risicoclassificatiemodel door de Belastingdienst heeft gefaald.

Hoewel de Nederlandse regering etnisch profileren openlijk afkeurt, blijft zij het gebruik van etniciteit en andere verboden discriminatiegronden als risicofactor toestaan als basis voor potentiële verdenking en besluitvorming bij de wetshandhaving. Het gebrek aan transparantie en verantwoordingsplicht van de Belastingdienst dreef de slachtoffers van het toeslagenschandaal in een draaikolk van bureaucratische en ondoorzichtige juridische procedures, zonder dat de ouders en verzorgers die met het risicoclassificatiemodel werden gediscrimineerd over doeltreffende rechtsmiddelen beschikten. In januari 2021 heeft het kabinet aangekondigd een vast bedrag aan schadevergoeding voor slachtoffers vrij te maken. De voorgestelde tegemoetkoming houdt geen rekening met individuele gevallen en sluit tegemoetkoming uit voor de discriminatie die slachtoffers hebben ondervonden als gevolg van het gebruik van het algoritmische besluitvormingssysteem.

Amnesty International roept de Nederlandse regering op om:

- Een tegemoetkoming te bieden aan de ouders en verzorgers die mede op grond van hun niet-Nederlandse nationaliteit zijn geselecteerd door het risicoclassificatiemodel vanwege discriminatie op grond van nationaliteit, etniciteit, maatschappelijke afkomst en etnisch profileren.
- Af te zien van het gebruik van black box-systemen in risicovolle situaties, zoals bij de opsporing van fraude in de sociale zekerheid.
- De inzet van zelflerende algoritmen te verbieden tijdens de gebruiksfase van algoritmische besluitvormingssystemen in de publieke sector als het gaat om a) besluitvorming met rechtsgevolgen, b) besluitvorming en handelingen die de rechten en vrijheden van individuen aantasten, en c) besluitvorming en handelingen die een grote impact hebben op de samenleving.
- Een zo groot mogelijke transparantie te bieden met betrekking tot het gebruik van algoritmische besluitvormingssystemen in de publieke sector door het creëren van een openbaar register dat gedetailleerde en uitgebreide informatie bevat over het gebruik van algoritmische besluitvormingssystemen in de publieke sector.

- Volledig transparant te zijn over algoritmische besluitvormingssystemen en de betrokken mensen zinvolle informatie te verstrekken over de onderliggende logica, het belang en de verwachte gevolgen van beslissingen, zelfs indien de besluitvorming niet volledig geautomatiseerd is, en ongeacht de mate van menselijke betrokkenheid bij het besluitvormingsproces.
- Een verplichte en bindende mensenrechtentoets in te voeren bij het gebruik van algoritmische besluitvormingssystemen in de publieke sector, ook wanneer deze systemen worden gebruikt door wetshandhavinginstanties. De mensenrechtentoets moet worden uitgevoerd tijdens de ontwerp-, ontwikkelings-, gebruiks- en evaluatiefase van algoritmische besluitvormingssystemen.
- Een duidelijk, ondubbelzinnig en juridisch bindend verbod in te stellen op het gebruik van gegevens betreffende nationaliteit en etniciteit, of proxy's daarvan, in risicoprofilering voor wetshandavingdoeleinden bij het opsporen van potentiële wetsovertreders of mogelijke verdachten van strafbare feiten of fraude.
- Alomvattende en onafhankelijke mechanismen op te zetten voor mensenrechtentoezicht op het gebruik van algoritmische besluitvormingssystemen, waarbij toezicht wordt gehouden op de naleving van zowel burger- en politieke rechten als sociale en economische rechten, zodat de verantwoordingsmechanismen worden versterkt en de mensenrechten beter beschermd.

3. FOCUS EN METHODOLOGIE

De situatie in Nederland die bekend staat als de “toeslagenaffaire” of het “toeslagenschandaal” verwijst naar een verzameling aan schadelijk beleid en praktijken van de Nederlandse Belastingdienst en de daaropvolgende uitblijvende of gebrekkige reacties van andere takken van de Nederlandse overheid om de schade aan te pakken en te beperken (zie hoofdstuk 4). Het schandaal betreft onbehoorlijk overheidsoptreden, waaronder harde regels en beleidsmaatregelen, strenge wetsinterpretaties, ongerechtvaardigde beschuldigingen van fraude, meedogenloos beleid om uitgekeerde toeslagen terug te vorderen. Ook was sprake van belemmering van juridische en onderzoeksprocedures, ontoereikende en onjuiste informatie, ondoorzichtigheid van het overheidssysteem om fraude met kinderopvangtoeslagen aan te pakken. Ten slotte faalde de Nederlandse overheid om actie te ondernemen in reactie op mensen die aan de bel trokken, waaronder burgers, klokkenluiders, advocaten, politici, journalisten en de Nationale Ombudsman.¹

Eerdere onderzoeken en rapporten van verschillende instellingen brachten een aantal belangrijke feiten van het onbehoorlijk overheidsoptreden aan het licht. De volledige omvang van de mensenrechtengevolgen van het schandaal moet nog aan het licht komen. Dit rapport van Amnesty International pretendeert niet een alomvattend overzicht te geven van al deze gevolgen, en evenmin beweert het dat alle schade in verband met het toeslagenschandaal (rechtstreeks) verband houdt met de discriminerende praktijken en het discriminerende beleid dat hier wordt beschreven. Dit rapport belicht slechts een klein maar belangrijk en onderbelicht aspect van het toeslagenschandaal: het risicoclassificatiemodel, een algoritmisch besluitvormingssysteem dat wordt gebruikt bij het toezicht op kinderopvangtoeslagaanvragen en de opsporing van fraude.

Om te analyseren hoe het algoritme van de kinderopvangtoeslag werkte, maakte Amnesty International gebruik van meerdere overheidsbronnen en bronnen van onafhankelijke toezichthoudende instanties: ten eerste, het rapport *Belastingdienst/Toeslagen: De verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag* van de Autoriteit Persoonsgegevens, dat onderzoek heeft gedaan naar een deel van de gegevensverwerking die heeft plaatsgevonden in het kader van de opsporing van fraude met kinderopvangtoeslag door de Belastingdienst;² ten tweede de parlementaire en ministeriële documenten die in de nasleep van het schandaal zijn vrijgegeven;³ en ten derde de verslagen van de parlementaire debatten met betrekking tot het stelsel van kinderopvangtoeslag.

¹ Tweede Kamer der Staten-Generaal, Verslag - *Parlementaire Ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag: Ongekend Onrecht*, 17 december 2020, blz. 1, [tweedekamer.nl/sites/default/files/atoms/files/20201217_eindverslag_parlementaire_ondervragingscommissie_kinderopvangtoeslag.pdf](https://www.tweedekamer.nl/sites/default/files/atoms/files/20201217_eindverslag_parlementaire_ondervragingscommissie_kinderopvangtoeslag.pdf); Minister-President, Minister van Algemene Zaken, Kabinetsreactie rapport “Ongekend Onrecht”, 15 januari 2021, rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2021/01/15/kamerbrief-met-reactie-kabinet-op-rapport-ongekend-onrecht; Autoriteit Persoonsgegevens, *Belastingdienst/Toeslagen: De verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag*, 16 juli 2020, blz. 14, autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/onderzoek_belastingdienst_kinderopvangtoeslag.pdf.

² Autoriteit Persoonsgegevens, 16 juli 2020.

³ De bronnen worden aangegeven in de voetnoten van de hoofdstuktekst.

De beschrijving van de schade veroorzaakt door het toelagenschandaal is gebaseerd op *Ongekend Onrecht*, het rapport van de parlementaire ondervragingscommissie die het schandaal heeft onderzocht, en de berichtgeving in de media.⁴ Amnesty International heeft ook de Nederlandse demissionaire⁵ minister-president aangeschreven met het verzoek te reageren op onze bevindingen.⁶ De brief bevatte een beschrijving van het toelagenschandaal, de omschrijving van het algoritmisch besluitvormingssysteem, het toepasselijk juridisch kader, en de mensenrechtenanalyse van het systeem door Amnesty International, alsmede de overige bevindingen. De Nederlandse regering heeft op 27 augustus 2021 een reactie op deze brief gegeven.⁷ Amnesty International heeft waar nodig in dit rapport de reactie van de Nederlandse regering weergegeven. Amnesty International stuurde de demissionaire minister-president een tweede brief met conclusies die waren gewijzigd op basis van informatie die Amnesty International in het eerste antwoord had ontvangen. De Nederlandse regering heeft op 15 en 27 september 2021 op deze tweede brief geantwoord.⁸ Waar nodig heeft Amnesty International ook deze reacties in dit rapport verwerkt.

4 Tweede Kamer der Staten-Generaal, 17 december 2020.

5 Een demissionair kabinet (of demissionair minister-president) fungeert als waarnemende regering om lopende zaken af te handelen in de periode na de val van een kabinet of na de vierjarige verkiezingen, en vóór het aantreden van een nieuwe kabinet.

6 Een afschrift van deze brief is gestuurd naar de demissionair Minister van Financiën en de demissionair staatssecretaris van Financiën die verantwoordelijk is voor toelagen.

7 Een afschrift van deze brief is gearchiveerd door Amnesty International Nederland.

8 Een afschrift van deze brief is gearchiveerd door Amnesty International Nederland.

4. ACHTERGROND

Dit hoofdstuk beschrijft de sociale en politieke achtergrond bij de opsporing van fraude met sociale zekerheden in Nederland en de invoering van het risicoclassificatiemodel door de Belastingdienst. Ook wordt ingegaan op de gevolgen van selectie door het risicoclassificatiemodel, en die van het (ten onrechte) bestempeld worden als fraudeur, en van het beschuldigd worden van het opzettelijk plegen van fraude.

Overal ter wereld worden systemen voor sociale zekerheid steeds meer gestuurd door digitale gegevens en technologieën. Dit gebeurt veelal ter automatisering, voorspelling, identificering, opsporing en bestraffing van mensen die voldoen aan vooraf bepaalde profielen.⁹ Veel van deze digitale systemen zijn specifiek ontworpen om fraude aan te pakken. Fraude wordt vaak gepresenteerd als een groot probleem dat sociale en economische schade veroorzaakt.¹⁰ De automatiseringsprocessen van de overheden zijn meer en meer gericht op het controleren van mensen dan op het helpen.¹¹ In de jaren tachtig en negentig was er in Nederland steeds meer aandacht voor misbruik en fraude in het sociale zekerheidsstelsel en de vermeende schadelijke gevolgen daarvan.¹² Dit discours kwam ook tot uiting in publieke en politieke debatten.¹³ Als gevolg van dit algemene sentiment is het handhavingsbeleid op het gebied van sociale zekerheid in Nederland in de loop der jaren steeds verder aangescherpt en is het stelsel van administratieve sancties en maatregelen herzien.¹⁴ De regeling inzake kinderopvangtoeslag werd ingevoerd in 2005.¹⁵ De Belastingdienst handhaaft deze regeling en voert daarbij een harde praktijk en beleid uit.

9 Speciaal Rapporteur van de Verenigde Naties voor extreme armoede en mensenrechten, 11 oktober 2019, A/74/48037.

10 Zie bv. *De Correspondent*, "Hoe fraude het nieuwe terrorisme werd", 30 april 2015, decorrespondent.nl/2536/hoefraude-het-nieuwe-terrorisme-werd/736027228552-a06124e4; Trouw, "Oud-ombudsman Alex Brenninkmeijer ziet in de toeslagenaffaire geen bedrijfsongeluk maar een falend systeem", 31 december 2020, trouw.nl/politiek/oud-ombudsman-alex-brenninkmeijer-ziet-in-de-toeslagenaffaire-geen-bedrijfsongeluk-maar-een-falend-systeem.

Zo stelde de toenmalige Nationale Ombudsman in 2013 dat er in Nederland minder wordt gefraudeerd met sociale zekerheidsuitkeringen dan door de overheid wordt beweerd, waarbij er verwezen werd naar AOW-fraude die slechts 0,0001% omvat van het totale bedrag aan AOW-uitkeringen. Zie ook Het Parool, "Ombudsman: beeld omvang fraude is verkeerd", 11 december 2013, parool.nl/nieuws/ombudsman-beeld-omvang-fraude-is-verkeerd-b5678e0a.

11 Speciaal Rapporteur van de Verenigde Naties voor extreme armoede en mensenrechten, 11 oktober 2019, A/74/48037, par. 32.

12 Goudswaard c.s., "Handhaving in de sociale zekerheid", in Michiels and Muller (red.), *Handhaving: Bestuurlijk handhaven in Nederland*, 2014, blz. 565-581, scholarlypublications.universiteitleiden.nl/access/item%3A2915577/view.

13 Zie bv. Trouw, "Wantrouwen en willekeur: over de vlijmscherpe randen van de fraudewet", 2 februari 2021, trouw.nl/verdieping/wantrouwen-en-willekeur-over-de-vlijmscherpe-randen-van-de-fraudewet-b5730f4b/; *De Groene Amsterdammer*, "Wantrouwen als leidraad: Een labyrint van protocollen", 8 januari 2020, groene.nl/artikel/een-labyrint-van-protocollen.

14 Goudswaard c.s., "Handhaving in de sociale zekerheid", in Michiels and Muller (red.), *Handhaving: Bestuurlijk handhaven in Nederland*, 2014, blz. 565-581, scholarlypublications.universiteitleiden.nl/access/item%3A2915577/view.

15 Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen, 23 juni 2005.

Ouders en verzorgers dragen de kosten van kinderopvang voor hun kinderen. Afhankelijk van het inkomen van de ouder of verzorger, vergoedt de Nederlandse regering gedeeltelijk deze kosten. Elke ouder of verzorger die rechtmatig in Nederland verblijft en werkt of studeert, komt in aanmerking voor kinderopvangtoeslag als het kind naar een geregistreerd kinderdagverblijf gaat.¹⁶ De verdeling van de kosten tussen de overheid en de ouder of verzorger hangt af van verschillende factoren, waaronder het totale gezinsinkomen.¹⁷ Zo kunnen bijvoorbeeld ouders of verzorgers in een huishouden met een laag inkomen tot 96% van hun kinderopvangkosten vergoed krijgen via het kinderopvangtoeslagsysteem.¹⁸ Gezinnen met een hoog inkomen krijgen 33,3% van de kosten voor kinderopvang vergoed.¹⁹ De toeslagen worden vooraf betaald; het definitieve bedrag waarop de ouder of verzorger recht heeft, wordt achteraf berekend, waardoor een eventueel overschot moet worden terugbetaald.²⁰

Uit vrees dat mensen met kwade bedoelingen het socialezekerheidsstelsel zouden bespelen, heeft de Nederlandse regering vanaf 2011 een steeds strenger en sterk geautomatiseerd handhavingbeleid ingevoerd om fraude te bestrijden. Daarbij werd weinig of geen ruimte gelaten om maatregelen aan te passen aan de individuele situatie van ouders en verzorgers.²¹ Wat volgde was een “tough on crime”-aanpak die bijzonder hard was voor ouders en verzorgers - zelfs in gevallen waarin zij niets verkeerd hadden gedaan, slechts kleine fouten hadden gemaakt, of slechts een administratieve nalatigheid hadden begaan.

Daarnaast heeft de Belastingdienst in 2013 een algoritmisch besluitvormingssysteem ingevoerd voor de opsporing van onjuistheden en fraude bij aanvragen en wijzigingen van kinderopvangtoeslagen. Dit systeem, dat bekend staat als het risicoclassificatiemodel, bevat zelflerende elementen die het mogelijk maken om risicoprofielen op te stellen van aanvragers van kinderopvangtoeslagen die mogelijk meer kans hebben om onjuiste en valse informatie in te dienen en potentieel fraude te plegen.²² Ouders en verzorgers die door het risicoclassificatiemodel waren geselecteerd omdat zij een hoge risicoscore hadden, werden vervolgens door ambtenaren onderzocht. Het onmiddellijke gevolg van de selectie door het risicoclassificatiemodel was onder andere opschorting van het uitkeren van voorschotten.²³ In hoofdstuk 5 wordt in detail beschreven hoe dit systeem werkt en welke rol de nationaliteit van de ouder of verzorger in dit verband heeft gespeeld.

De Belastingdienst moest de doeltreffendheid van hun datagestuurde fraudedetectiemethoden, waaronder het nieuwe risicoclassificatiemodel, bewijzen door bij vermoedelijke fraudeurs genoeg geld te vorderen om

16 Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen, 23 juni 2005, artikel 9 tweede lid jo. Vreemdelingenwet, artikel 11. Wet kinderopvang, artikel 1.1. Zie ook de informatie over kinderopvangtoeslag op de website van de Rijksoverheid: rijksoverheid.nl/onderwerpen/kinderopvangtoeslag.

17 Wet kinderopvang, artikel 1.7. Besluit kinderopvangtoeslag, artikelen 3 t/m 8.

18 Besluit kinderopvangtoeslag, artikel 6, bijlage I.

19 Besluit kinderopvangtoeslag, artikel 6, bijlage I.

20 Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen, artikel 16.

21 Tweede Kamer der Staten-Generaal, Verslag - Parlementaire Ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag: Ongekend Onrecht, 17 december 2020, blz. 7 en 14, [tweedekamer.nl/sites/default/files/atoms/files/20201217_eindverslag_parlementaire_ondervragingscommissie_kinderopvangtoeslag.pdf](https://www.tweedekamer.nl/sites/default/files/atoms/files/20201217_eindverslag_parlementaire_ondervragingscommissie_kinderopvangtoeslag.pdf). Dit is een rapport over het onderzoek van de parlementaire ondervragingscommissie kinderopvangtoeslag, die door het Nederlandse parlement was ingesteld en tot taak had de problemen rond het fraudebeleid van de overheid met betrekking tot kinderopvangtoeslag te onderzoeken.

22 Autoriteit Persoonsgegevens, Belastingdienst/Toeslagen: De verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag, 16 juli 2020, blz. 14, autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/onderzoek_belastingdienst_kinderopvangtoeslag.pdf.

23 Autoriteit Persoonsgegevens, 16 juli 2020, blz. 16.

de kosten van de nieuwe methodes te dekken.²⁴ Dit zorgde voor een perverse stimulans om zoveel mogelijk geld bij ouders en verzorgers te vorderen, ongeacht de juistheid van de beschuldigingen van fraude.²⁵ Een ander gevolg van een hoge risicoscore in het risicoclassificatiemodel kon zijn dat ouders en verzorgers door ambtenaren werden verzocht extra bewijsmateriaal te verstrekken om aan te tonen dat zij recht hadden op toeslagen. Echter, wanneer ouders en verzorgers probeerden te achterhalen welke informatie als onjuist of vals werd beschouwd, of welk bewijsmateriaal werd geacht te ontbreken, liepen zij tegen dichte deuren aan; de Belastingdienst weigerde consequent beslissingen toe te lichten.²⁶ Ouders en verzorgers hadden jarenlang geen schijn van kans om hun onschuld te bewijzen.²⁷ Het was ook onmogelijk voor ouders en verzorgers, journalisten, politici, toezichthoudende instanties en het maatschappelijke middenveld om zinvolle informatie te krijgen over het bestaan en de werking van het risicoclassificatiemodel.²⁸

Ambtenaren die handmatig de door het risicoclassificatiemodel geselecteerde “hoogrisico-aanvragen” controleerden, konden, ongeacht de ernst van de eventuele fouten, de ouder of verzorger als fraudeur aanmerken.²⁹ Dit stempel had verstrekende gevolgen. Ouders en verzorgers werden bijvoorbeeld gedwongen de kinderopvangtoeslag die zij hadden ontvangen geheel of gedeeltelijk terug te betalen, waarbij het al snel om tienduizenden euro’s ging.³⁰ Bovendien was een ontbrekende handtekening op het contract voor kinderopvang of een te late of onvolledige betaling van de verplichte eigen bijdrage genoeg reden voor de Belastingdienst om alle eerder uitgekeerde toeslagen terug te vorderen en alle toekomstige toeslagen stop te zetten.³¹

Ouders en verzorgers met lagere inkomens moesten vaak grotere bedragen terugbetalen, simpelweg omdat zij door hun financiële situatie een hoger bedrag aan toeslagen hadden ontvangen. Erger nog, ouders en verzorgers die als fraudeur werden bestempeld en bovendien meer dan 10.000 euro per jaar aan toeslagen hadden ontvangen³² of in totaal meer dan 3.000 euro moesten terugbetalen,³³ kregen standaard ook het label “opzet & grove schuld (OGS)”, zonder enige controle. De toekenning van de extra stempel “opzet & grove schuld” betekende dat ouders en verzorgers niet langer in aanmerking kwamen voor een betalingsregeling om de toeslagen die werden teruggevorderd in termijnen terug te betalen.³⁴ De Belastingdienst schoor iedereen over een kam en de drempel van 3000 euro was uitsluitend gebruikt om achterstanden weg te werken en in een klap te kunnen besluiten over duizenden aanvragen van ouders en verzorgers om in aanmerking te komen voor betalingsregelingen.³⁵

24 Tweede Kamer der Staten-Generaal, 17 december 2020, blz. 16.

25 *Trouw*, “De Belastingdienst bepaalde vooraf hoeveel fraudebestrijding moest opleveren”, 27 maart 2020, trouw.nl/nieuws/de-belastingdienst-bepaalde-vooraf-hoeveel-fraudebestrijding-moest-opleveren.
The Economist, “A benefits scandal sinks the Dutch government”, 21 januari 2021, economist.com/europe/2021/01/23/a-benefits-scandal-sinks-the-dutch-government.

26 Zie bijvoorbeeld: Nationale Ombudsman, *Geen powerplay maar fair play: onevenredig harde aanpak van 232 gezinnen met kinderopvangtoeslag*, 9 augustus 2017, blz. 4, nationaleombudsman.nl/system/files/onderzoek/Rapport%202017-095%20Geen%20powerplay%20maar%20fair%20play_0.pdf. Tweede Kamer der Staten-Generaal, 17 december 2020, blz. 60.

27 Tweede Kamer der Staten-Generaal, 17 december 2020, blz. 8.

28 Zie paragrafen 7.3 en 7.5 over de ondoorzichtigheid van het algoritme en het falende toezicht.
Tweede Kamer der Staten-Generaal, 17 december 2020, blz. 8.

29 Autoriteit Persoonsgegevens, 16 juli 2020, blz. 16. Tweede Kamer der Staten-Generaal, 17 december 2020, blz. 7.

30 Zie bijvoorbeeld: Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State (ABRvS), ECLI:NL:RVS:2017:589, 8 maart 2017, par. 4.2 uitspraken. rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RVS:2017:589.
Trouw, “Wie wist wat in de toeslagenaffaire? De kluwen van hoofdrolspelers ontward”, 14 november 2020, trouw.nl/politiek/wie-wist-wat-in-de-toeslagenaffaire-de-kluwen-van-hoofdrolspelers-ontward.

31 Adviescommissie uitvoering toeslagen, *Omzien in verwondering: Interim-advies*, 14 november 2019, blz. 28-29, tweedekamer.nl/kamerstukken/amendementen/detail?id=2019Z22146&did=2019D46007.
Tweede Kamer der Staten-Generaal, 17 december 2020, blz. 109. Zie ook Autoriteit Persoonsgegevens, 16 juli 2020, blz. 16.

32 Dit bedrag is makkelijk verklaarbaar: de toegekende toeslagen dekten de kosten van 32 uur kinderopvang voor meerdere kinderen per week.

33 Tweede Kamer der Staten-Generaal, 17 december 2020, blz. 26.

34 Adviescommissie uitvoering toeslagen, *Omzien in verwondering 2: Eindadvies Adviescommissie Uitvoering Toeslagen*, 12 maart 2020, blz. 48, rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/03/12/omzien-in-verwondering-eindadvies-adviescommissie-uitvoering-toeslagen.

35 Tweede Kamer der Staten-Generaal, 17 december 2020, blz. 26.

Gezinnen raakten verstrikt in frustrerende en ondoorzichtige procedures die jaren doorslepen, waarbij sommigen door de overheid tot armoede en faillissement zijn gedreven.³⁶ Deze praktijken hebben geleid tot verwoestende financiële problemen voor de gezinnen, variërend van hogere schulden en werkloosheid tot gedwongen huisuitzettingen wanneer mensen hun huur niet meer konden betalen of geen aflossingen meer op hun hypotheek konden doen.³⁷ Anderen bleven achter met geestelijke gezondheidsproblemen en stress op hun persoonlijke relaties, wat leidde tot echtscheidingen en gebroken gezinnen.³⁸

In 2016 en 2017 waarschuwden vier verschillende adviesraden van de overheid dat de manier waarop het toeslagenstelsel was ontworpen ertoe zou kunnen leiden dat mensen in een korte periode in ernstige financiële problemen zouden kunnen komen, en dat deze problemen zouden leiden tot stress, ziekte en andere problemen.³⁹ Het duurde echter jaren voordat de omvang en de ernst van het schandaal werden erkend door hen die hiervoor juridisch en politiek verantwoordelijk waren. Uit parlementaire documenten⁴⁰ en berichtgeving in de media⁴¹ is het duidelijk geworden dat tienduizenden⁴² ouders, verzorgers en kinderen⁴³ door het schandaal zijn getroffen.⁴⁴ Met name mensen uit gezinnen met een laag inkomen of een niet-Nederlandse nationaliteit zijn onevenredig zwaar getroffen.⁴⁵

- 36 *De Correspondent*, "Tienduizenden gedupeerden, maar geen daders: zo ontstond de tragedie achter de toeslagenaffaire", 13 november 2020, decorrespondent.nl/10628/tienduizenden-gedupeerden-maar-geen-daders-zo-ontstond-de-tragedie-achter-de-toeslagenaffaire.
- 37 *Trouw*, "Gedupeerden van de toeslagenaffaire werden gesloopt door de fiscus: 'Ik wil de overheid de kans geven het goed te maken'", 16 december 2020, trouw.nl/leven/gedupeerden-van-de-toeslagenaffaire-werden-gesloopt-door-de-fiscus-ik-wil-de-overheid-de-kans-geven-het-goed-te-maken-b4dfc6c4/.
Trouw, "Gedupeerde ouders krijgen hun leven nooit terug, vrezende ze: 'Koop ik vandaag eten of betaal ik de huur?'" , 24 april 2021, trouw.nl/economie/gedupeerde-ouders-krijgen-hun-leven-nooit-terug-vrezende-ze-koop-ik-vandaag-eten-of-betaal-ik-de-huur-bdeb0e6e/.
NPO Radio 1, "Toeslagenaffaire heeft ook enorme impact op kinderen: stress en vertrouwen kwijt", 9 november 2020, nporadio1.nl/nieuws/binnenland/46b6c840-14c3-4219-86f6-06bb4dbd547a/toeslagenaffaire-heeft-ook-enorme-impact-op-kinderen-stress-en-vertrouwen-kwijt-en.
- 38 *Trouw*, "Sibel werd ziek van de Toeslagenaffaire en kan en wil er niets meer over horen", 27 november 2020, trouw.nl/binnenland/sibel-werd-ziek-van-de-toeslagenaffaire-en-kan-en-wil-er-niets-meer-over-horen-b0b63a37/.
- 39 Algemene Rekenkamer, *Aanpak problematische schulden*, 30 juni 2016, rekenkamer.nl/publicaties/rapporten/2016/06/30/aanpak-problematische-schulden.
Nationale Ombudsman, *Burgerperspectief op schuldhulpverlening*, 11 mei 2016, nationaleombudsman.nl/nieuws/onderzoeken/2016050-burgerperspectief-op-schuldhulpverlening.
Raad voor Volksgezondheid en Samenleving, *Eenvoud loont. Oplossingen om schulden te voorkomen*, 26 juni 2017, raadrvs.nl/documenten/publicaties/2017/06/26/eenvoud-loont.
Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Eigen schuld? Een gedragswetenschappelijk perspectief op problematische schulden*, 30 juni 2016, wrr.nl/publicaties/verkenningen/2016/06/30/eigen-schuld-een-gedragswetenschappelijk-perspectief-op-problematische-schulden.
- 40 Tweede Kamer der Staten-Generaal, Vaste commissie voor Financiën, "Hersteloperatie kinderopvangtoeslagen", 1 juli 2021, tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/uitgelicht/hersteloperatie-kinderopvangtoeslagen.
- 41 Zie bijvoorbeeld: *NRC*, *Snelle compensatie heeft hersteloperatie Toeslagenaffaire vertraagd*, 2 mei 2021, nrc.nl/nieuws/2021/05/02/snelle-compensatie-heeft-hersteloperatie-vertraagd-a4042085.
- 42 Het is onbekend precies hoeveel ouders en verzorgers hierdoor getroffen zijn. Ondertussen hebben 42.000 ouders en verzorgers zich gemeld als slachtoffer van het kinderopvangtoeslagensysteem. 19.000 daarvan hebben al een tegemoetkoming ontvangen van 30.000 euro, of zelfs meer als zij nog meer financiële schade hadden geleden. Rijksoverheid, "Kabinet geeft richting aan voor herstelregeling", 22 juni 2021, rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2021/06/22/kabinet-geeft-richting-aan-voor-herstelregeling.
- 43 In juni 2021 hadden zo'n 70.000 kinderen al compensatie ontvangen van de rijksoverheid, zie ook: NOS, "70.000 gedupeerde kinderen toeslagenaffaire krijgen tegemoetkoming", 22 juni 2021, nos.nl/artikel/2386210-70-000-gedupeerde-kinderen-toeslagenaffaire-krijgen-tegemoetkoming.
- 44 *De Correspondent*, "Tienduizenden gedupeerden, maar geen daders: zo ontstond de tragedie achter de toeslagenaffaire", 13 november 2020, decorrespondent.nl/10628/tienduizenden-gedupeerden-maar-geen-daders-zo-ontstond-de-tragedie-achter-de-toeslagenaffaire.
- 45 Secretariaat Ministerraad, Ministerie van Algemene Zaken, *Notulen ministerraad*, 26 april 2021, blz. 7, static.nrc.nl/2021/notulen/notulen.pdf.
Caribisch Netwerk, "Veel Caribische Nederlanders slachtoffer toeslagenaffaire", 1 februari 2021, caribischnetwerk.nl/2021/02/01/veel-caribische-nederlanders-slachtoffer-toeslagenaffaire/;
The Guardian, "Dutch government resigns over childcare benefits scandal", 15 januari 2021, theguardian.com/world/2021/jan/15/dutch-government-resigns-over-child-benefits-scandal.

Jaren later, lang nadat de schade was aangericht, werd in juli 2020 door het Nederlandse parlement een parlementaire ondervragingscommissie benoemd. De commissie had tot taak het overheidsbeleid inzake fraude met kinderopvangtoeslag te onderzoeken. In december 2020 concludeerde de parlementaire ondervragingscommissie dat het onrecht dat de slachtoffers van dit beleid is aangedaan ongekend is.⁴⁶ Een reeks parlementaire debatten over het schandaal leidde in januari 2021 tot de val van de Nederlandse regering en het aftreden van de voltallige ministerraad van Nederland.⁴⁷ In de nasleep van het rapport van de parlementaire ondervragingscommissie heeft het kabinet toegegeven dat ouders en verzorgers met een niet-Nederlandse nationaliteit en/of een dubbele nationaliteit een grotere kans hadden om door de Belastingdienst te worden onderzocht.⁴⁸

In reactie op het rapport van de parlementaire ondervragingscommissie heeft de Nederlandse staatssecretaris van Financiën aangekondigd dat alle ouders en verzorgers die ten onrechte van fraude werden beschuldigd, een financiële compensatie van ten minste 30.000 euro zullen ontvangen.⁴⁹ De uitvoering van deze herstelmaatregel wordt echter gehinderd door tal van problemen.⁵⁰ Het wordt gedwarsboomd door een gebrek aan samenwerking tussen de betrokken autoriteiten, vertraagd door steeds veranderende politieke eisen in verband met de uitvoering van de herstelmaatregelen, en als bijna onwerkbaar beschouwd vanwege de complexiteit van de procedure.⁵¹ Sommige ouders en verzorgers zullen jaren moeten wachten voordat zij gecompenseerd worden.⁵²

46 Tweede Kamer der Staten-Generaal, 17 december 2020, blz. 7.

47 *The New York Times*, "Government in Netherlands resigns after benefits scandal", 15 januari 2021, [nytimes.com/2021/01/15/world/europe/dutch-government-resignation-rutte-netherlands.html](https://www.nytimes.com/2021/01/15/world/europe/dutch-government-resignation-rutte-netherlands.html).

48 Minister-President, Minister van Algemene Zaken, Kabinetsreactie rapport "Ongekend Onrecht", 15 januari 2021, rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2021/01/15/kamerbrief-met-reactie-kabinet-op-rapport-ongekend-onrecht.

49 *Volkskrant*, "Alle gedupeerde ouders in toeslagenaffaire krijgen 30 duizend euro compensatie", 22 december 2020, [volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/alle-gedupeerde-ouders-in-toeslagenaffaire-kinderopvang-krijgen-30-duizend-euro-compensatie](https://www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/alle-gedupeerde-ouders-in-toeslagenaffaire-kinderopvang-krijgen-30-duizend-euro-compensatie).

50 NRC, "Compensatie gedupeerde ouders dreigt vast te lopen in onuitvoerbaarheid", 6 juli 2021, [nrc.nl/nieuws/2021/07/06/compensatie-gedupeerde-ouders-dreigt-vast-te-lopen-in-onuitvoerbaarheid](https://www.nrc.nl/nieuws/2021/07/06/compensatie-gedupeerde-ouders-dreigt-vast-te-lopen-in-onuitvoerbaarheid).
Staatssecretaris van Financiën, "Aanbieding doorlichting UHT en ongevraagd advies van de BAK", 29 juni 2021, rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2021/06/29/aanbieding-doorlichting-uht-en-ongevraagd-advies-van-de-bak.
Andersson Elffers Felix, *Doorlichting Uitvoering Hersteloperatie Toeslagen: Periode februari-juni 2021*, 28 juni 2021, rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2021/06/28/eindrapport-doorlichting-hersteloperatie-toeslagen-uht.

51 NRC, "Compensatie gedupeerde ouders dreigt vast te lopen in onuitvoerbaarheid", 6 juli 2021, [nrc.nl/nieuws/2021/07/06/compensatie-gedupeerde-ouders-dreigt-vast-te-lopen-in-onuitvoerbaarheid](https://www.nrc.nl/nieuws/2021/07/06/compensatie-gedupeerde-ouders-dreigt-vast-te-lopen-in-onuitvoerbaarheid).
Staatssecretaris van Financiën, "Aanbieding doorlichting UHT en ongevraagd advies van de BAK", 29 juni 2021, rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2021/06/29/aanbieding-doorlichting-uht-en-ongevraagd-advies-van-de-bak. Andersson Elffers Felix, juni 2021.

52 Andersson Elffers Felix, 28 juni 2021. NOS, "Van Huffelen: afhandeling toeslagenaffaire kan nog 'heel lang duren'", 1 oktober 2021, <https://nos.nl/nieuwsuur/artikel/2400005-van-huffelen-afhandeling-toeslagenaffaire-kan-nog-heel-lang-duren>.

5. ONTWERP VAN HET ALGORITMISCH BESLUITVORMINGSSYSTEEM

Dit hoofdstuk beschrijft het risicoclassificatiemodel dat werd gebruikt om aanvragen voor kinderopvangtoeslag te beoordelen. Daarnaast gaat dit hoofdstuk in op de manier waarop gegevens over de nationaliteit werden gebruikt in het risicoclassificatiemodel. Tot slot beschrijft het het discriminerende karakter van andere gebruik van gegevens over nationaliteit voor de opsporing van fraude in het toelagenschandaal.

In de afgelopen decennia heeft de Belastingdienst de dienstlevering steeds verder geautomatiseerd.⁵³ Naast de geautomatiseerde beoordeling van aanvragen en wijzigingen voor de toekenning, betaling en terugvordering van kinderopvangtoelagen, houdt de Belastingdienst toezicht op alle aanvragen om onjuistheden en mogelijke fraude op te sporen.⁵⁴ Voor dit toezicht wordt onder meer gebruik gemaakt van een risicoclassificatiemodel dat bestaat uit een zelflerend algoritme voor het inschatten van het risico van onjuiste aanvragen en wijzigingen.⁵⁵ Zelflerende algoritmen maken het mogelijk dat algoritmische systemen zelfstandig kunnen leren van ervaringen over de loop van tijd om de manier waarop zij werken aan te passen zonder dat de veranderingen expliciet door mensen wordt geprogrammeerd. De Belastingdienst keurde aanvragen voor kinderopvangtoeslag automatisch goed wanneer die door het risicoclassificatiemodel een lage risicoscore kregen.⁵⁶

De term “fraudeopsporing” wordt niet door de Belastingdienst zelf gebruikt om het risicoclassificatiemodel te beschrijven. De Belastingdienst spreekt van controle op onjuistheid en toezicht.⁵⁷ Echter, in de beleidsdocumenten van de Belastingdienst uit 2016 wordt “toezicht” omschreven als een van de handhavinginstrumenten die de Belastingdienst tot haar beschikking heeft om de naleving van de wet door aanvragers te controleren en om gevallen waar sprake is van vergissingen of misbruik in een vroeg stadium te signaleren.⁵⁸ Amnesty International beschouwt het gebruik van het risicoclassificatiemodel door de Belastingdienst dan ook als een vorm van fraudebestrijding.

⁵³ Tweede Kamer der Staten-Generaal, “Plan van aanpak ‘Vereenvoudigingsoperatie Belastingdienst’”, 8 juni 2007, parlementairemonitor.nl/9353000/1/j9vwij5epmj1ey0/vi3bb0qxfx6.

⁵⁴ Autoriteit Persoonsgegevens, *Belastingdienst/Toelagen: De verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag*, 16 juli 2020, blz. 14-15, autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/onderzoek_belastingdienst_kinderopvangtoeslag.pdf.

⁵⁵ Autoriteit Persoonsgegevens, 16 juli 2020, blz. 14.

⁵⁶ Autoriteit Persoonsgegevens, 16 juli 2020, blz. 14.

⁵⁷ Autoriteit Persoonsgegevens, 16 juli 2020, blz. 14.

⁵⁸ Belastingdienst, Beleidsdoorlichting Uitvoering Toelagen door Belastingdienst, October 2016, blz. 16 en 19, rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2016/12/15/bijlage-beleidsdoorlichting-uitvoering-toelagen-door-belastingdienst.

Het speuren naar onjuistheden in aanvragen werd gebruikt als een vroegtijdig waarschuwingssysteem voor potentiële fraude. Tientallen risicofactoren werden meegenomen in het ontwerp van het risicoclassificatiemodel.⁵⁹ Als een aanvraag voldeed aan de criteria voor een risicofactor, dan kreeg het één of meer punten, afhankelijk van het gewicht dat aan de risicofactor was toegekend.⁶⁰ Een aanvrager kreeg een aantal punten voor elke risicofactor, wat resulteerde in een totaalscore voor elke inkomende aanvraag van kinderopvangtoeslag: de risicoscore.⁶¹

Het risicoclassificatiemodel werd ontwikkeld door historische voorbeelden van correcte en incorrecte aanvragen te vergelijken.⁶² In de praktijk betekende dit dat hoe meer een binnenkomende aanvraag leek op een aanvraag die eerder als onjuist was bestempeld, hoe hoger de risicoscore was die aan deze aanvraag werd toegekend. Het systeem selecteerde aanvragen met de hoogste risicoscore voor handmatige beoordeling door een ambtenaar. De ambtenaar had op zijn beurt de bevoegdheid om een aanvraag als frauduleus te bestempelen.⁶³ De ambtenaar kreeg echter geen informatie over de reden waarom het systeem de aanvraag een hoge risicoscore voor onjuistheid had toegekend.⁶⁴

De nationaliteit van de aanvrager werd gebruikt om te bepalen of deze al dan niet Nederlands staatsburger was. “Nederlandschap: ja/nee” werd gebruikt als een parameter in het risicoclassificatiemodel om het risico van onjuiste aanvragen te beoordelen.⁶⁵ In reactie op de bevindingen in dit rapport heeft de Nederlandse regering aangevoerd dat het feit dat het Nederlandschap een risicofactor was, niet betekent dat nationaliteit ook als risicofactor werd gebruikt.⁶⁶ Dit argument snijdt echter geen hout; mensen geheel of gedeeltelijk beoordelen en selecteren op basis van de vraag of zij al dan niet Nederlands staatsburger zijn, is per definitie een risicoprofilering geheel of gedeeltelijk op basis van nationaliteit. Het label “Nederlandschap: ja/nee” draagt bij aan de risicoscore en de wijze waarop de Belastingdienst mensen behandelt. Het feit dat het risicoclassificatiemodel geen onderscheid maakte tussen de verschillende nationaliteiten die in de groep van niet-Nederlanders vertegenwoordigd waren, doet niets af aan het feit dat het model een onderscheid maakte op basis van nationaliteit.

Naast het gebruik van de nationaliteit van aanvragers in het risicoclassificatiemodel voor fraudebestrijdingsdoeleinden, heeft de Belastingdienst de nationaliteit ook op verschillende andere manieren gebruikt voor het opsporen van vermeende *georganiseerde* fraude door mensen wiens aanvragen in eerste instantie waren goedgekeurd.⁶⁷ Bijvoorbeeld, na vermoedens van fraude gepleegd door sommige mensen met wortels in of banden met een bepaald land,⁶⁸ hebben ambtenaren in hun databanken gezocht naar andere mensen met die nationaliteit en vervolgens aanvullende informatie opgevraagd over *alle* aanvragers met die nationaliteit.⁶⁹ Zo leidde een fraudemelding met betrekking tot 120 à 150 mensen met de Ghanese nationaliteit tot een onderzoek van *alle* 6047 aanvragers met de Ghanese nationaliteit.⁷⁰

59 Autoriteit Persoonsgegevens, 16 juli 2020, blz. 14.

60 Autoriteit Persoonsgegevens, 16 juli 2020, blz. 15.

61 Autoriteit Persoonsgegevens, 16 juli 2020, blz. 15.

62 Autoriteit Persoonsgegevens, 16 juli 2020, blz. 14.

63 Autoriteit Persoonsgegevens, 16 juli 2020, blz. 15.

64 Autoriteit Persoonsgegevens, 16 juli 2020, blz. 15.

65 Autoriteit Persoonsgegevens, 16 juli 2020, blz. 16-17.

66 Reactie van de regering op 'Rapport Kinderopvangtoeslagaffaire Amnesty International', 27 augustus 2021.

67 Autoriteit Persoonsgegevens, 16 juli 2020, blz. 19.

68 De Autoriteit Persoonsgegevens kon op basis van de beschikbare informatie niet uitsluiten dat ook de dubbele nationaliteit van aanvragers is opgevraagd. Zie: Autoriteit Persoonsgegevens, 16 juli 2020, blz. 21.

69 Autoriteit Persoonsgegevens, 16 juli 2020, blz. 20 en 26.

70 Autoriteit Persoonsgegevens, 16 juli 2020, blz. 26.

Met een verwijzing naar de eerdere ervaringen gebruikte de Belastingdienst verschillende gegevens - waaronder nationaliteit, familiebanden en/of levensomstandigheden - om grotere groepen te identificeren die als één homogene populatie werden aangemerkt. Zo werd de gehele bevolking verdacht van georganiseerde fraude.⁷¹ Bovendien spraken ambtenaren in denigrerende bewoordingen over gezinnen met Caribische banden door ze een “Antilliaans nest” te noemen.⁷² Ambtenaren markeerden deze aanvragers via handmatige selectie.

Dit wijst erop dat de Belastingdienst een verband veronderstelde tussen potentiële fraude en bepaalde groepen mensen die aan de hand van hun nationaliteit en etniciteit werden geïdentificeerd. Mensen met een niet-Nederlandse afkomst werden beschouwd als meer geneigd tot het plegen van fraude. Dit wijst erop dat de Belastingdienst ook een verband veronderstelt tussen ras, etniciteit en criminaliteit. Daarnaast volgt uit deze werkwijze dat er binnen de Belastingdienst instemming was over het toepassen van generalisaties op het gedrag van mensen met hetzelfde ras of etniciteit. Dit weerspiegelt niet alleen de houding van de Belastingdienst ten opzichte van bepaalde nationaliteiten en etnische minderheden die negatief werden gestereotypeerd als afwijkend of frauduleus, maar werkt ook een verdere stigmatisering van deze groepen in de hand.⁷³ Zoals uiteengezet in paragraaf 6.2, levert dit een schending op met het verbod op discriminatie.

71 In haar verslag stelt het Autoriteit Persoonsgegevens het volgende: “De AP constateert op basis van de beschikbare informatie dat Toeslagen en het CAF naar aanleiding van een fraudesignaal de nationaliteit van aanvragers hebben opgevraagd met een query, ontvangen in een Excel-bestand en geaggregeerd hebben geordend in een tabel in een quick-scan om de homogeniteit van de onderzoekspopulatie vast te stellen. De betrokkenheid van burgers uit eenzelfde leefomgeving kon volgens Toeslagen een indicatie zijn van georganiseerd misbruik. De homogeniteit kon bijvoorbeeld blijken uit familiebanden of het hebben van dezelfde nationaliteit.” Autoriteit Persoonsgegevens, *Belastingdienst/Toeslagen: De verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag*, 16 juli 2020, blz. 29, autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/onderzoek_belastingdienst_kinderopvangtoeslag.pdf.

72 *Trouw*, “OM: Geen strafrechtelijk onderzoek naar Belastingdienst in verband met toeslagenaffaire”, 7 januari 2021, trouw.nl/politiek/om-geen-strafrechtelijk-onderzoek-naar-belastingdienst-in-verband-met-toeslagenaffaire.

73 Speciaal Rapporteur van de Verenigde Naties voor minderheden, 5 januari 2015, A/HRC/28/64.

6. DISCRIMINEREND IN OPZET

Het toeslagenschandaal illustreert hoe bestaande ongelijkheden werden versterkt en verergerd door het risicoclassificatiemodel dat de Belastingdienst hanteerde. Dit resulteerde in discriminatie en etnisch profileren van ouders en verzorgers uit etnische minderheidsgroepen. Dit hoofdstuk beschrijft het internationale juridische kader en licht toe hoe de praktijken van de Nederlandse belastingdienst internationale normen inzake non-discriminatie en etnisch profileren hebben geschonden.

6.1 JURIDISCH KADER VOOR NON-DISCRIMINATIE EN ETNISCH PROFILEREN

Een veel besproken mensenrechtzorg op het gebied van algoritmegebruik is de invloed van algoritmen op het recht op gelijkheid en non-discriminatie.⁷⁴ Van algoritmegebruik is herhaaldelijk aangetoond dat zij historische discriminatie of andere vooroordelen kunnen overnemen, versterken en verankeren.⁷⁵ Dit is met name het geval in wetshandhaving.⁷⁶ Vooroordelen in algoritmen komen meestal voort uit gegevens die zijn doordrongen van historische vooringenomenheden of uit de (bewust of onbewust) bevooroordeelde keuzes van de mensen die algoritmische besluitvormingssystemen ontwerpen, ontwikkelen, gebruiken en evalueren.⁷⁷

De beginselen van gelijkheid en non-discriminatie behoren tot de hoekstenen van de internationale bescherming van de mensenrechten, en zijn verankerd in diverse mensenrechtenverdragen.⁷⁸ Onder de internationale mensenrechten wordt discriminatie gedefinieerd als:

74 Catelijne Muller, "The Impact of Artificial Intelligence on Human Rights, Democracy and the Rule of Law: draft d.d. March 20, 2020", ALLAI, 20 maart 2020, blz. 10, allai.nl/wp-content/uploads/2020/06/The-Impact-of-AI-on-Human-Rights-Democracy-and-the-Rule-of-Law-draft.pdf.

Frederik Zuiderveen Borgesius, "Discrimination, Artificial Intelligence, and Algorithmic Decision-Making", 2018, blz. 9, rm.coe.int/discrimination-artificial-intelligence-and-algorithmic-decision-making/1680925d73.

75 Catelijne Muller, 20 maart 2020, blz. 10.

76 Catelijne Muller, 20 maart 2020, blz. 5. Amnesty International en Access Now, The Toronto Declaration, 16 mei 2018, par. 20, torontodeclaration.org.

77 Speciaal Rapporteur van de Verenigde Naties voor extreme armoede en mensenrechten, 11 oktober 2019, A/74/48037, blz. 20. Amnesty International en Access Now, The Toronto Declaration, 16 mei 2018, par. 20, torontodeclaration.org.

78 Zie bijvoorbeeld: artikel 7 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens. Artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. Artikel 14 van het Europees Verdrag op de mensenrechten. Artikel 1 van Protocol nr. 12 bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Artikel 21 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

“...elke vorm van onderscheid, uitsluiting, beperking of voorkeur op grond van ras, huidskleur, sekse, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom, geboorte of andere status, en die ten doel of tengevolge heeft dat de erkenning, het genot of de uitoefening van alle rechten en vrijheden door alle mensen, op voet van gelijkheid, wordt teniet gedaan of aangetast.”

VN-Mensenrechtencomité, Algemene Opmerking 18, 10 november 1989, par. 7.

Sommige mensen hebben te lijden onder bijkomende of unieke vormen van discriminatie wegens meerdere kenmerken die deel uitmaken van hun identiteit, of die hen worden toegewezen, zoals ras en maatschappelijke afkomst.⁷⁹ Dit wordt ook wel intersectionele discriminatie genoemd.⁸⁰ Het internationaal recht verplicht staten maatregelen te nemen om alle vormen van discriminatie uit te bannen.⁸¹

In het recht op non-discriminatie worden nationaliteit en etniciteit doorgaans als afzonderlijke beschermde gronden vermeld.⁸² In de praktijk kan nationaliteit ook worden opgevat als een vormgevend element van etniciteit. Etniciteit wordt gedefinieerd als het idee dat maatschappelijke groepen kunnen worden afgebakend op basis van gemeenschappelijke nationaliteit, geloofsovertuiging, taal, culturele en traditionele afkomst en achtergronden.⁸³ Het is verboden om mensen op grond van hun nationaliteit verschillend te behandelen wanneer dit hun mensenrechten ondermijnt. Een onderscheid tussen staatsburgers en niet-staatsburgers kan in zeer specifieke situaties gerechtvaardigd zijn.⁸⁴ Zo kunnen staten bij het verlenen van toegang tot sociale voorzieningen en sociale zekerheid rekening houden met nationaliteit, wanneer zij financiële steun alleen verlenen aan degenen die voldoende nauwe banden met die staat hebben.⁸⁵ In die gevallen kan het gerechtvaardigd zijn om de nationaliteit van een persoon te gebruiken tijdens de aanvraagprocedure voor de beoordeling van de vereiste mate van verbondenheid.⁸⁶

79 Raad van Europa, “Intersectionality and Multiple Discrimination”, geen datum, coe.int/en/web/gender-matters/intersectionality-and-multiple-discrimination.

80 E. Tendayi Achiume, “Putting racial equality onto the global human rights agenda”, 2018, SUR, Volume 28, sur.conectas.org/en/putting-racial-equality-onto-the-global-human-rights-agenda/.

81 Artikel 14 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Artikel 1 van Protocol nr. 12 bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Artikel 21 van het EU-Handvest van de grondrechten. Article 2, eerste lid van het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie. Artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.

82 Zie bijvoorbeeld: FRA – Bureau van de Europese Unie voor de Grondrechten, *Handboek over het Europese non-discriminatierecht*, juli 2010, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA_CASE_LAW_HANDBOOK_NL.pdf.

83 FRA – Bureau van de Europese Unie voor de Grondrechten, *Handboek over het Europese non-discriminatierecht: Editie 2018*, 2018, blz. 198-199, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-handbook-non-discrimination-law-2018_nl.pdf. Het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ-EU) geeft de volgende definitie: “Het begrip etniciteit, dat zijn oorsprong vindt in het idee van groepen in de maatschappij die vooral gekenmerkt worden door een gemeenschappelijke nationaliteit, geloofsovertuiging, taal, culturele en traditionele oorsprong en achtergrond.” Zie HvJ-EU, *CHEZ Razpredelenie Bulgaaria ADt. Komisia za zashita ot diskriminatsia*, verzoekschrift C-83/14, 16 juli 2015, ECLI:EU:C:2015:480, par. 46, curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-83/14. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) geeft een soortgelijke definitie: “Etniciteit vindt zijn oorsprong in het idee van groepen in de maatschappij gekenmerkt door een gemeenschappelijke nationaliteit, stamverbanden, geloofsovertuiging, gemeenschappelijke taal, of culturele en traditionele oorsprong en achtergrond.” Zie EHRM, *Timishev tegen Rusland*, verzoekschrift 55762/00 en 55974/00, 13 maart 2006, par. 55, hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-71627.

84 Zie bijvoorbeeld: VN-Comité voor economische, sociale en culturele rechten, Algemene Opmerking 20, 2 juli 2009, E/C.12/GC/20, par. 13. Artikel 1, derde lid van het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie.

85 HvJ-EU, *Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen tegen Jovanna García-Nieto c.s.*, verzoekschrift C-299/14, 25 februari 2016, curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-299/14. HvJ-EU, *Elodie Giersch c.s./Etat du Grand-Duché de Luxembourg*, verzoekschrift C-20/12, 20 juni 2013, curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-20/12.

86 HvJ-EU, *Elodie Giersch c.s./Etat du Grand-Duché de Luxembourg*, verzoekschrift C-20/12, 20 juni 2013, par. 37, curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-20/12.

Deze rechtvaardiging kan niet worden aangevoerd wanneer nationaliteit of proxy's daarvan gebruikt worden als risicofactor in risicoscoringsmodellen voor het identificeren van mogelijk frauduleus of crimineel gedrag van mensen of groepen. Het gebruik van nationaliteit in risicoprofilering onthult de veronderstelling van de ontwerper, ontwikkelaar en/of gebruiker van het risicoscoringssysteem dat mensen met bepaalde nationaliteiten meer geneigd zouden zijn om fraude of strafbare feiten te plegen dan mensen met andere nationaliteiten. In risicoprofilering wordt nationaliteit gebruikt als een aanwijzend element om specifieke maatschappelijke groepen uit te lichten, gebaseerd op het idee dat deze groepen bepaalde gemeenschappelijke culturele waarden, tradities en/of achtergronden zouden delen, waardoor zij meer geneigd zouden zijn tot frauduleus of crimineel gedrag. Het gebruik van nationaliteit als factor bij risicoprofilering voor wetshandavingsdoeleinden om te zoeken naar potentiële daders of verdachten van strafbare feiten of fraude, komt neer op ongelijke behandeling op grond van etniciteit. In 2020 stelde Tendayi Achiume, de speciale rapporteur van de Verenigde Naties inzake hedendaagse vormen van racisme, rassendiscriminatie, vreemdelingenhaat en aanverwante onverdraagzaamheid, dat staten steeds meer gebruik maken van opkomende digitale technologieën om risico's in te schatten. Achiume stelde dat staten prioriteit moeten geven aan grondiger toezicht op de potentiële onevenredige impact van digitale technologieën op etnische minderheden. Achiume verklaarde:

“Omdat de digitalisering van sociale zekerheidsstelsels plaatsvindt in samenlevingen waarin groepen op grond van ras en etniciteit worden gemarginaliseerd, gediscrimineerd en uitgesloten, is het vrijwel zeker dat deze systemen de ongelijkheden zullen versterken, tenzij staten actief preventieve maatregelen nemen. Tenzij er dringend wordt ingegrepen, dreigen digitale verzorgingsstaten zich te verankeren als discriminerende digitale verzorgingsstaten.”

Speciaal Rapporteur van de Verenigde Naties voor hedendaagse vormen van racisme, rassendiscriminatie, vreemdelingenhaat en aanverwante onverdraagzaamheid, 18 juni 2020, A/HRC/44/57, par. 42.

Ongelijke behandeling van mensen door wetshandavingsinstanties in het opsporen van fraude of het voorkomen van criminaliteit wordt beschouwd als etnisch profileren, wanneer de ongelijke behandeling is gebaseerd op bijvoorbeeld nationale of etnische afkomst en niet is ingegeven door objectieve criteria of een redelijke rechtvaardiging.⁸⁷ Het gebruik van gegevens met betrekking tot etniciteit en andere beschermde

87 “Etnisch profileren” wordt naar het Engels vertaald als “racial profiling”.

De definitie gehanteerd door de VN-Comité inzake de uitbanning van rassendiscriminatie (CERD) luidt als volgt: etnisch profileren (a) wordt gepleegd door wetshandavingsinstanties; (b) is niet gemotiveerd door objectieve criteria noch redelijke rechtvaardiging; (c) is gebaseerd op grond van ras, huidskleur, afstamming, nationale of etnische afkomst, al dan niet in combinatie met andere relevante gronden, zoals godsdienst, sekse of gender, seksuele geaardheid en genderidentiteit, arbeidsongeschiktheid en leeftijd, migratiestatus, of werk of andere status; (d) wordt gebruikt in specifieke verbanden, zoals bij het beheersen van immigratie en het bestrijden van criminele activiteiten, terrorisme of andere activiteiten die tot een vermeende wetsovertreding (kunnen) leiden. Zie VN-Comité inzake de uitbanning van rassendiscriminatie, Algemene Aanbeveling 36, 17 december 2020, CERD/C/GC/36, par. 13. Etnisch profileren wordt door Amnesty International omschreven als het gebruik, zonder objectieve en redelijke rechtvaardiging, van persoonlijke kenmerken zoals huidskleur, godsdienst, nationaliteit en/of etnische afkomst bij de besluitvorming inzake wetshandhaving, niet alleen als doorslaggevende factor maar ook in combinatie met andere factoren. Zie Amnesty International, “Amnesty International’s observations to the United Nations Committee on the Elimination of Racial Discrimination No. 36 on Preventing and Combating Racial Discrimination”, 27 juni 2019, [amnesty.org/download/Documents/IO4006242019ENGLISH.pdf](https://www.amnesty.org/download/Documents/IO4006242019ENGLISH.pdf).

kenmerken kan slechts in zeer beperkte omstandigheden worden gerechtvaardigd, zoals wanneer sprake is van een geïndividualiseerde verdenking op basis van objectief en geverifieerd bewijs in een strafrechtelijk onderzoek.⁸⁸ In recente aanbevelingen van het VN-Comité inzake de uitbanning van rassendiscriminatie wordt etnisch profileren gedefinieerd als:

“De praktijk van wetshandhaving waarbij in enige mate wordt uitgegaan van ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische herkomst als basis voor het onderwerpen van mensen aan opsporingsactiviteiten of voor het bepalen of iemand betrokken is bij criminele activiteiten.”

VN-Comité inzake de uitbanning van rassendiscriminatie (CERD), Algemene Aanbeveling 36, 17 december 2020, CERD/C/GC/36, blz. 4.

Etnisch profileren wordt niet altijd openlijk gedaan en kan ook heimelijk gebeuren, met name wanneer het is geprogrammeerd in algoritmische besluitvormingssystemen. Ook wanneer wetshandhavingsautoriteiten die gebruik maken van het algoritmische besluitvormingssysteem niet opzettelijk onderscheid maken kan er sprake zijn van etnisch profileren.⁸⁹ Etnisch profileren kan het gevolg zijn van een uitgesproken discriminerende houding, maar ook van een onbewuste vooroordelen. In alle omstandigheden is etnisch profileren in strijd met het beginsel van non-discriminatie. Het leidt tot criminalisering van bepaalde groepen mensen, waardoor historische stereotiepe associaties tussen bijvoorbeeld fraude en etniciteit worden versterkt. Etnisch profileren heeft schadelijke gevolgen, omdat het bijdraagt aan de stigmatisering van bepaalde groepen, wat een negatief effect heeft op de gemoedstoestand en het welzijn van de betrokken mensen.⁹⁰ Dit soort ongelijke behandeling tast de kern van de persoonlijke waardigheid aan.

Internationale mensenrechten verbieden ook discriminatie op grond van maatschappelijke afkomst.⁹¹ Maatschappelijke afkomst verwijst naar een status die aan een persoon wordt toegekend op grond van een geërfd of anderszins verworven sociaal, cultureel of economisch kenmerk.⁹² Het kan betrekking hebben op iemands maatschappelijke situatie, bijvoorbeeld armoede of dakloosheid, of op de aangeboren positie in een bepaalde sociale klasse of gemeenschap, gebaseerd op bijvoorbeeld etniciteit, religie, op afkomst gebaseerde hiërarchieën, of ideologie.⁹³ Mensen en groepen mogen niet worden onderworpen aan willekeurige behandeling op grond van het feit dat zij tot een bepaalde economische of sociale groep of tot een bepaalde laag in de samenleving behoren.⁹⁴

88 FRA – Bureau van de Europese Unie voor de Grondrechten, *Handboek over het Europese non-discriminatierecht: Editie 2018*, 2018, blz. 93, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-handbook-non-discrimination-law-2018_nl.pdf.

89 Amnesty International, “Observations to the United Nations Committee on the Elimination of Racial Discrimination No. 36 on Preventing and Combating Racial Discrimination”, juni 2019, [amnesty.org/download/Documents/IO4006242019ENGLISH.pdf](https://www.amnesty.org/download/Documents/IO4006242019ENGLISH.pdf).

90 Zie bijvoorbeeld Ben Bradford c.s., “Contact and confidence: revisiting the impact of public encounters with the police”, 18 maart 2009, *Policing and Society*, Volume 19, Issue 1, doi.org/10.1080/10439460802457594.

91 Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten, artikel 2, tweede lid.

92 VN-Comité voor economische, sociale en culturele rechten, Algemene Opmerking 20, 2 juli 2009, E/C.12/GC/20, par. 24, 25, 26 en 35.

93 FRA – Bureau van de Europese Unie voor de Grondrechten, *Handboek over het Europese non-discriminatierecht: Editie 2018*, 2018, blz. 218, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-handbook-non-discrimination-law-2018_nl.pdf.

94 FRA – Bureau van de Europese Unie voor de Grondrechten, *Handboek over het Europese non-discriminatierecht: Editie 2018*, 2018, blz. 218, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-handbook-non-discrimination-law-2018_nl.pdf.

6.2 JURIDISCHE BEOORDELING VAN HET ALGORITMISCHE BESLUITVORMINGSSYSTEEM

Door de nationaliteit van aanvragers te gebruiken op de wijze zoals beschreven in hoofdstuk 5, heeft de Nederlandse Belastingdienst het recht op gelijkheid en non-discriminatie van de betrokken aanvragers geschonden. De Belastingdienst maakte onderscheid tussen Nederlandse en niet-Nederlandse aanvragers door mensen die in gelijke mate in aanmerking komen voor toeslagen, verschillend te behandelen. Het niet-hebben van de Nederlandse nationaliteit droeg bij aan het krijgen van een hogere risicoscore van het algoritmische besluitvormingssysteem dat werd gebruikt bij de opsporing van onjuistheden en fraude, waardoor niet-Nederlanders een grotere kans hadden om automatisch door het systeem te worden geselecteerd voor een aanvullende handmatige beoordeling door een ambtenaar van de Belastingdienst. De Belastingdienst had geen objectieve en redelijke rechtvaardiging voor de ongelijke behandeling van niet-Nederlandse aanvragers ten opzichte van Nederlandse aanvragers bij de opsporing van fraude.

In reactie op het bovenstaande stelt de Nederlandse regering dat de Autoriteit Persoonsgegevens niet heeft vastgesteld dat ambtenaren sommige of alle toeslagen op grond van nationaliteit hebben beëindigd *nadat* mensen aan de hand van het risicoclassificatiemodel waren geselecteerd.⁹⁵ Dit is echter irrelevant: Amnesty International beweert niet dat individuele ambtenaren ervoor kozen om ouders en verzorgers verder te onderzoeken op basis van hun nationaliteit, noch dat ambtenaren toeslagen beëindigden met discriminerende bedoelingen. In plaats daarvan wijst Amnesty erop dat sommige ouders en verzorgers, nog voordat zij door een ambtenaar zouden worden onderzocht, al door het risicoclassificatiemodel mede op basis van hun nationaliteit zijn geselecteerd. Als gevolg daarvan hadden mensen met een niet-Nederlandse nationaliteit een grotere kans om te worden onderworpen aan extra controles. Met andere woorden: het gebruik van nationaliteit in het risicoclassificatiemodel heeft geleid tot ongelijke behandeling op grond van nationaliteit, zonder dat daarvoor een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestond. Dit is op zichzelf al discriminatie.

Zoals uiteengezet in hoofdstuk 5, gebruikte de Belastingdienst de nationaliteit met het doel om georganiseerde fraude op te sporen, waarbij zij nationaliteit gebruikten om bepaalde maatschappelijk homogene groepen met gemeenschappelijke culturele waarden, tradities en achtergronden in beeld te brengen. De Belastingdienst ging ervan uit dat deze groepen meer geneigd zouden zijn tot frauduleus of crimineel gedrag dan mensen met andere nationaliteiten. De keuze om het criterium van nationaliteit te gebruiken voor de risicoprofilering van onnauwkeurigheden in aanvragen voor het opsporen van fraude, onthult op de veronderstelling van de Belastingdienst dat niet-Nederlanders in het algemeen, en etnische minderheden in het bijzonder, vatbaarder zouden zijn voor frauduleus of crimineel gedrag. Dit kan worden aangemerkt als discriminatie op grond van etnische afkomst.

Het opnemen van nationaliteit als factor in het risicoclassificatiemodel, in combinatie met het in kaart brengen van bepaalde groepen mensen waarvan de belastingautoriteiten dachten dat zij een grotere kans hadden om frauduleus of crimineel gedrag te vertonen, toont aan dat de Belastingdienst werd gemotiveerd door vooringenomenheid en raciale vooroordelen over etniciteiten in de opsporing van fraude. Deze risicoprofilering heeft geleid tot een grotere aandacht voor bepaalde groepen mensen op grond van hun etniciteit, en kan op grond van het internationale mensenrechtenkader worden aangemerkt als etnisch profileren. Zelfs in de situaties waarin het discriminerende beleid en de discriminerende praktijken van de Belastingdienst niet opzettelijk waren, was het resultaat en het effect van dit beleid en deze praktijken

⁹⁵ Reactie van de regering op 'Rapport Kinderopvangtoeslagaffaire Amnesty International', 27 augustus 2021.

alsnog discriminerend, omdat het leidde tot ongelijke behandeling zonder objectieve en redelijke rechtvaardiging.

Toen de Nederlandse regering met deze analyse werd geconfronteerd, antwoordde zij dat gegevens over ras en etnische afkomst niet in het risicoclassificatiemodel waren verwerkt.⁹⁶ Amnesty International heeft echter niet beweerd dat gegevens over ras en etnische afkomst in het risicoclassificatiemodel zijn verwerkt. Amnesty International stelt dat de Belastingdienst, door nationaliteitsgegevens te verwerken voor het bepalen van het Nederlanderschap en iemand een risicoscore te geven op basis van het al dan niet hebben van de Nederlandse nationaliteit, discrimineerde op basis van etniciteit en etnisch profileren toepaste. Deze laatste conclusie werd door de Nederlandse regering niet betwist.

Wanneer een ouder of verzorger eenmaal geselecteerd was voor aanvullende controles, was de kans groter dat zij ook het slachtoffer zou worden van andere onbehoorlijke overheidsmaatregelen in verband met het toeslagenschandaal, zoals strenge regels en beleid, starre wetsinterpretaties, ongerechtvaardigde beschuldigingen van fraude en een meedogenloos terugvorderingsbeleid.

Deze maatregelen hadden op verschillende manieren een onevenredig effect op mensen in lage-inkomensgroepen. Ten eerste zijn mensen met lage inkomens meer afhankelijk van financiële steun en toeslagen om rond te komen. Het verlagen of opschorten van toeslagen kan ouders en verzorgers uit deze groep onmiddellijk in financiële problemen brengen. Ten tweede, hoe lager het inkomen van iemand is, hoe hoger het totaal bedrag aan toeslagen dat diegene ontvangt.⁹⁷ Mensen met een laag inkomen ontvangen al snel duizenden euro's aan toeslagen per jaar.⁹⁸ Het etiket "opzet & grove schuld" werd vaker (automatisch) toegekend aan mensen uit huishoudens met een laag inkomen, simpelweg omdat zij meer dan 10.000 euro aan toeslagen ontvingen of meer dan 3.000 euro aan de Belastingdienst moesten terugbetalen. (Zie ook hoofdstuk 4.) Ten derde hebben mensen met lage inkomens meestal weinig flexibiliteit om budget te reserveren voor tijdelijke of permanente opschorting van toeslagen, laat staan dat zij de ruimte hebben om boetes te betalen of reeds ontvangen bedragen kunnen terugbetalen. Het terugbetalen van toeslagen en het betalen van boetes is voor deze groep vaak moeilijker. De vastgestelde drempels van 10.000 euro en 3.000 euro in het toeslagenbeleid hadden een onevenredig nadelig effect op huishoudens met lage inkomens die het meest van een geleidelijke terugbetalingsregeling zouden hebben geprofiteerd, omdat zij vaak niet in staat waren grote bedragen in één keer terug te betalen.⁹⁹ De bestraffende aanpak van fraude trof vooral mensen in de lagere inkomensklassen, een segment van de Nederlandse samenleving met een hoge vertegenwoordiging van etnische minderheden.¹⁰⁰

Zo werden verschillende lagen van ongelijkheid gecreëerd door discriminatie op grond van etniciteit bij het gebruik van het risicoclassificatiemodel, in combinatie met beleid en praktijk dat vaker mensen met een lagere economische status trof, die vaak tot een etnische minderheid behoorden. Het toeslagenschandaal moet daarom worden bekeken door de lens van intersectionele discriminatie.

96 Reactie van de regering op 'Rapport Kinderopvangtoeslagaffaire Amnesty International', 27 augustus 2021.

97 Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS), 'Recordaantal kinderen met kinderopvangtoeslag', 3 juli 2018, [cbs.nl/nl-nl/nieuws/2018/27/recordaantal-kinderen-met-kinderopvangtoeslag](https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2018/27/recordaantal-kinderen-met-kinderopvangtoeslag).

98 Uit de proefberekening op de website van de Belastingdienst blijkt bijvoorbeeld dat een alleenstaande ouder of verzorger die fulltime werkt op minimumloon met twee kinderen, een maandbedrag van ruim 3.000 euro kinderopvangtoeslag zou kunnen ontvangen. Toeslagen, "Proefberekening toeslagen", belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/nl/toeslagen/content/hulpmiddel-proefberekening-toeslagen.

99 Adviescommissie uitvoering toeslagen, Omzien in verwondering: Interim-advies, 14 november 2019, blz. 48, [tweede-kamer.nl/kamerstukken/amendementen/detail?id=2019Z22146&did=2019D46007](https://www.tweede-kamer.nl/kamerstukken/amendementen/detail?id=2019Z22146&did=2019D46007).

100 Bart van Hulst c.s., "Armen met en zonder migratieachtergrond", 3 september 2019, Sociaal en Cultureel Planbureau (SCP), digitaal.scp.nl/armoedein kaart2019/armen-met-en-zonder-migratieachtergrond/.

7. FALENDE BESCHERMING VAN MENSENRECHTEN

Staten hebben de verplichting om de mensenrechten te respecteren, te beschermen en te verwezenlijken, ook wanneer zij algoritmische besluitvormingssystemen gebruiken. Door de vaststelling van op maat gesneden maatregelen en waarborgen, zoals meer transparantie, kan het risico op mensenrechtenschendingen bij het gebruik van dergelijke systemen worden verkleind. In dit hoofdstuk wordt er weergegeven welke maatregelen en waarborgen minimaal moeten worden ingevoerd, en hoe het ontbreken van deze maatregelen heeft bijgedragen tot de schade die door het toeslagenschandaal in Nederland is aangericht.

7.1 HERHALING LIGT OP DE LOER: EERDERE WAARSCHUWINGEN IN DE WIND GESLAGEN

De Nederlandse regering heeft verschillende waarschuwingen ontvangen over de gevolgen voor de mensenrechten van haar gebruik van algoritmische besluitvormingssystemen. Desondanks zijn er geen bindende maatregelen of mensenrechtenwaarborgen genomen om de negatieve gevolgen te verminderen. Ondertussen gaat de snelle uitrol van deze systemen onverminderd door in de Nederlandse publieke sector.

Het risicoclassificatiemodel is niet de eerste misstap met algoritmen die de Nederlandse overheid maakt. In 2019 waarschuwde de speciale VN-rapporteur voor extreme armoede en mensenrechten Nederland voor de mensenrechtenrisico's van Syri, een algoritmisch besluitvormingssysteem dat is ontworpen om een breed scala aan persoonlijke en gevoelige gegevens te analyseren om de kans te voorspellen dat mensen frauderen met sociale zekerheidsvoorzieningen.¹⁰¹ Het systeem is uitsluitend ingezet in aangewezen "probleemwijken" in Nederland - een potentiële proxy die leidde tot discriminatierisico's voor mensen die in armoede leven en mensen met een immigrantenachtergrond.¹⁰² Het systeem werd later verboden door een Nederlandse rechtbank, die het onwettig achtte en in strijd met de mensenrechten.¹⁰³ Voorts bleek uit een onderzoek van Amnesty International in 2020 dat Roermond, een stad in het zuiden van Nederland, door de Nederlandse Nationale Politie werd gebruikt als "proeftuin" om modellen voor risicoscores te ontwikkelen.¹⁰⁴ De proeftuin was gebaseerd op massasurveillance en discriminatie van mensen met

101 Speciaal Rapporteur van de Verenigde Naties voor extreme armoede en mensenrechten, 11 oktober 2019, A/74/493. Speciaal Rapporteur van de Verenigde Naties voor extreme armoede en mensenrechten, "Brief by the UN Special Rapporteur on extreme poverty and human rights as *Amicus Curiae* in the case of NJCM c.s./De Staat der Nederlanden (SyRI) before the District Court of The Hague (case number C/09/550983/HA ZA 18/388), 26 september 2019, ohchr.org/Documents/Issues/Poverty/Amicusfinalversionsigned.pdf.

102 Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBHDHA:2020:865, 5 februari 2020, uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2020:865.

103 Rechtbank Den Haag, 5 februari 2020.

104 Politie, "Zakkenrollers herkennen dankzij data-koppeling", 11 juli 2018, politie.nl/nieuws/2018/juli/11/00-zakkenrollers-herkennen-dankzij-data-koppeling.

een Oost-Europese nationaliteit en/of Roma-etniciteit.¹⁰⁵ Sommige punten van zorg en aanbevelingen in onderhavig rapport komen overeen met die in het rapport van 2020 over de proeftuin in Roermond.¹⁰⁶

Het is een uitdrukkelijke ambitie van de Nederlandse staat om voorop te lopen op het gebied van algoritmisch bestuur, waarin ethische waarden en mensenrechten worden gewaarborgd.¹⁰⁷ Ondanks de eerdere waarschuwingen die hierboven zijn beschreven, heeft de Nederlandse regering echter geen stappen ondernomen om deze ambitie waar te maken, anders dan te herhalen dat er ernstige mensenrechtenrisico's verbonden zijn aan het gebruik van algoritmische besluitvormingssystemen.¹⁰⁸

In reactie op de bevindingen in dit rapport verklaarde de Nederlandse regering dat er voortdurend verbeteringen worden aangebracht in het beleid voor het gebruik van algoritmische besluitvormingssystemen.¹⁰⁹ Amnesty International ziet dit als een stap in de goede richting. Deze inspanningen volstaan echter niet om de in dit rapport gesignaleerde mensenrechtenkwesties aan te pakken en voldoen niet aan de aanbevelingen van Amnesty International om de mensenrechten te beschermen bij het gebruik van algoritmische besluitvormingssystemen. Zo zijn er bijvoorbeeld geen bindende verplichtingen vastgesteld die ontwerpers, ontwikkelaars en gebruikers van algoritmische besluitvormingssystemen ertoe verplichten potentiële en daadwerkelijk negatieve gevolgen voor de mensenrechten te identificeren, te voorkomen en te beperken. Bovendien is het toezicht op de mensenrechten, de verantwoordingsplicht en transparantiemechanismen voor het gebruik van algoritmische besluitvormingssystemen in Nederland nog steeds zwak.¹¹⁰ Toch gaat de Nederlandse regering door met het uitrollen van nieuwe algoritmische besluitvormingssystemen in de publieke sector en met de invoering van wetten die een razendsnelle massale gegevensuitwisseling tussen overheidsinstanties mogelijk maken voor onder andere het risicoscoren van mensen.¹¹¹

Om soortgelijke schendingen van de mensenrechten in de toekomst te voorkomen, moeten bindende en afdwingbare maatregelen en waarborgen worden ingevoerd. Staten zijn de primaire verantwoordelijken voor de bescherming van de mensenrechten.¹¹² De internationale mensenrechtenwetgeving is van toepassing op de handelingen van overheden, ongeacht of deze handelingen worden uitgevoerd

105 Amnesty International, *We Sense Trouble: Automated Discrimination and Mass Surveillance in Predictive Policing in the Netherlands*, 2020, [amnesty.org/en/documents/eur35/2971/2020/en/](https://www.amnesty.org/en/documents/eur35/2971/2020/en/).

106 Amnesty International, *We Sense Trouble: Automated Discrimination and Mass Surveillance in Predictive Policing in the Netherlands*, 2020, [amnesty.org/en/documents/eur35/2971/2020/en/](https://www.amnesty.org/en/documents/eur35/2971/2020/en/).

107 Rijksoverheid, *Nederlandse Digitaliseringsstrategie 2021*, 26 april 2021, rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2021/04/26/nederlandse-digitaliseringsstrategie-2021.

108 De Algemene Rekenkamer concludeerde in een onlangs gepubliceerd rapport dat algoritmen op grote schaal worden gebruikt binnen de Nederlandse overheid, terwijl maatregelen om vooringenomenheid daadwerkelijk tegen te gaan in de praktijk vaak ontbreken. Algemene kaders worden niet gespecificeerd voor algoritmen en worden ook niet op coherente wijze toegepast. De Algemene Rekenkamer is een onafhankelijk orgaan dat de uitgaven van de rijksoverheid controleert op doelmatigheid en rechtmatigheid. De Algemene Rekenkamer wordt benoemd door het kabinet op advies van de Kamer van volksvertegenwoordigers. Zie Algemene Rekenkamer, *Aandacht voor algoritmes*, 26 januari 2021, rekenkamer.nl/publicaties/rapporten/2021/01/26/aandacht-voor-algoritmes.

109 Reactie van de regering op 'Rapport Kinderopvangtoeslagaffaire Amnesty International', 27 augustus 2021. In haar reactie verwijst de Nederlandse regering naar een beoordelingskader voor algoritmen, een beoordeling van het effect op de mensenrechten en een gids voor niet-discriminerende AI. Deze instrumenten zijn niet-bindend en afhankelijk van vrijwillig gebruik. De Nederlandse regering verwijst verder naar kabinetsbrieven die geen plannen bevatten om bindende mensenrechtenwaarborgen te implementeren voor het gebruik van algoritmen, big data en/of risicoprofilering.

110 Daarnaast heeft de Algemene Rekenkamer geconcludeerd dat het huidige toezicht op het gebruik van algoritmen ontoereikend is en dat burgers geen inzicht krijgen in het gebruik ervan. Zie Algemene Rekenkamer, *Aandacht voor algoritmes*, 26 januari 2021, rekenkamer.nl/publicaties/rapporten/2021/01/26/aandacht-voor-algoritmes.

111 *Het Parool*, "Zeker 25 gemeenten gebruiken algoritmen voor risicoprofilering inwoners", 2 februari 2021, [parool.nl/nederland/zeker-25-gemeenten-gebruiken-algoritmen-voor-risicoprofilering-inwoners](https://www.parool.nl/nederland/zeker-25-gemeenten-gebruiken-algoritmen-voor-risicoprofilering-inwoners).

112 Mensenrechtencomité van de Verenigde Naties, Algemene Opmerking Nr. 31, 26 mei 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, par. 3-8. VN-Comité inzake economische, sociale en culturele rechten, Algemene Opmerking 3, 14 december 1990, E/1991/23, par. 2-8.

met algoritmische besluitvormingssystemen.¹¹³ Momenteel bestaan er geen expliciete bindende internationale mensenrechtennormen voor de bescherming van de mensenrechten in algoritmische besluitvormingssystemen. Het toeslagenschandaal toont de dringend noodzaak aan dat staten en internationale, regionale en supranationale instanties bindende en duidelijk omschreven regels en normen moeten vaststellen voor de mensenrechtenverplichtingen en -verantwoordelijkheden bij het ontwerp, de bouw, het gebruik en de evaluatie van algoritmische besluitvormingssystemen.

Regeringen moeten een kader tot stand brengen dat a) schendingen door het van algoritmische besluitvormingssystemen voorkomt, b) monitoring- en toezichtmechanismen instelt als waarborg, c) degenen die verantwoordelijk zijn voor schendingen ter verantwoording roept, en d) voorziet in effectieve rechtsmiddelen voor individuen en groepen wier rechten zijn geschonden.

7.2 ONBEHEERSBAAR: *BLACK BOX*-SYSTEMEN EN ZELFLERENDE ALGORITMEN IN DE PUBLIEKE SECTOR

Het risicoclassificatiemodel was een black box-systeem dat een zelflerend algoritme omvatte. Dit algoritmische besluitvormingssysteem belemmerde de verantwoordingsplicht en transparantie en was onverenigbaar met de beginselen van behoorlijk bestuur, legaliteit en de rechtsstaat.

Black box-systemen zijn algoritmische systemen waarvan de input en de werking niet zichtbaar zijn voor de gebruikers van het systeem of voor andere partijen. Dit soort systemen is ondoorzichtig en kan derhalve niet worden onderworpen aan zinvolle normen van toezicht, verantwoordingsplicht en transparantie. Het risicoclassificatiemodel selecteerde aanvragen met de hoogste risicoscore voor handmatige controle en beoordeling door een ambtenaar. De ambtenaren (als gebruikers van het systeem) hadden geen details tot hun beschikking over welke informatie was gebruikt als basis voor het toekennen van een specifieke risicoscore aan een aanvrager.¹¹⁴ Het *black box*-systeem belemmerde een zinvolle verantwoordingsplicht en transparantie van de fraudeopsporingspraktijken en het fraudebeleid van de Belastingdienst.

Het risicoclassificatiemodel had ook een zelflerend algoritme, zoals uiteengezet in hoofdstuk 5. Het gebruik van zelflerende algoritmen in de publieke sector brengt een aantal uitdagingen met zich mee die in sommige situaties aanzienlijke risico's inhouden voor de mensenrechten, en die de beginselen van de rechtsstaat en van behoorlijk bestuur ondermijnen. Zelflerende algoritmen worden voortdurend gevoed met nieuwe informatie en passen vervolgens de manier aan waarop zij beslissingen nemen. Als een algoritme zelflerend is en "live" wordt gebruikt bij wetstoepassing en -handhaving, kan het resultaat zijn dat op een bepaald moment geen enkel mens, met inbegrip van de ontwerpers, de ontwikkelaars, de gebruikers en de mensen die werken voor instanties die toezicht houden op de mensenrechten, nog begrijpt hoe een bepaalde beslissing door het systeem op dat moment wordt genomen.¹¹⁵ Dit is problematisch omdat overheidsactiviteiten controleerbaar en voorspelbaar moeten zijn. Er bestaat ook een significant risico dat de inzet van *black box*-systemen en zelflerende algoritmen opzettelijke of onopzettelijke vooroordelen versterkt, hetgeen leidt tot systemen die systematisch bevooroordeelde resultaten opleveren als gevolg van foutieve veronderstellingen die in het

113 VN-Comité inzake de uitbanning van rassendiscriminatie (CERD), Algemene Aanbeveling 36 inzake het voorkomen en tegengaan van etnisch profileren door wetshandhavinginstanties, 17 december 2020, CERD/C/GC/36, par. 58.

114 Autoriteit Persoonsgegevens, *Belastingdienst/Toeslagen: De verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag*, 16 juli 2020, blz. 14-15, autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/onderzoek_belastingdienst_kinderopvangtoeslag.pdf.

115 Raad voor de rechtspraak, "Algoritmes in de rechtspraak: Wat artificiële intelligentie kan betekenen voor de rechtspraak", 2019, rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/rechtstreeks-2019-02.pdf.

zelflerende proces zijn ingebakken.¹¹⁶ Deze kenmerken zijn onverenigbaar met behoorlijk bestuur, het beginsel van legaliteit en de rechtsstaat wanneer zelflerende algoritmen in de publieke sector worden gebruikt voor besluitvorming en handelingen die rechtsgevolgen hebben, van invloed zijn op de rechten en vrijheden van individuen, of een grote impact hebben op de samenleving¹¹⁷

Regeringen moeten afzien van het gebruik van black box-systemen in risicovolle situaties, zoals bij de opsporing van fraude in de sociale zekerheid. Regeringen moeten ook de inzet verbieden van zelflerende algoritmen tijdens de gebruiksfase van algoritmische besluitvormingssystemen in de publieke sector als het gaat om a) besluitvorming met rechtsgevolgen, b) besluitvorming en handelingen die de rechten en vrijheden van individuen aantasten, en c) besluitvorming en handelingen die een grote impact hebben op de samenleving.

7.3 UIT HET PUBLIEKE OOG GEHOUDEN: EEN GEBREK AAN TRANSPARANTIE

Het gebruik, de werking en het effect van het risicoclassificatiemodel voor kinderopvangtoeslagen waren lange tijd verborgen voor het publiek. Sterker nog, door de geslotenheid van de Belastingdienst en een gebrekkige implementatie en handhaving en/of beperkte reikwijdte van de transparantieplichtingen die voortvloeien uit de internationale gegevensbeschermingswetgeving, kregen ouders en verzorgers geen zinvolle informatie over de resultaten van het risicoclassificatiemodel in hun individuele geval. Zij waren hierdoor niet in staat zich tegen het systeem te verdedigen. Deze ondoorzichtigheid belemmerde het recht op een effectief rechtsmiddel en ondermijnde hiermee het beginsel van behoorlijk bestuur en van de rechtsstaat.

Transparantie is een kernbeginsel van behoorlijk bestuur en van de rechtsstaat.¹¹⁸ Transparantie bij de totstandkoming en implementatie van overheidsbeleid stelt het publiek in staat toegang te krijgen tot sociale voorzieningen en bescherming van haar rechten te eisen.¹¹⁹ Voorts heeft het VN-mensenrechtencomité uitdrukkelijk het algemene recht erkend op toegang tot informatie waarover overheidsinstanties beschikken.¹²⁰ Om aan dit recht uitvoering te geven, moeten staten zowel proactief overheidsinformatie van openbaar belang publiceren alsmede “de nodige procedures vaststellen, waardoor men toegang tot informatie kan krijgen, bijvoorbeeld door middel van wetgeving inzake vrijheid van informatie”.¹²¹ Transparantie moet worden gegeven in algemene zin, maar ook aan individuen die door overheidsbesluiten en -acties worden getroffen¹²²

116 Amnesty International en Access Now, The Toronto Declaration, 16 mei 2018, torontodeclaration.org.

117 Amnesty International, “Inbreng Amnesty International voor het Commissiedebat Bescherming persoonsgegevens op 20 mei 2021”, 17 mei 2021, amnesty.nl/content/uploads/2021/05/Inbreng-Amnesty-commissiedebat-bescherming-persoonsgegevens.pdf?x92023.

118 UN, “What is the Rule of Law”, undated, un.org/ruleoflaw/what-is-the-rule-of-law/.
VN-Hoge Commissaris voor de Mensenrechten (OHCHR), “About Good Governance: What is good governance?”, geen datum, ohchr.org/EN/Issues/Development/GoodGovernance/Pages/AboutGoodGovernance.aspx.

119 Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Good Governance Practices for the Protection of Human Rights, 2007, blz. 5, ohchr.org/documents/publications/GoodGovernance.pdf.

De Commissaris voor de Mensenrechten van de Raad van Europa stelt een reeks praktische aanbevelingen voor aan de nationale autoriteiten om de mensenrechten in algoritmische systemen te beschermen op 10 belangrijke actiegebieden, waarvan transparantie er één is. Zie Raad van Europa, Unboxing Artificial Intelligence: 10 steps to protect Human Rights, mei 2019, blz. 9, rm.coe.int/unboxing-artificial-intelligence-10-steps-to-protect-human-rights-reco/1680946e64.

120 Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten, artikel 19. VN-Mensenrechtencomité, Algemene Opmerking 34, 12 september 2011, CCPR/C/GC/34, ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf.

121 VN-Mensenrechtencomité, Algemene Opmerking 34, 12 september 2011, CCPR/C/GC/34, ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf.

122 VN-Comité inzake de uitbanning van rassendiscriminatie (CERD), Algemene Aanbeveling 36 inzake het voorkomen en tegengaan van etnisch profileren door wetshandavingsinstanties, 17 december 2020, CERD/C/GC/36, par. 61.

Gezien het risico dat het gebruik van algoritmische besluitvormingssystemen tot discriminerende resultaten kan leiden, is de behoefte aan transparantie over het gebruik van algoritmen in de overheidssector des te dringender.¹²³ Bovendien is het feit dat er algoritmische besluitvormingssystemen bestaan ter ondersteuning van besluitvorming in de overheidssector vaak verborgen of onbekend, waardoor het moeilijk of onmogelijk is om te weten of dit überhaupt een impact heeft op de mensenrechten. Dit resulteert in een asymmetrische kennis tussen degenen die de negatieve gevolgen ondervinden van algoritmische besluitvormingssystemen en degenen die dergelijke systemen ontwikkelen en gebruiken. Dit benadrukt de noodzaak om de transparantiemechanismen te versterken.¹²⁴ Daar komt bij dat wanneer de transparantie van algoritmische besluitvormingssystemen niet is gewaarborgd,¹²⁵ vooroordelen gemakkelijk onopgemerkt blijven of zelfs worden verdoezeld.¹²⁶ Openbare registers die transparantie verschaffen over het gebruik van algoritmische besluitvormingssystemen in de publieke sector zijn in Nederland nog niet wijdverbreid.¹²⁷

De Nederlandse Belastingdienst heeft lange tijd geheimzinnig gedaan over het gebruik van het risicoclassificatiemodel voor kinderopvangtoeslagen en de werking ervan. De Belastingdienst heeft geen algemene informatie openbaar gemaakt over hun gebruik van algoritmische besluitvormingssystemen, noch over het doel en de werking van dergelijke systemen.¹²⁸ Zoals uitgelegd zal worden in paragraaf 7.5, wordt het werk van de verschillende toezichthoudende instanties belemmerd door het aanhoudende gebrek aan transparantie en de onwil van de Belastingdienst om mee te werken.¹²⁹ Journalisten, politici, academici en maatschappelijke organisaties hadden en hebben nog steeds geen toegang tot relevante informatie die nodig is om het gebruik van algoritmische besluitvormingssystemen en de wijze waarop discriminerende algoritmen jarenlang gezinnen troffen te doorgronden.¹³⁰

Hoewel het risicoclassificatiemodel voor fraude met kinderopvangtoeslag werd ingevoerd in 2013,¹³¹ werd pas in juli 2020 officieel door de Autoriteit Persoonsgegevens vastgesteld dat de nationaliteit van aanvragers een rol speelde in het risicoclassificatiemodel. Zelfs na de onthulling van het toeslagenschandaal heeft de Nederlandse regering nog altijd geen algemene transparantieplichting ingevoerd rond het gebruik van algoritmische besluitvormingssystemen. (Zie het kader op bladzijde 31 voor de aanbevolen specificaties van dergelijke mechanismen).

¹²³ Amnesty International en Access Now, *The Toronto Declaration*, 16 mei 2018, Artikel 32, torontodeclaration.org.

¹²⁴ Raad van Europa, *Ad Hoc Committee on Artificial Intelligence (CAHAI): Feasibility Study*, 17 december 2020, CAHAI(2020)23, par. 85, rm.coe.int/cahai-2020-23-final-eng-feasibility-study-/1680a0c6da.

¹²⁵ VN-Comité inzake de uitbanning van rassendiscriminatie (CERD), Algemene Aanbeveling 36 inzake het voorkomen en tegengaan van etnisch profileren door wetshandhavinginstanties, 17 december 2020, CERD/C/GC/36, par. 64.

¹²⁶ Raad van Europa, *Ad Hoc Committee on Artificial Intelligence (CAHAI): Feasibility Study*, 17 december 2020, CAHAI(2020)23, par. 30, rm.coe.int/cahai-2020-23-final-eng-feasibility-study-/1680a0c6da.

¹²⁷ In reactie op een resolutie van een parlements lid om een algoritme register in te stellen, heeft het kabinet een pilot gepland met een transparantie-instrument. Registers die transparantie bieden over het gebruik van algoritmen in de overheidssector zijn echter nog niet algemeen ingevoerd en het kabinet heeft geen plannen voor transparantieplichtingen voorgesteld. Zie Brief van de regering, "Voortgang AI en algoritmen", 10 juni 2021, [tweedekamer.nl/kamerstukken/brieven_regering/detail?id=2021Z10411&djid=2021D22770](https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/brieven_regering/detail?id=2021Z10411&djid=2021D22770). Amsterdam is vrijwillig begonnen met een proef met een algoritme register. Het register bevat niet alle informatie zoals aanbevolen op blz 31. Zie <https://algorithmeregister.amsterdam.nl/en/participate-in-a-survey/>. Amnesty International, "Amnesty International Submission to the European Commission's Consultation on Artificial Intelligence", juni 2020, Recommendation 5, ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12527-Artificial-intelligence-ethical-and-legal-requirements/public-consultation_en.

¹²⁸ In januari 2021 erkende het Nederlandse kabinet de kritiek op het gebrek aan informatie en verklaarde het zich bereid om meer transparantie te geven. Het kabinet kondigde plannen aan om documenten te publiceren die ten grondslag liggen aan ministeriële besluiten en interne beraadslagingen. Transparantie over het algoritmische systeem kwam in deze plannen echter niet aan de orde. Zie: Minister-President, Minister van Algemene Zaken, Kabinetsreactie rapport "Ongekend Onrecht", 15 januari 2021, rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2021/01/15/kamerbrief-met-reactie-kabinet-op-rapport-ongekend-onrecht.

¹²⁹ Tweede Kamer der Staten-Generaal, 17 december 2020, blz. 8.

¹³⁰ Tweede Kamer der Staten-Generaal, 17 december 2020, blz. 8.

¹³¹ Autoriteit Persoonsgegevens, 16 juli 2020, blz. 14.

Toegang tot informatie over de wijze waarop overheidshandelingen van invloed zijn op de mensenrechten is ook essentieel om mensen in staat te stellen hun recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel uit te oefenen wanneer hun rechten zijn geschonden (zie ook paragraaf 7.7). Door de ondoorzichtigheid van sommige algoritmische besluitvormingssystemen en de onmogelijkheid om de manier waarop deze systemen werken nauwkeurig te onderzoeken (zie Sectie 7.2 over het “black box” fenomeen) zullen individuen mogelijk niet op de hoogte zijn van de manier waarop beslissingen over hun rechten tot stand zijn gekomen. Alleen wanneer de transparantie van een algoritmisch besluitvormingssysteem is gewaarborgd, bijvoorbeeld door documentatie of vastlegging van relevante informatie, kan een systeem worden gecontroleerd, en kan volledig worden nagegaan in hoeverre het bijvoorbeeld inbreuk maakt op het recht op non-discriminatie.¹³² Met name wanneer de door dergelijke systemen genomen besluiten van invloed zijn op gemarginaliseerde en/of achtergestelde gemeenschappen, zoals mensen met een immigrantenachtergrond, moeten extra stappen worden ondernomen om ervoor te zorgen dat aan hen duidelijke, correcte en volledige informatie wordt verstrekt op een toegankelijke en begrijpelijke manier.¹³³ Het recht op transparantie van algoritmische besluitvormingssystemen die persoonsgegevens verwerken, is gecodificeerd in het Verdrag inzake Gegevensbescherming 108+ van de Raad van Europa, dat door Nederland is ondertekend.¹³⁴ Dit recht omvat toegang tot informatie over de motivering die aan de verwerking van persoonsgegevens ten grondslag ligt, met inbegrip van de gevolgen van die motivering.¹³⁵ Nederland heeft dit verdrag echter, bijna drie jaar na de ondertekening, nog steeds niet geratificeerd.¹³⁶

De ouders en verzorgers die door het toeslagenschandaal werden getroffen, werden niet verteld over het feit dat hun aanvraag was geselecteerd door een algoritme omdat deze een hogersico-score had gekregen voor onnauwkeurigheid. De ouders en verzorgers kregen ook geen algemene informatie over de risicofactoren en hun individuele scores. Gezinnen die vanwege hun immigratieachtergrond tot een gemarginaliseerde groep behoorden, liepen een groter risico geselecteerd te worden (zie hoofdstuk 5 en 6). De Belastingdienst had geen extra stappen ondernomen om te zorgen voor duidelijke, juiste en volledige informatie over het algoritmische besluitvormingssysteem en de besluitvormingsprocessen. Ouders en verzorgers hadden geen toegang tot informatie over de motivering die aan de verwerking van hun gegevens ten grondslag lag, met inbegrip van de gevolgen van die motivering. Door dit gebrek aan transparantie waren ouders en verzorgers niet in staat zich te verdedigen of hun onschuld te bewijzen. Zij konden ook geen rechtsvordering instellen op grond van discriminatie in het risicoclassificatiemodel. Hierdoor werd hen de toegang tot de rechter belemmerd (zie paragraaf 7.7).

Aangezien de Belastingdienst persoonsgegevens verwerkte, zijn de verplichtingen van de Algemene Verordening Gegevensbescherming van de Europese Unie van toepassing. Op grond van deze verordening hebben mensen recht op zinnvolle informatie over de logica van algoritmen.¹³⁷ Dit recht geldt echter slechts in zeer beperkte omstandigheden, voor besluiten die worden genomen door volledig geautomatiseerde algoritmische besluitvormingssystemen. Het recht op zinnvolle informatie uit de Algemene Verordening

¹³² Amnesty International en Access Now, The Toronto Declaration, 16 mei 2018, Artikel 30 jo. 32, torontodeclaration.org.

¹³³ Speciaal Rapporteur van de Verenigde Naties inzake het vrijheid van meningsuiting, 30 april 2009, A/HRC/11/4, par. 14 en 53.

¹³⁴ Raad van Europa, Verdrag tot bescherming van personen met betrekking tot de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, 28 januari 1981. Het Verdrag is in 2018 gemoderniseerd. Zie Raad van Europa, Verdrag 108+, Verdrag tot bescherming van personen met betrekking tot de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, 18 mei 2018.

¹³⁵ Artikel 9, lid 1, sub c, en ro. 77 van het toelichtend rapport bij Verdrag 108+. Uit deze overweging volgt dat, bijvoorbeeld in het geval van kredietscores, personen het recht moeten hebben om de logica te kennen die ten grondslag ligt aan de verwerking van hun gegevens en die leidt tot een “ja” of “nee” beslissing, en niet alleen informatie over de beslissing zelf. Inzicht in deze elementen draagt bij tot de daadwerkelijke uitoefening van andere essentiële waarborgen, zoals het recht van bezwaar en het recht een klacht in te dienen bij een bevoegde autoriteit.

¹³⁶ Raad van Europa, “Chart of signatures and ratifications of Treaty 223”, 16 September 2021, coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatyid=223.

¹³⁷ Algemene verordening gegevensbescherming, artikel 22 jo. artikelen 12 t/m 17.

Gegevensbescherming strekt zich niet uit tot algoritmische besluitvormingssystemen die de besluitvorming van ambtenaren bijstaan of ondersteunen. Slechts een beperkte of onbeduidende mate van menselijke betrokkenheid bij de besluitvorming betekent dat het recht op zinvolle informatie niet van toepassing is.

Zoals uiteengezet in hoofdstuk 5, keurde de Belastingdienst de aanvragen die door het risicoclassificatiemodel als weinig riskant werden aangemerkt, automatisch goed. Voor deze ouders en verzorgers fungeerde het risicoclassificatiemodel als een volledig geautomatiseerd besluitvormingssysteem. Deze groep heeft daarom recht op zinvolle informatie over de logica van het algoritme achter het risicoclassificatiemodel. Bij geautomatiseerde of semi-geautomatiseerde besluitvorming waarin de aanvragen van ouders en verzorgers worden afgewezen, is er extra toetsing nodig in de vorm van menselijke tussenkomst, in aanvulling op zinvolle informatievoorziening. De ouders en verzorgers die werden gediscrimineerd, hebben echter geen recht op zinvolle informatie. Deze groep werd geselecteerd voor extra toetsing door een ambtenaar, hetgeen betekent dat er sprake was van een menselijke tussenkomst in het besluitvormingsproces. Onder de Algemene Verordening Gegevensbescherming komt menselijke tussenkomst in de plaats van het recht op zinvolle informatie. Zinvolle informatie moet duidelijkheid bieden over de logica achter het algoritmische besluitvormingssysteem en de interactie tussen het systeem en de ambtenaar, wat helpt bij het opsporen van onjuiste inputs en outputs, discriminatie, vooringenomenheid bij automatisering, en het gebruik van black box-systemen.¹³⁸ In het toeslagenschandaal werd de groep voor wie transparantie het belangrijkste is, in wezen uitgesloten van toegang tot zinvolle informatie over de logica van het algoritme.

Regeringen dienen een zo groot mogelijke transparantie te bieden met betrekking tot het gebruik van algoritmische besluitvormingssystemen in de publieke sector, door een openbaar register in te stellen dat gedetailleerde en uitgebreide informatie bevat over het gebruik van algoritmische besluitvormingssystemen door de publieke sector. Regeringen dienen volledig transparant te zijn over algoritmische besluitvormingssystemen en de betrokken mensen zinvolle informatie te verstrekken over de onderliggende logica, het belang en de verwachte gevolgen van beslissingen, zelfs indien de besluitvorming niet volledig geautomatiseerd is, en ongeacht de mate van menselijke betrokkenheid bij het besluitvormingsproces.

- Een algoritmeregister dient ten minste de volgende informatie te bevatten:
- Waar en voor welk(e) doeleind(en) de algoritmische besluitvormingssystemen worden gebruikt;
- De aannames, uitgangspunten en de ontwerpbeginzelen waarop de systemen zijn gebaseerd;
- De nauwkeurigheid van het systeem;
- De identiteit van de ontwerper, ontwikkelaars en gebruikers van de systemen, met inbegrip van (commerciële) partners en publiek-private partnerschappen;
- De datasets die worden gebruikt om het model te trainen en het doel van de oorspronkelijke verzameling van deze gegevens;
- Hoe mensen de voorspellingen die door het systeem worden genomen gebruiken;
- Welke risico's en effecten zijn vastgesteld (zie paragraaf 7.4);
- Het resultaat van periodieke evaluatie;
- Alle juridische en technische waarborgen die zijn ingebouwd om de geïdentificeerde risico's te beperken;
- Welke rechten mensen hebben en informatie over hoe mensen deze rechten kunnen uitoefenen;

¹³⁸ Bovendien is de menselijke betrokkenheid bij algoritmische systemen vaak onderhevig aan automatiseringsvooringenomenheid, zware tijdsdruk of een gebrek aan informatie bij de herziening van het besluit. Zie bijvoorbeeld Kate Goddard c.s., "Automation bias: a systemic review of frequency, effect mediators, and mitigators", *Journal of the American Medical Informatics Association*, Volume 19, Issue 1, 16 juni 2011, <https://academic.oup.com/jamia/article/19/1/121/732254>.

- Welke mechanismen er zijn om mensen te informeren als er iets misgaat;
- Hoe vaak, door wie en hoe het systeem wordt geëvalueerd en beoordeeld;
- Op welke manier mensen feedback kunnen geven aan de ontwerpers, ontwikkelaars en gebruikers van het algoritmische besluitvormingssysteem;
- Welke verhaalsmogelijkheden mensen hebben wanneer zij schade ondervinden.

7.4 MENSENRECHTEN ALS BIJZAAK: GEEN BEOORDELING VAN HET EFFECT OP DE MENSENRECHTEN

De Belastingdienst heeft de potentiële risico's en gevolgen voor de mensenrechten niet beoordeeld voorafgaand aan het gebruik van het kinderopvangtoeslag risicoclassificatiemodel, en heeft hierdoor verzuimd om de discriminerende gevolgen die voortvloeien uit het gebruik van het risicoclassificatiemodel te beperken.

Staten moeten het effect van algoritmische besluitvormingssystemen op de mensenrechten gedurende hun gehele levenscyclus voortdurend evalueren en controleren, en zij moeten passende mitigerende maatregelen nemen indien er risico's of schade aan mensenrechten worden geïdentificeerd.¹³⁹ In een aanbeveling over de gevolgen van algoritmische besluitvormingssystemen voor de mensenrechten heeft de Raad van Europa gesteld dat staten alle risico's voor de mensenrechten moeten aanpakken door een beoordeling van het effect op de mensenrechten uit te voeren.¹⁴⁰ Het snel ontwikkelende karakter van deze technologie houdt in dat zich waarschijnlijk nieuwe risico's zullen voordoen in allerlei onvoorziene contexten.¹⁴¹ Daardoor is het van cruciaal belang dat alle algoritmische besluitvormingssystemen worden onderworpen aan een voortdurend proces dat de eerbiediging, bescherming en verwezenlijking van de mensenrechten waarborgt.¹⁴² De verantwoordelijkheid moet liggen op overheidsinstanties die een algoritmisch besluitvormingssysteem ontwikkelen en toepassen. Zij moeten de daadwerkelijke en potentiële gevolgen voor de mensenrechten in kaart brengen en aantonen dat zij op een voortdurende, transparante en dynamische basis passende maatregelen hebben genomen om deze risico's aan te pakken.¹⁴³ Een beoordeling van het effect van algoritmische besluitvormingssystemen op mensenrechten kan een belangrijk instrument zijn om potentiële en daadwerkelijke negatieve gevolgen voor de mensenrechten van algoritmische besluitvormingssystemen te identificeren.¹⁴⁴

De Nederlandse Belastingdienst heeft geen mensenrechtenbeoordeling uitgevoerd voor het risicoclassificatiemodel voor kinderopvangtoeslagen. Het toeslagenschandaal heeft aangetoond dat het gebruik van discriminerende algoritmen leidde tot een hogere waarschijnlijkheid dat bepaalde groepen mensen werden

140 Aanbeveling CM/REC(2020)1 van het Comité van Ministers aan de lidstaten inzake de gevolgen van algoritmische systemen op mensenrechten, op 8 april 2020 door het Comité van Ministers aangenomen tijdens de 1373e vergadering van de afgevaardigden van de ministers, par. 5.2.

141 Amnesty International, "Amnesty International Submission to the European Commission's Consultation on Artificial Intelligence", juni 2020, Recommendation 3, ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12527-Artificial-intelligence-ethical-and-legal-requirements/public-consultation_en.

142 Comité van Ministers aan EU-lidstaten, Aanbeveling inzake de gevolgen van algoritmische systemen op mensenrechten, 8 april 2020, par. 5.2.

143 Amnesty International, juni 2020, Recommendation 3.

144 Amnesty International, juni 2020, Recommendation 5. Amnesty International, "Race, borders and digital technologies: submission to the UN Special Rapporteur on Contemporary Forms of Racism, Xenophobia and Related Intolerance", september 2020, Recommendation 2, ohchr.org/Documents/Issues/Racism/SR/RaceBordersDigitalTechnologies/Amnesty_International.pdf. European Digital Rights, *Recommendations for a Fundamental Rights-based Artificial Intelligence Regulation: Addressing collective harms, democratic oversight and impermissible use*, 4 juni 2020, Aanbeveling 6, edri.org/wp-content/uploads/2020/06/AI_EDRiRecommendations.pdf.

geconfronteerd met een harde behandeling door de Belastingdienst. Indien vóór en tijdens het gebruik van het risicoclassificatiesysteem was onderzocht welke schade de getroffen gezinnen mogelijk hadden geleden als gevolg van de schending van hun mensenrechten, had de Belastingdienst de risico's en gevolgen van hun beleid en praktijken kunnen onderkennen en beperken. Bovendien had een latere externe toetsing van het algoritmische besluitvormingssysteem van de Belastingdienst door een onafhankelijke toezichtsinstantie met relevante deskundigheid sneller kunnen plaatsvinden indien er een voorafgaande mensenrechtenbeoordeling had plaatsgevonden en de toezichthouder bij dat proces betrokken was geweest.

Regeringen moeten een verplichte en bindende mensenrechtentoets invoeren bij het gebruik van algoritmische besluitvormingssystemen in de publieke sector, ook wanneer deze systemen worden gebruikt door wetshandhavinginstanties. De mensenrechtentoets moet worden uitgevoerd tijdens de ontwerp-, ontwikkelings-, gebruiks- en evaluatiefase van algoritmische besluitvormingssystemen. Het effect op alle relevante mensenrechten, met inbegrip van sociale en economische rechten, moet vakkundig worden beoordeeld. Bij het proces moeten relevante belanghebbenden worden betrokken, waaronder onafhankelijke mensenrechtendeskundigen, toezichthouders, mensen uit potentieel getroffen, gemarginaliseerde en/of achtergestelde gemeenschappen, en technische deskundigen.

7.5 FALEND TOEZICHT: GEEN TOEZICHT OP DE MENSENRECHTEN

Toezicht op het gebruik van het risicoclassificatiemodel voor kinderopvangtoeslag door de Belastingdienst ontbrak, door het versnipperde karakter van bestaande toezichtmechanismen, het ontbreken van bindende mechanismen voor het toezicht op de naleving van mensenrechten en de ondoorzichtigheid van de praktijken van de Belastingdienst.

Nationale toezichthoudende instanties, die onafhankelijk zijn van de uitvoerende macht van de overheid, zijn van groot belang voor een zinvolle bescherming van mensenrechten.¹⁴⁵ Sterke mensenrechteninstellingen op nationaal niveau moeten ervoor zorgen dat de mensenrechten voortdurend worden beschermd en bevorderd.¹⁴⁶ In internationale mensenrechten worden staten aangemoedigd om nationale, onafhankelijke instellingen op te richten die de verwezenlijking van de mensenrechteninstrumenten bevorderen en controleren.¹⁴⁷ Staten dienen er daarom voor zorgen, met gepaste betrokkenheid van de nationale parlementen, dat beleid en wetgeving volledig in overeenstemming zijn met de mensenrechten, door wetsvoorstellen en administratieve praktijken systematisch te toetsen.¹⁴⁸

Onafhankelijke toezichtmechanismen spelen een cruciale rol in de context van algoritmische besluitvormingssystemen, aangezien er ernstige risico's verbonden zijn aan het gebruik van algoritmische besluitvormingssystemen door staten voor besluitvorming in de publieke sector.¹⁴⁹ Significante

145 Ineke Boerefijn, "International Human Rights in National Law", in Catarina Krause en Martin Scheinin (red.), *International Protection of Human Rights: A Textbook*, 2009, blz. 587-595. De beginselen met betrekking tot de rechtspositie van nationale instellingen (De VN-Beginselen van Parijs), 20 december 1993, Beginsel 3.

146 Verenigde Naties, "Strengthening of the United Nations: An Agenda for Further Change", 9 september 2002, par. 50.

147 Ineke Boerenfijn, 2009, blz. 594. Zie bijvoorbeeld VN-Comité inzake de uitbanning van rassendiscriminatie (CERD), Algemene Aanbeveling 17, 1993, par. 27.

148 Kopenhagen Verklaring, 12-13 april 2018, par. 16.

149 VN-Comité inzake de uitbanning van rassendiscriminatie (CERD), Algemene Aanbeveling 36 inzake het voorkomen en tegengaan van etnisch profileren door wetshandhavinginstanties, 17 december 2020, CERD/C/GC/36, par. 62. Amnesty International en Access Now, The Toronto Declaration, 16 mei 2018, Artikelen 6 en 33, torontodeclaration.org.

deskundigheid is vereist om de mogelijke gevaren van algoritmische besluitvormingssystemen te begrijpen en om de introductie en de voortdurende ontwikkeling van algoritmische besluitvormingssystemen in de overheidssector doeltreffend bij te houden. Dit vereist onder meer expertise over alle relevante mensenrechtennormen, waaronder gegevensbeschermingsnormen, alsmede datawetenschap, het ontwerp van algoritmische systemen en geautomatiseerde of semi-geautomatiseerde besluitvorming.¹⁵⁰

De werkwijze van de Nederlandse belastingdienst in het opsporen van fraude in het kader van de kinderopvangtoeslag is door verschillende instellingen onderzocht. Dit toezicht was echter gefragmenteerd en niet alomvattend. Al in 2017 bracht de Nationale Ombudsman een niet-bindend rapport uit, getiteld *Geen machtsspel, maar fair play*, waarin de Belastingdienst sterk werd bekritiseerd en werd aangeraden om gedupeerde mensen een schadevergoeding te bieden.¹⁵¹ Gedeeltelijk vanwege de niet-bindende status van het rapport, werden de waarschuwingen en aanbevelingen van de Ombudsman genegeerd door de regering.¹⁵² Bovendien bleek de Ombudsman niet in staat om de waarheid aan het licht te brengen wat betreft het gebruik van nationaliteit, dubbel staatsburgerschap of migratieachtergrond in het risicoclassificatiemodel door de Belastingdienst, ondanks een bijzonder onderzoek naar het risicoclassificatiemodel voor kinderopvangtoeslag.¹⁵³ Daarnaast begon het College van de Rechten van de Mens, de algemene toezichthouder die onderzoek doet naar mensenrechtenschendingen in Nederland, pas met haar onderzoek na de publicatie van het rapport van de parlementaire ondervragingscommissie in 2020, ondanks het feit dat het College in de loop der jaren meerdere klachten van slachtoffers van het risicoclassificatiemodel voor kinderopvangtoeslagen had ontvangen.¹⁵⁴ De conclusies van het College van de Rechten van de Mens zijn op het moment van schrijven nog niet openbaar gemaakt. De aanbevelingen van het College van de Rechten van de Mens zijn echter niet juridisch bindend en kunnen dan ook, zoals eerder met soortgelijke documenten is gebeurd, door de Nederlandse regering terzijde worden geschoven.¹⁵⁵

De Nederlandse Autoriteit Persoonsgegevens heeft daarentegen wel de bevoegdheid om bindende adviezen uit te brengen. De Autoriteit Persoonsgegevens is in 2019 met haar onderzoek begonnen, hoewel getroffen ouders en verzorgers al in 2017 hun bezorgdheid over het beleid inzake de opsporing van fraude met kinderopvangtoeslagen uitte bij deze toezichthouder.¹⁵⁶

150 Amnesty International, *We Sense Trouble: Automated Discrimination and Mass Surveillance in Predictive Policing in the Netherlands*, 2020, blz. 44, [amnesty.org/en/documents/eur35/2971/2020/en](https://www.amnesty.org/en/documents/eur35/2971/2020/en)

151 Nationale Ombudsman, *Geen powerplay maar fair play: onevenredig harde aanpak van 232 gezinnen met kinderopvangtoeslag*, 9 augustus 2017, blz. 4, [nationaleombudsman.nl/system/files/onderzoek/Rapport%202017-095%20Geen%20powerplay%20maar%20fair%20play_0.pdf](https://www.nationaleombudsman.nl/system/files/onderzoek/Rapport%202017-095%20Geen%20powerplay%20maar%20fair%20play_0.pdf).

152 NU.nl, "Ombudsman zegt dat overheid hem jarenlang niet hoorde in Toeslagenaffaire", 7 maart 2021, nu.nl/politiek/6120200/ombudsman-zegt-dat-overheid-hem-jarenlang-niet-hoorde-in-toeslagenaffaire.html.

153 Nationale Ombudsman, "Antwoord op vragen RTL en *Trouw* van 12 april 2019", 17 april 2019, [rtlnieuws.nl/sites/default/files/content/documents/2019/05/19/Antwoord%20Nationale%20ombudsman%20op%20vragen%20van%20RTL%20en%20Trouw.pdf](https://www.rtinieuws.nl/sites/default/files/content/documents/2019/05/19/Antwoord%20Nationale%20ombudsman%20op%20vragen%20van%20RTL%20en%20Trouw.pdf).

154 College van de Rechten van de Mens, "Onderzoek College naar tientallen klachten over de Belastingdienst", 17 juni 2021, [mensenrechten.nl/nl/nieuws/onderzoek-college-naar-tientallen-klachten-over-de-belastingdienst](https://www.mensenrechten.nl/nl/nieuws/onderzoek-college-naar-tientallen-klachten-over-de-belastingdienst).

155 Het College van de Rechten van de Mens heeft verschillende aanbevelingen gedaan om discriminatie te voorkomen, en heeft al verklaard dat de Nederlandse regering niet genoeg doet om systemische racisme in Nederland aan te pakken. Zie bijvoorbeeld College van de Rechten van de Mens, "College tegen VN: rassendiscriminatie komt op alle domeinen voor in Nederland", 17 augustus 2021, [mensenrechten.nl/nl/nieuws/college-tegen-vn-rassendiscriminatie-komt-op-alle-domeinen-voor-in-nederland](https://www.mensenrechten.nl/nl/nieuws/college-tegen-vn-rassendiscriminatie-komt-op-alle-domeinen-voor-in-nederland). Meervoudige oproepen van het College van de Rechten van de Mens om antidiscriminatie waarborgen in wetsvoorstellen op te nemen, zijn door de Nederlandse regering naast zich neergelegd. Zie bijvoorbeeld College van de Rechten van de Mens, "Intrekken nationaliteit uitreizigers op gespannen voet met gelijke behandeling", 23 juli 2021, [mensenrechten.nl/nl/toegelicht/intrekken-nationaliteit-uitreizigers-op-gespannen-voet-met-gelijke-behandeling](https://www.mensenrechten.nl/nl/toegelicht/intrekken-nationaliteit-uitreizigers-op-gespannen-voet-met-gelijke-behandeling). College van de Rechten van de Mens, "Gelijke behandeling en rechtsbescherming in de knel bij Wet gegevensverwerking door samenwerkingsverbanden", 25 juni 2021, [mensenrechten.nl/nl/nieuws/gelijke-behandeling-en-rechtsbescherming-in-de-knel-bij-wet-gegevensverwerking-door](https://www.mensenrechten.nl/nl/nieuws/gelijke-behandeling-en-rechtsbescherming-in-de-knel-bij-wet-gegevensverwerking-door). In 2020 oordeelde het VN-Mensenrechtencomité dat Nederland de rechten van een kind had geschonden door het als "nationaliteit onbekend" te registreren en het niet als staatloos te erkennen. Het College van de Rechten van de Mens had Nederland al eerder tevergeefs opgeroepen de gebrekkige bescherming van kinderrechten aan te pakken. Zie College van de Rechten van de Mens, "Nederland moet betere bescherming bieden aan kinderen zonder nationaliteit", 6 januari 2021, [mensenrechten.nl/nl/nieuws/nederland-moet-betere-bescherming-bieden-aan-kinderen-zonder-nationaliteit](https://www.mensenrechten.nl/nl/nieuws/nederland-moet-betere-bescherming-bieden-aan-kinderen-zonder-nationaliteit).

156 Autoriteit Persoonsgegevens, 16 juli 2020, blz. 6.

De Autoriteit Persoonsgegevens heeft verklaard herhaaldelijk te zijn misleid door de Belastingdienst.¹⁵⁷ Autoriteit Persoonsgegevens koppelde in het rapport het soort gegevens aan het soort discriminatie, wat een onjuiste uitleg is van internationale mensenrechten. Toch concludeerde de Autoriteit Persoonsgegevens dat de Belastingdienst nationaliteitsgegevens in het risicoclassificatiemodel waren verwerkt en dat deze verwerking onrechtmatig en discriminerend was op grond van nationaliteit.¹⁵⁸

De Autoriteit Persoonsgegevens kon niet vaststellen of de Belastingdienst gegevens over etniciteit, zoals ras of huidskleur had verwerkt, en stelde dat (in het algemeen) nationaliteit niet als een directe proxy voor gegevens over etniciteit of ras mag worden beschouwd.¹⁵⁹ De toezichthouder onderzocht vervolgens of de verwerking van nationaliteit door de Belastingdienst als de verwerking van gevoelige gegevens moet worden beschouwd onder het gegevensbeschermingsrecht. Daarbij heeft zij met name gekeken of de Belastingdienst het uitdrukkelijke doel had om te discrimineren op grond van etniciteit of dat discriminatie op grond van etniciteit “redelijkerwijs te voorzien was”.¹⁶⁰ Onder internationaal recht is het bestaan van vooroordelen of een intentie om te discrimineren echter niet relevant om te bepalen of sprake is van discriminatie. Het is het resultaat van de behandeling dat bepaalt of er al dan niet sprake is van discriminatie (zie paragraaf 6.1 van dit rapport). Door gegevensbeschermingscriteria aan de mix toe te voegen, heeft de Autoriteit Persoonsgegevens verzuimd een cruciale vraag te beantwoorden: leidt de verwerking van nationaliteit tot een verschil in behandeling op grond van etniciteit, en is dit verschil objectief en redelijk gerechtvaardigd?

De benadering van de Autoriteit Persoonsgegevens in het beoordelen van discriminatie onderstreept de noodzaak van een toezichtsorgaan met bindende bevoegdheden dat zich richt op de mensenrechtelijke gevolgen van algoritmische besluitvormingssystemen, naast de focus op gegevensbescherming die wordt geboden door de toezichthoudende autoriteiten voor gegevensbescherming. Het toont aan dat mensenrechtentoezicht onderzoek moet omvatten naar de doelstelling en de beweegredenen achter een algoritmisch besluitvormingssysteem en naar de reden voor het gebruik van bepaalde risicofactoren, zoals nationaliteit of zelfs schijnbaar neutrale factoren, alsook naar het (in)directe discriminerende effect van het algoritmische systeem.

Regeringen dienen alomvattende en onafhankelijke mechanismen op te zetten voor mensenrechtentoezicht op het gebruik van algoritmische besluitvormingssystemen, waarbij toezicht wordt gehouden op de naleving van zowel burger- en politieke rechten als sociale en economische rechten, zodat de verantwoordingsmechanismen worden versterkt en de mensenrechten beter beschermd. Het toezichtsorgaan dient het mandaat, de bevoegdheden en de capaciteit krijgen om toe te zien op de bescherming van de mensenrechten bij het gebruik van algoritmische besluitvormingssystemen in de publieke sector. Zij dient richtsnoeren uit te kunnen vaardigen, en ontwerpers, ontwikkelaars en gebruikers ter verantwoording te kunnen roepen in bindende besluiten.

157 Autoriteit Persoonsgegevens, “Presentatie onderzoeksrapport ‘De verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag’ door Aleid Wolfsen op 17 juli 2020”, 17 juli 2020, autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/toespraak_aleid_wolfesen_onderzoek_kinderopvangtoeslag.pdf. Ook tegenover de parlementaire ondervragingscommissie was de Belastingdienst onbereidwillig en ondoorzichtig. Tweede Kamer der Staten-Generaal, 17 december 2020, blz. 8.

158 Autoriteit Persoonsgegevens, 16 juli 2020, blz. 50.

159 Autoriteit Persoonsgegevens, 16 juli 2020, blz. 35.

160 Autoriteit Persoonsgegevens, 16 juli 2020, blz. 35 en 48.

EEN DERGELIJK TOEZICHTSORGAAN ZOU TEN MINSTE:

- De bevoegdheid moeten krijgen om erop toe te zien hoe overheidsinstanties alle mensenrechten respecteren, beschermen en verwezenlijken, met inbegrip van economische, sociale en culturele rechten, het recht op behoorlijk bestuur, en het recht op gelijkheid en non-discriminatie;
- Over de vereiste technische en juridische kennis moeten beschikken, alsmede over voldoende capaciteit en middelen om haar taken uit te kunnen voeren;
- Actief en proactief onderzoek moeten doen naar mensenrechtenschendingen en risico's in verband met het gebruik van algoritmische besluitvormingssystemen in de publieke sector;
- In staat moeten zijn om klachten van betrokken mensen, klokkenluiders en het maatschappelijk middenveld over het effect van algoritmische besluitvormingssystemen in ontvangst te nemen en te behandelen;
- De bevoegdheid moeten hebben om administratieve sancties op te kunnen leggen aan ontwerpers, ontwikkelaars of gebruikers van algoritmische besluitvormingssystemen, wanneer die systemen resulteren in mensenrechtenschendingen of schade, of indien er een groot en niet te veronachtzamen risico op dergelijke effecten bestaat;
- Toegang moeten hebben tot de documentatie, de mensenrechtentoets, de trainingsgegevens, de gegevenscategorieën en de algoritmen, om de algoritmische besluitvormingssystemen en de uitkomsten ervan te onderzoeken;
- Regelmatig moeten kunnen overleggen met belanghebbenden, zoals mensenrechten- en technische deskundigen, en in het bijzonder met de getroffen, gemarginaliseerde en/of achtergestelde gemeenschappen;
- Een mandaat moeten hebben dat niet in de weg staat van het recht van een individu om zich tot de rechter te wenden (zie paragraaf 7.7).

7.6 DISCRIMINATIE IN ALLE OPENBAARHEID: GEEN VERBOD OP ETNISCH PROFILEREN IN NEDERLAND

Hoewel de Nederlandse regering etnisch profileren openlijk afkeurt, blijft zij toestaan dat etniciteit en andere verboden discriminatiegronden worden gebruikt als risicofactor voor wantrouwen en als basis voor besluitvorming bij wetshandhaving.

Naast de verplichting om zich te onthouden van discriminerende maatregelen, hebben staten ook een *positieve verplichting* om discriminatie te voorkomen, een halt toe te roepen of te bestraffen.¹⁶¹ Deze verplichting omvat, waar nodig, het aannemen van wetgeving die bepaalde acties verbiedt die een groot risico op discriminatie met zich meebrengen.¹⁶²

161 EHRM, Pla and Puncernau tegen Andorra, verzoekschrift 69498/01, 13 juli 2004, par. 62, hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-61900. EHRM, Horváth en Kiss tegen Hongarije, verzoekschrift 11146/11, 29 januari 2013, par. 116, 119 en 127, hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-116124.

162 VN-Comité inzake de uitbanning van rassendiscriminatie (CERD), Algemene Aanbeveling 36, 24 november 2020, CERD/C/GC/36, par. 27.

In een debat over het toeslagenschandaal in januari 2021 weigerde Mark Rutte, demissionair minister-president, het gebruik van nationaliteit bij risicoprofilering en risicoscores stop te zetten.¹⁶³ Dit standpunt is schriftelijk bevestigd door het kabinet in reactie op verschillende moties en voorstellen om het gebruik van etniciteit en nationaliteit te verbieden in risicoprofielen die worden gebruikt voor wetshandhaving.¹⁶⁴ Eerder in 2020 oordeelde Ministerie van Justitie en Veiligheid dat het gebruik van nationaliteit in risicoprofielen is toegestaan, zolang het maar niet de enige factor is in een risicobeoordeling.¹⁶⁵

Dit argument is echter uiterst problematisch. Het gebruik van nationaliteit, zelfs naast andere factoren, in een door wetshandhavinginstanties gehanteerd risicoclassificatiesysteem leidt tot verschillende resultaten en ongelijke behandeling op basis van van de nationaliteit van bepaalde mensen.¹⁶⁶ Paragraaf 6.2 beschrijft hoe dit leidt tot etnisch profileren en mensen die tot een etnische minderheidsgroep toebehoren onevenredig treft.

In Nederland blijft de discriminerende praktijk van het gebruik van gegevens over nationaliteit en etnische afkomst, of proxy's daarvan, in risicoprofilering voor wetshandavingsdoeleinden op zoek naar potentiële verdachten van strafbare feiten voortbestaan. De Nederlandse regering blijft tekortschieten in haar positieve verplichting om discriminatie te voorkomen en in haar verplichting om doeltreffende maatregelen te nemen om een einde te maken aan etnisch profileren.¹⁶⁷ In juni 2021 bracht het College van de Rechten van de Mens een publicatie uit over etnisch profileren en het gebruik van ras en etniciteit in risicoprofielen die worden gebruikt in politiecontroles, grenscontroles en voor de opsporing van fraude met bijvoorbeeld sociale uitkeringen.¹⁶⁸ De publicatie beschrijft het publieke debat over deze kwestie en schetst de relevante mensenrechtennormen met betrekking tot etnisch profileren en het gebruik van ras en etniciteit in risicoprofielen die worden gebruikt voor het opsporen van fraude, maar neemt hierin geen duidelijk standpunt in. De Nederlandse regering zou de deur moeten sluiten voor het gebruik van ras of etnische afkomst als criterium bij risicoprofilering en beoordelingen van mensen tegen wie geen individuele verdenking van enig strafbaar feit bestaat.

Regeringen moeten een duidelijk, ondubbelzinnig en juridisch bindend verbod instellen op het gebruik van gegevens betreffende nationaliteit en etniciteit, of proxy's daarvan, in risicoprofilering voor wetshandavingsdoeleinden bij het opsporen van potentiële wetsovertreders of mogelijke verdachten van strafbare feiten of fraude.

163 Tweede Kamer der Staten-Generaal, "Debat over de verklaring van de minister-president en over het verslag van de ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag", 19 januari 2021, tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/plenaire_vergaderingen/details/activiteit?id=2021A00393.

In dit debat over het rapport van de parlementaire ondervragingscommissieverklaarde de Nederlandse premier dat hij "in beginsel" bereid was nationaliteit, etniciteit en geboorteplaats als risico-indicatoren uit te sluiten, "tenzij er een objectieve rechtvaardiging voor een dergelijke gegevensverwerking bestaat". In dit verband moet worden opgemerkt dat de staat hetzelfde standpunt inneemt in een rechtszaak over etnisch profileren door de Nederlandse grenspolitie, zie De Rechtbank Den Haag, 15 juni 2021, C/09/589067 / HA ZA 2020-35, pilot.jcm.nl/wp-content/uploads/2021/06/20210615-Pleadings-English-007A.pdf.

164 Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, "Waardering motie Azarkan/Van Weyenberg over een verbod op gebruik van nationaliteit of etniciteit bij risicoprofilering", 9 februari 2021, rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2021/02/09/kamerbrief-reactie-op-motie-verbod-gebruik-nationaliteit-of-etniciteit-bij-risicoprofilering.

165 Ministerie van Justitie en Veiligheid, "Reactie op rapport Amnesty International over massasurveillance", 11 december 2020, rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/12/11/tk-reactie-op-rapport-amnesty-international-over-massasurveillance.

166 Zoals uiteengezet in paragraaf 6.1 zijn er zeer beperkte omstandigheden waarin het gebruik van persoonlijke kenmerken die verband houden met nationaliteit en/of etnische afkomst als legitiem kan worden beschouwd voor wetshandavingsdoeleinden. Bij risicoscore is er echter een fundamenteel verschil met een gericht onderzoek, omdat er geen sprake is van een geïndividualiseerde verdenking die onderzocht moet worden die het gebruik van de criteria nationaliteit en/of etnische afkomst in combinatie met andere criteria die objectief kunnen worden gerechtvaardigd, zou kunnen rechtvaardigen.

167 Een coalitie van maatschappelijke organisaties, waartoe ook Amnesty International behoort, heeft een rechtszaak aangespannen tegen de Nederlandse grenspolitie (de Koninklijke Marechaussee) wegens etnisch profileren. De coalitie is van plan in beroep te gaan tegen de uitspraak in eerste aanleg, omdat deze niets zegt over het gebruik van nationaliteit en etniciteit in risicoprofielen, en etnisch profileren bij handavingsbesluiten toestaat. Zie amnesty.nl/content/uploads/2021/09/Dutch-Court-allows-racial-profiling_September-22_2021_final.pdf?x88229 and rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:10283. Meer informatie over deze rechtszaak is te vinden op amnesty.nl/rechtszaak-tegen-marechaussee.

168 College van de Rechten van de Mens, Debat over etnisch profileren vraagt om meer juridische duidelijkheid, 9 juni 2021, publicaties.mensenrechten.nl/file/a261a614-6d6e-4d1d-be8c-0c88fd43b954.pdf.

7.7 KAFKA'S SLOT: GEBREK AAN DAADWERKELIJK RECHTSMIDDELEN EN VERHAALSMOGELIJKHEDEN

Het gebrek aan transparantie en verantwoording vanuit de Belastingdienst dreef de slachtoffers van het kinderopvangtoeslagsysteem in Kafkaëske juridische procedures,¹⁶⁹ waarbij de ouders en verzorgers die met het risicoclassificatiemodel werden gediscrimineerd, geen toegang hadden tot een daadwerkelijk rechtsmiddel. De herstelmaatregelen die de regering momenteel neemt voor ouders en verzorgers die door het toeslagenschandaal zijn getroffen, omvatten geen verhaalsmogelijkheden voor discriminatie als gevolg van het risicoclassificatiemodel.

Wanneer mensenrechten worden geschonden, vereist internationaal recht dat het recht van individuen op een daadwerkelijk rechtsmiddel en op adequate verhaalsmogelijkheden wordt gewaarborgd.¹⁷⁰ Deze rechten houden onder meer in dat het slachtoffer toegang krijgt tot relevante informatie over schendingen en tot herstelmechanismen. Rechtsmiddelen - of maatregelen om de schade die slachtoffers van mensenrechtenschendingen is berokkend te herstellen - kunnen verschillende vormen hebben, afhankelijk van de aard van het geschonden recht, de geleden schade en de wensen van de getroffen.¹⁷¹ Compensatie is een vorm van herstel om de schade die is geleden als gevolg van een mensenrechtenschending te vereffenen.¹⁷²

Slachtoffers van mensenrechtenschendingen worden vaak geconfronteerd met aanzienlijke problemen wanneer zij toegang tot de rechter zoeken. De speciale rapporteur voor de vrijheid van meningsuiting heeft erop gewezen hoe algoritmische besluitvormingssystemen in het algemeen vaak het recht op een rechtsmiddel belemmeren.¹⁷³ Toegang tot informatie is een inherente uitdaging, aangezien “individuen zich niet bewust zijn van de reikwijdte, de omvang of zelfs het bestaan van algoritmische besluitvormingssystemen die van invloed zijn op hun rechten”. Deze ondoorzichtigheid wordt nog verergerd door het feit dat algoritmen zich voortdurend aanpassen en veranderen, zodat zelfs de ontwerpers van het systeem soms niet in staat zijn om goed uit te leggen hoe deze algoritmen tot hun resultaten zijn gekomen.¹⁷⁴ Het is de verantwoordelijkheid van staten om algoritmische besluitvormingssystemen zichtbaar te maken, ervoor te zorgen dat de output of impact kan worden betwist en aangevochten, en om toegankelijke en praktische trajecten te realiseren voor daadwerkelijke rechtsmiddelen en verhaal wanneer de mensenrechten in het gedrang komen.¹⁷⁵ De essentiële kenmerken van behoorlijk bestuur spelen een belangrijke rol bij de verwezenlijking van de mensenrechten in deze gegevensgestuurde samenleving. Staten moeten ervoor zorgen dat alle gevallen van algoritmische vooringenomenheid naar behoren worden onderzocht en dat er sancties worden opgelegd.¹⁷⁶

169 Kafkaësk verwijst naar thema's uit het werk van Franz Kafka. Zo gaat zijn roman *Het Slot* uit 1926 over vervreemding, bureaucratisch apparaat dat maar niet reageert, en de frustraties van het moeten leven met ondoorzichtige, schijnbaar arbitraire controlesystemen. Zijn roman *Het proces* uit 1925 beschrijft hoe een man wordt gearresteerd en vervolgd door een onbereikbare autoriteit, zonder dat de aard van zijn misdaad ooit wordt onthuld.

170 Volgens de internationale normen van mensenrechten is het begrip “toegang tot het recht” verankerd in artikelen 6 en 13 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en artikel 47 van het EU-Handvest van de grondrechten. Deze rechten zijn ook vastgelegd in andere internationale instrumenten, o.a. artikel 2, derde lid, en artikel 14 van het Internationale Verdrag van de Verenigde Naties inzake burgerrechten en politieke rechten. Artikelen 8 en 10 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens. Artikel 2 van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten. Artikel 6 van het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie.

171 FRA – Bureau van de Europese Unie voor de Grondrechten, *Handboek betreffende Europese wetgeving inzake de toegang tot het recht*, januari 2016, blz. 101, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-ecthr-2016-handbook-on-access-to-justice_nl.pdf.

172 FRA – Bureau van de Europese Unie voor de Grondrechten, januari 2016, blz. 102.

173 Speciaal Rapporteur van de Verenigde Naties inzake het vrijheid van meningsuiting, 29 augustus 2018, A/HRC/11/4, par. 40.

174 AI Now, *AI Now 2017 Report*, 2017, blz. 30, ainowinstitute.org/AI_Now_2017_Report.pdf

175 Amnesty International, juni 2020.

176 VN-Comité inzake de uitbanning van rassendiscriminatie (CERD), Algemene Aanbeveling 36 inzake het voorkomen en tegengaan van etnisch profileren door wetshandhavinginstanties, 17 december 2020, CERD/C/GC/36, par. 65.

Het toeslagenschandaal heeft vele hindernissen opgeworpen voor de slachtoffers om toegang te krijgen tot de rechter en een daadwerkelijk rechtsmiddel te verkrijgen na de schadelijke gevolgen met betrekking tot hun mensenrechten. Ten dele is dit te wijten aan de inherente uitdagingen die algoritmische besluitvormingssystemen met zich meebrengen voor het verkrijgen van toegang tot rechtsmiddelen. Ouders en verzorgers die door de belastingdienst als fraudeurs werden geïdentificeerd, kregen jarenlang geen antwoord op vragen over wat zij verkeerd hadden gedaan.¹⁷⁷ Verzoeken om informatie met het oog op de inzage van dossiers werden door de Belastingdienst vaak geweigerd.¹⁷⁸ Bij de belastingdienst ingediende klachten van ouders en verzorgers werden pas twee jaar na de datum van de klacht behandeld.¹⁷⁹ De ondoorzichtigheid van het risicoclassificatiesysteem en andere praktijken hebben ertoe geleid dat de betrokken ouders en verzorgers geen toegankelijke en praktische mogelijkheden hebben gekregen voor daadwerkelijke rechtsmiddelen en verhaal. Ondanks jaren van verdenking hadden de betrokken ouders en verzorgers er geen idee van dat zij etnisch werden geprofileerd. Zelfs nadat het nieuws wijdverbreide nationale aandacht had gekregen, heeft de overheid zich nauwelijks gebogen over de kwestie van wettelijke aansprakelijkheid.

Jaren nadat de schade al was aangericht, zijn eindelijk herstelmaatregelen genomen voor de getroffen ouders en verzorgers. De schade waarvoor de ouders en verzorgers voor vergoeding in aanmerking komen, omvat echter geen verhaalsmogelijkheden voor de discriminatie door de Belastingdienst op grond van nationaliteit, etnische afkomst of maatschappelijke afkomst als gevolg van het gebruik van het risicoclassificatiemodel.¹⁸⁰ Een ouder of verzorger kan alleen in aanmerking komen voor een schadevergoeding op grond van discriminatie wanneer bijkomende discriminatie kan worden vastgesteld bij de verdere behandeling van een zaak door ambtenaren.¹⁸¹ Er zijn geen daadwerkelijke rechtsmiddelen of verhaalsmogelijkheden voor etnisch profileren en andere vormen van discriminatie die voortvloeien uit het gebruik van het algoritmische risicoclassificatiemodel.

Regeringen moeten zorgen voor een zinvolle verantwoordingsplicht, daadwerkelijke rechtsmiddelen en verhaalsmogelijkheden voor slachtoffers van mensenrechtenschendingen die verband houden met het gebruik van algoritmische besluitvormingssystemen. Dit kan bijvoorbeeld inhouden dat duidelijke, onafhankelijke en toegankelijke verhaalsprocedures worden ingesteld en dat in de publieke sector functies worden aangewezen die verantwoordelijk zijn voor het tijdig verhelpen van mensenrechtenschade, onderworpen aan toegankelijke en doeltreffende beroepsmogelijkheden en rechterlijke toetsing.

177 NOS, "Advocaat: toeslagenaffaire doet denken aan Kafka, liep tegen muur aan", 16 november 2020, nos.nl/artikel/2356771-advocaat-toeslagenaffaire-doet-denken-aan-kafka-liep-tegen-muur-aan.

178 *Trouw*, "Gedupeerde ouders willen inzage in hun dossier, maar de Belastingdienst voelt daar weinig voor", 25 augustus 2019, trouw.nl/nieuws/gedupeerde-ouders-willen-inzage-in-hun-dossier-maar-de-belastingdienst-voelt-daar-weinig-voor~b6771696/.

179 Tweede Kamer der Staten-Generaal, 17 december 2020, blz. 77.

180 Minister-President, Minister van Algemene Zaken, Kabinetsreactie rapport "Ongekend Onrecht", 15 januari 2021, blz. 2-3, rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2021/01/15/kamerbrief-met-reactie-kabinet-op-rapport-ongekend-onrecht.

181 Minister-President, Minister van Algemene Zaken, Kabinetsreactie rapport "Ongekend Onrecht", 15 januari 2021, blz. 16.

8. AANBEVELINGEN

AAN ALLE STATEN, INCLUSIEF NEDERLAND:

1. Bescherm de mensenrechten bij het gebruik van algoritmische besluitvormingssystemen

Regeringen moeten een kader tot stand brengen dat a) mensenrechtenschendingen voorkomt bij het gebruik van algoritmische besluitvormingssystemen, b) monitoring- en toezichtmechanismen instelt als waarborg, c) degenen die verantwoordelijk zijn voor schendingen ter verantwoording roept, en d) voorziet in effectieve rechtsmiddelen voor individuen en groepen wier rechten zijn geschonden.

2. Geen *black box*-systemen in de publieke sector

Regeringen moeten afzien van het gebruik van *black box*-systemen in risicovolle situaties, zoals bij de opsporing van fraude in de sociale zekerheid.

3. Regulering van zelflerende algoritmen voor impactvolle besluitvorming

Regeringen moeten de inzet verbieden van zelflerende algoritmen tijdens de gebruiksfase van algoritmische besluitvormingssystemen in de publieke sector als het gaat om a) besluitvorming met rechtsgevolgen, b) besluitvorming en handelingen die de rechten en vrijheden van individuen aantasten, en c) besluitvorming en handelingen die een grote impact hebben op de samenleving.

4. Openbaar register voor algoritmische besluitvormingssystemen

Regeringen dienen een zo groot mogelijke transparantie te bieden met betrekking tot het gebruik van algoritmische besluitvormingssystemen in de publieke sector, door een openbaar register in te stellen dat gedetailleerde en uitgebreide informatie bevat over het gebruik van algoritmische besluitvormingssystemen in de publieke sector.

5. Transparantie bij (semi-)geautomatiseerde besluitvormingssystemen

Regeringen dienen volledig transparant te zijn over algoritmische besluitvormingssystemen en de betrokken mensen zinvolle informatie te verstrekken over de onderliggende logica, het belang en de verwachte gevolgen van beslissingen, zelfs indien de besluitvorming niet *volledig* geautomatiseerd is, en ongeacht de mate van menselijke betrokkenheid bij het besluitvormingsproces.

6. Beoordeling van het effect op de mensenrechten

Regeringen moeten een verplichte en bindende mensenrechtentoets invoeren bij het gebruik van algoritmische besluitvormingssystemen in de publieke sector, ook wanneer deze systemen worden gebruikt door wetshandhavinginstanties. De mensenrechtentoets moet worden uitgevoerd tijdens de ontwerp-, ontwikkelings-, gebruiks- en evaluatiefase van algoritmische besluitvormingssystemen.

Het effect op alle relevante mensenrechten, met inbegrip van sociale en economische rechten, moet vakkundig worden beoordeeld. Bij het proces moeten relevante belanghebbenden worden betrokken, waaronder onafhankelijke mensenrechtendeskundigen, toezichthouders, mensen uit potentieel getroffen, gemarginaliseerde en/of achtergestelde gemeenschappen, en technische deskundigen.

7. Alomvattend toezicht op de mensenrechten

Regeringen dienen alomvattende en onafhankelijke mechanismen op te zetten voor mensenrechtentoezicht op het gebruik van algoritmische besluitvormingssystemen, waarbij toezicht wordt gehouden op de naleving van zowel burger- en politieke rechten als sociale en economische rechten, zodat de verantwoordingsmechanismen worden versterkt en de mensenrechten beter beschermd. Het toezichtsorgaan dient het mandaat, de bevoegdheden en de capaciteit krijgen om toe te zien op de bescherming van de mensenrechten bij het gebruik van algoritmische besluitvormingssystemen in de publieke sector. Zij dient richtsnoeren uit te kunnen vaardigen, en ontwerpers, ontwikkelaars en gebruikers ter verantwoording te kunnen roepen in bindende besluiten.

8. Geen profilering op basis van ras of etnische afkomst

Regeringen moeten een duidelijk, ondubbelzinnig en juridisch bindend verbod instellen op het gebruik van gegevens betreffende nationaliteit en etniciteit, of proxy's daarvan, in risicoprofilering voor wetshandavingsdoeleinden bij het opsporen van potentiële wetsovertreders of mogelijke verdachten van strafbare feiten of fraude.

9. Verantwoordingsplicht, doeltreffende rechtsmiddelen en verhaalsmogelijkheden

Regeringen moeten zorgen voor een zinvolle verantwoordingsplicht, daadwerkelijke rechtsmiddelen en verhaalsmogelijkheden voor slachtoffers van mensenrechtenschendingen die verband houden met het gebruik van algoritmische besluitvormingssystemen. Dit kan bijvoorbeeld inhouden dat duidelijke, onafhankelijke en toegankelijke verhaalsprocedures worden ingesteld en dat in de publieke sector functies worden aangewezen die verantwoordelijk zijn voor het tijdig verhelpen van mensenrechtenschade, onderworpen aan toegankelijke en doeltreffende beroepsmogelijkheden en rechterlijke toetsing.

AAN DE NEDERLANDSE REGERING:

1. Bied voldoende schadeloosstelling aan de slachtoffers van discriminatie vanwege het gebruik van het risicoclassificatiemodel

Naast de compensatieregeling die reeds is ingesteld voor slachtoffers van andere schade die is toegebracht tijdens het toeslagenschandaal, moet de Nederlandse regering een tegemoetkoming bieden aan de ouders en verzorgers die door het risicoclassificatiemodel mede op grond van hun niet-Nederlandse nationaliteit zijn geselecteerd, vanwege de discriminatie op grond van nationaliteit, etniciteit, maatschappelijke afkomst en etnische profilering. De regering moet in snelle en doeltreffende procedures voorzien en een passende compensatie bieden.

2. Verdrag 108+ ratificeren

De Nederlandse regering moet Verdrag 108+ van de Raad van Europa ratificeren en implementeren.

**AMNESTY INTERNATIONAL
VECHT VOOR MENSENRECHTEN
OVER DE HELE WERELD.
ONRECHT TEGEN ÉÉN MENS
GAAT ONS ALLEMAAL AAN.**

CONTACT US



info@amnesty.org



+44 (0)20 7431 5500

JOIN THE CONVERSATION



www.facebook.com/AmnestyGlobal



[@Amnesty](https://twitter.com/Amnesty)

XENOPHOBE MACHINES

DISCRIMINATIE DOOR ONGEREGULEERD GEBRUIK VAN ALGORITMEN IN HET NEDERLANDSE TOESLAGENSCHANDAAL

Overal ter wereld automatiseren handhavingsinstanties voor de sociale zekerheid steeds meer hun processen in de hoop om fraude op te sporen. Nederland loopt voorop in deze ontwikkeling. De Nederlandse Belastingdienst heeft een algoritmisch besluitvormingssysteem ingevoerd om risicoprofielen op te stellen van mensen die kinderopvangtoeslag aanvragen, zodat onnauwkeurige en mogelijk frauduleuze aanvragen in een vroeg stadium kunnen worden opgespoord. Nationaliteit was een van de risicofactoren die de Belastingdienst gebruikte om het risico van onnauwkeurigheid en/of fraude in de ingediende aanvragen te beoordelen. Dit rapport illustreert hoe het gebruik van de nationaliteit van mensen heeft geleid tot discriminatie op grond van nationaliteit en etnische afkomst, alsmede tot etnisch profileren.

Amnesty International roept regeringen op om kaders in te stellen die a) mensenrechtenschendingen voorkomen bij het gebruik van algoritmische besluitvormingssystemen, b) monitoring- en toezichtmechanismen instellen als waarborg, c) degenen die verantwoordelijk zijn voor schendingen ter verantwoording roepen, en d) voorzien in effectieve rechtsmiddelen voor individuen en groepen wier rechten zijn geschonden. De Nederlandse regering moet adequate, effectieve en snelle compensatie bieden aan slachtoffers van discriminatie als gevolg van het gebruik van hun nationaliteit als risicofactor in het risicoclassificatiesysteem voor kinderopvangtoeslagen.

AI INDEXNUMMER: EUR 35/4686/2021
OKTOBER 2021
ORIGINELE TAAL: ENGELS

[amnesty.org](https://www.amnesty.org)

AMNESTY
INTERNATIONAL

