

De juridische randvoorwaarden voor een data-gedreven samenleving

Bart van der Sloot & Sascha van Schendel, datum 17-12-2019

Datum

17-12-2019

Auteur

Bart van der Sloot & Sascha van Schendel^[1]

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

JCDI

JCDI:ADS173772:1

Vakgebied(en)

Privacy / Verwerking persoonsgegevens

Staatsrecht / Grondrechten

Informatierecht / ICT

Staatsrecht / Rechtspraak

Nederland heeft grote ambities ten aanzien van de transformatie naar een data-gedreven samenleving. Er wordt fors geïnvesteerd in technische universiteiten, geëxperimenteerd met smart cities, predictive policing en data-gedreven processen binnen zowel de publieke als private sector en steeds meer beleids- en besluitvorming wordt geautomatiseerd. Er is een aantal juridische aanpassingen nodig om dit proces in goede banen te leiden: data-gedreven processen moeten beter worden ingekaderd, er dient meer nadruk te komen op de bescherming van maatschappelijke belangen en het procesrecht zou meer ruimte moeten bieden voor vertegenwoordigende, collectieve en algemeen belangacties.

1. Inleiding

Data-gedreven toepassingen vormen een steeds integraler onderdeel van zowel de publieke als de private sector. Banken en verzekeraars gebruiken risicoprofielen, internetbedrijven personaliseren advertenties, zoekresultaten en nieuwsberichten, inlichtingendiensten verzamelen en analyseren grote hoeveelheden metadata, de Belastingdienst maakt een omslag naar een data-gedreven organisatie, de politie experimenteert met *predictive policing* en SyRI (Systeem Risico Indicatie) wordt door verschillende uitvoerende instanties, gemeenten en opsporingsdiensten ingezet om fraude op te sporen. Nederland heeft met zijn centrale ligging, the Amsterdam Internet Exchange en grote datacenters in Groningen dan ook de ambitie om de data-hub van de wereld te worden en een gidsland op het gebied van digitale innovatie. De omslag naar een data-gedreven samenleving brengt onder meer met zich dat processen binnen organisaties structureel anders worden ingericht en dat besluitvorming deels op basis van profielen en algoritmes zullen geschieden. Deze omslag vergt de nodige aanpassingen aan het Nederlands recht, zowel om de kansen die deze omslag biedt optimaal te benutten als om stevige waarborgen tegen gevaren en risico's neer te leggen. In de diverse rapporten en nota's die tot nu over dit onderwerp zijn verschenen wordt met name stilgestaan bij vraagstukken omtrent materiële rechtvaardigheid en het toekennen van sterke materiële rechten aan burgers. Wellicht de grootste juridische uitdaging is echter procesmatig en -rechtelijk van aard.

Alhoewel er uitzonderingen zijn, vormen het individu en zijn belangen de spil van het procesrecht. Zo is het bestuursprocesrecht sinds 1994 gesubjectiveerd, draait het strafprocesrecht met name om de rechtspositie van de verdachte en mogen onder artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) in principe alleen natuurlijke personen klagen als zij direct, individueel en concreet zijn getroffen. Deze nadruk is niet langer vanzelfsprekend, omdat data-gedreven projecten doorgaans niet zozeer raken aan individuele, maar aan maatschappelijke belangen en niet burgers, maar burgerrechtenorganisaties door de veelheid aan data-gedreven processen en de complexiteit daarvan het best gepositioneerd zijn om deze belangen te behartigen.

Uit een studie uitgevoerd in opdracht van het WODC, bestaande uit een rechtsvergelijkend onderzoek naar reguleringalternatieven in België, Duitsland, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk, interviews met een vijftiental kernspelers op het gebied van big data en rechtsbescherming in Nederland en een literatuurstudie, volgen drie aanbevelingen om het Nederlands recht klaar te stomen voor de 21ste eeuw: data-gedreven processen zelf moeten beter worden gereguleerd (par. 2), algemene belangen en professionele procespartijen moeten een grotere rol krijgen binnen het Nederlands procesrecht (par. 3) en het procesrecht moet meer ruimte geven voor vertegenwoordigende, collectieve en algemeen

2. Procedurele waarborgen voor big data processen

Big data-processen kunnen globaal in drie fases worden ontleed. Ten eerste worden er door middel van sensoren, slimme camera's en andere technologieën grote hoeveelheden data verzameld. Deze worden vervolgens verwerkt door (zelflerende) algoritmes die patronen en statistische correlaties kunnen ontdekken in deze datasets. Tot slot worden de daaruit voortvloeiende patronen en profielen gebruikt om beslissingen te nemen. Zowel het verzamelen, het analyseren als het gebruik van data zou beter gereguleerd kunnen worden.

Ten aanzien van het verzamelen van gegevens is momenteel slechts het verzamelen van persoonsgegevens gereguleerd, namelijk door de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG). Big data-processen gaan echter niet zozeer om persoonsgegevens, ze gaan om grote hoeveelheden geaggregeerde data. Of een gegeven in de verzamelfase wel of geen persoonsgegeven was doet er in wezen niet toe; in de analysefase worden alle data geaggregeerd en zijn het geen persoonsgegevens meer. Hierdoor blijft een flink deel van het dataproces in de verzamelfase ongereguleerd. Dit kan op termijn een juridische lacune opleveren, waarbij van belang is dat ook niet-persoonlijke gegevens kunnen worden gebruikt om beslissingen te nemen die een grote impact hebben op het leven van burgers. Een statistisch profiel van de veiligheidsrisico's binnen een wijk dat wordt gebruikt om beslissingen te nemen binnen de veiligheidsdriehoek bevat als zodanig geen persoonsgegevens, maar kan een grote impact hebben op diegenen die in de wijk wonen. Daarbij komt dat de aard en status van data steeds minder stabiel is. Het huidige juridische regime gaat uit van aparte categorieën data die naar mate van gevoeligheid meer of minder worden beschermd. Een dergelijke benadering is logisch als de aard van de data redelijk stabiel is. In de big datacontext is dat echter niet het geval. Een set gevoelige persoonsgegevens kan in een *split second* worden geaggregeerd en voor een statistisch profiel worden gebruikt, vervolgens weer worden verrijkt met een andere dataset, zodat er weer persoonlijke gegevens worden verwerkt, en dan weer geanonimiseerd. De aard en gevoeligheid van data is in toenemende mate een momentopname van zeer tijdelijke aard. Dat betekent dat als een dataset wordt gehackt die slechts niet-persoonlijke gegevens bevat, dit even of zelfs nog meer impact kan hebben op burgers en groepen in de samenleving dan bij een database met persoonsgegevens.

Daarom zou ook het verwerken van niet-persoonlijke gegevens moeten worden gereguleerd.[3](#) De AVG zou als uitgangspunt kunnen worden genomen. Alhoewel de materiële reikwijdte van deze wet is gekoppeld aan de identificatie van natuurlijke personen zijn veel van de regels te zien als algemene zorgplichten voor dataverwerkende partijen die goed zouden kunnen worden toegepast op niet-persoonlijke data. Zo zouden data-gedreven organisaties in ieder geval een specifiek doel moeten hebben voor het verzamelen van niet-persoonlijke gegevens, niet meer gegevens dienen te verzamelen dan nodig is voor dat doel, de gegevens alleen voor het gespecificeerde doel mogen verwerken en de gegevens weer moeten verwijderen zodra het doel is bereikt. Aangezien beslissingen in toenemende mate worden genomen op basis van niet-persoonlijke gegevens en geaggregeerde gegevenssets worden gebruikt om beleid te ontwerpen, is het van groot belang dat de niet-persoonlijke gegevens correct, volledig en actueel zijn. Gelet op de mogelijke impact van het verwerken van niet-persoonlijke gegevens is een voorafgaande *impact assessment* bij big data-processen tevens van belang, wat ook geldt voor de eisen aan de technische en organisatorische veiligheid van deze data.

Ten aanzien van de tweede fase van big data-processen, waarin de gegevens op hoog geaggregeerd niveau worden verwerkt en algoritmes statistische correlaties en algemene patronen vinden, is duidelijk dat er momenteel vrijwel geen regulering van toepassing is. Toch worden met name in deze fase de grootste fouten begaan. Alhoewel er wordt gewerkt met grote datasets, waaruit statistische verbanden worden gedestilleerd, worden de gangbare statistische methodologie, standaarden en principes binnen de big data-context vaker wel dan niet genegeerd. Dit heeft een kwalijke invloed op de kwaliteit van de voorspellingen en heeft ten gevolge dat beleidskeuzes worden gebaseerd op onjuiste aannames. Niet alleen worden daardoor middelen verkeerd besteed, een van de belangrijkste problemen met big data-toepassingen is dat er niet zelden een bias zit in een dataset, algoritme of groepsprofiel, waardoor beleid wordt ontwikkeld op (indirect) discriminatoire aannames. Als de database van de politie bijvoorbeeld stelselmatig meer gegevens bevat over wetsovertredingen door mensen met een migratieachtergrond, dan zal het voorspellende algoritme de politie aanbevelen om meer te surveilleren in wijken waar veel mensen met een migratieachtergrond wonen, waardoor er nog meer registraties zullen komen van mensen met een migratieachtergrond enzovoort.

Alhoewel niet alle principes die voor traditionele statistiek zijn ontwikkeld één op één kunnen worden getransponeerd naar de big data-context, zou aansluiting kunnen worden gezocht bij reeds bestaande standaarden, zoals onder meer in de Praktijkcode voor Europese Statistiek zijn vervat.[4](#) Uitgangspunten die goed binnen de big data-context passen zijn bijvoorbeeld het principe dat de gebruikte statistische methodiek onafhankelijk, objectief en betrouwbaar moet zijn, dat organisaties regelmatig dienen te monitoren op naleving van deze principes, waar nodig met behulp van externe experts, en dat niet alleen de gebruikte statistische methodiek openbaar moet worden gemaakt, maar ook de databronnen en de wijze van dataverzameling. Als er een fout is ontdekt in de methodologie of statistische uitkomst binnen de big data-context, dan zou dit publiek gemaakt dienen te worden en de belangrijkste statistische outputs zouden regelmatig moeten worden gecontroleerd, bijvoorbeeld op biases. Bij voorkeur geschiedt data-analyse overheidsbreed op basis van dezelfde

procedures, om te waarborgen dat standaardbegrippen, definities, classificaties en andere normen overal op dezelfde wijze worden gehanteerd. Tot slot zou binnen de big data-context kunnen worden bepaald dat personen die binnen een organisatie belast zijn met de data-analyse daartoe opgeleid dienen te zijn en dat er een scheidslijn is tussen de afdelingen die met statistische analyse belast zijn en het beleidskader, om oneigenlijke beïnvloeding te voorkomen. Tot slot staan het gebruik en de toepassing van big data in velerlei opzicht nog in de kinderschoenen. Het is van te voren vaak nog niet duidelijk of een data-gedreven proces inderdaad efficiënt en effectief zal zijn op het moment dat het gestart wordt. Hierdoor worden met enige regelmaat projecten binnen zowel de private als de publieke sector stopgezet, vanwege uitblijvende resultaten.^[5] Dit betekent niet alleen dat er geld, middelen en mankracht worden verspild, maar ook dat de fundamentele rechten van burgers onnodig worden beperkt. Daarom zou het volgende stramien moeten worden gevolgd bij de introductie van ieder big data-project: een nulmeting wordt verricht, waarbij wordt vastgesteld hoe de bestaande situatie is zonder data-gedreven toepassing; het doel (target) van het big data-project wordt vastgesteld; na een jaar of twee wordt geëvalueerd in hoeverre dat doel inderdaad is bereikt; als een project na de vastgestelde periode geen zichtbare resultaten oplevert of in ieder geval niet de resultaten waarop was gerekend, wordt het stopgezet.

3. De de-individualisering van het procesrecht

Alhoewel er een beperkt aantal uitzonderingen is,^[6] kenmerkt het huidige (Nederlands) procesrecht zich door een nadruk op individuele belangen en subjectieve rechten van natuurlijke personen. Dit kan in het big data-tijdperk problematisch worden, omdat veel processen raken aan algemene belangen en er niet altijd een direct belanghebbende zal zijn.

Een typische situatie waar in de toekomst rekening mee moet worden gehouden is als volgt. De politie experimenteert nu al met *predictive policing* en het is de expliciete wens om in de toekomst steeds meer processen data-gedreven aan te sturen. Stel de politie besluit extra te surveilleren in bepaalde gebieden omdat het voorspellende algoritme aangeeft dat daar een grotere kans op diefstal bestaat. Vervolgens wordt een persoon aangehouden op verdenking van inbraak. De verdachte heeft een migratieachtergrond. Als het komt tot strafvervolging kan de verdachte naar voren brengen dat de door de politie gebruikte database en algoritme een *bias* hebben ten aanzien van mensen met een migratieachtergrond, waardoor politie-inzet voornamelijk wordt gestuurd naar wijken waar veel mensen met een migratieachtergrond wonen, wat tot gevolg heeft dat mensen met een migratieachtergrond een onevenredige kans hebben om in aanraking te komen met politie en justitie. Als dit verweer slaagt, dan is daar een evident maatschappelijk belang mee gemoeid, omdat een dergelijke bias op termijn het vertrouwen in de rechtsstaat kan aantasten en sociale stratificatie en maatschappelijke segregatie kan vergroten. Toch zal het voor een verdachte onder het huidige strafrecht lastig zijn om deze misstand aan te kaarten, omdat een *bias* in de onderzoeks- en opsporingsfase niet noodzakelijkerwijs afdoet aan de rechtmatigheid van verkregen bewijs. Aansluitend bij de nu aanhangige herziening van het Wetboek van Strafvordering zou meer expliciet kunnen worden geregeld in welke gevallen dergelijke indirecte discriminatie (een postcodegebied kan een *indirect identifier* zijn voor etniciteit) zou moeten leiden tot strafvermindering of bewijsuitsluiting.^[7]

Een meer radicale wijziging binnen het strafprocesrecht zou kunnen worden gevonden in het openstellen van procedures voor rechtspersonen. In de ons omringende landen zijn daar al beperkte ervaringen mee opgedaan; zo kan een rechtspersoon in Frankrijk onder voorwaarden zelf strafvervolging instigeren.^[8] Op grond van artikel 2-1 tot en met 2-21 van de Code de procédure pénale heeft niet alleen het slachtoffer van een strafbaar feit, maar ook een scala aan verenigingen de bevoegdheid een actie aanhangig te maken in het collectief belang, wanneer het belang waarvoor zij opkomen in het geding is.^[9] Binnen de big data-context zou een dergelijke mogelijkheid private partijen zoals Bits of Freedom, Privacy First of Amnesty International in staat stellen om op te treden, bijvoorbeeld bij een datalek, het op grote schaal illegaal verzamelen van gegevens of het zonder grondslag delen van gegevens met private partijen in een *smart city*-project. Binnen het administratief recht wordt zowel in de literatuur als door de voor dit onderzoek geïnterviewde partijen één punt onderstreept als het gaat om de toekomstbestendigheid van het procesrecht en dat is de rechtslacune die ontstaat door de onmogelijkheid om feitelijke handelingen te laten toetsen en beroep aan te tekenen tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels.^[10] Door de nadruk binnen de Awb op het besluit en de gevolgen voor de belanghebbenden blijft een groot deel van het big data-proces buiten schot. Dataverzameling zelf valt doorgaans te kwalificeren als een feitelijke handeling en de analyse van data als een voorbereidingshandeling, waarvoor momenteel wegens artikel 6:3 Awb een beperking geldt voor bezwaar en beroep. Big data-processen leunen bovendien sterk op algemene profielen en statistische correlaties, terwijl de rechtsbescherming van de Algemene wet bestuursrecht pas in beeld komt wanneer er sprake is van een besluit op basis van deze processen. Veel van dergelijke besluiten zijn juridisch echter te kwalificeren als beleidsregel of algemeen verbindend voorschrift (avv), waartegen wegens artikel 8:3 van de Algemene wet bestuursrecht geen beroep kan worden ingesteld.^[11] Daarom zouden er ook beroepsmogelijkheden moeten worden opengesteld voor feitelijke en voorbereidingshandelingen en ten aanzien van beleidsregels en avv's.^[12]

Tot slot is van belang dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens sinds kort bereid is om nationale wetten op hun rechtmatigheid en rechtsstatelijkheid te toetsen, zonder dat er een direct belanghebbende is. Het Hof toetst de deugdelijkheid van wetten op een aantal minimumvoorwaarden (zoals dat de wetgeving zorgvuldig en precies regelt welke bevoegdheden de uitvoerende macht toekomt, dat er goed is gespecificeerd onder welke voorwaarden en in welke gevallen

van de bevoegdheid gebruik kan worden gemaakt en dat er afdoende parlementaire en rechterlijke controle bestaat op de inzet van de bevoegdheden), waaraan goede wetgeving moet voldoen, waarbij met name binnen de data-gedreven context een aantal keer een schending is geconstateerd.^[13] Nederland kan deze toets aan het EHRM laten, maar kan ook kiezen om abstracte toetsing van wetgeving aan rechtstatelijke beginselen mogelijk te maken binnen de Nederlandse context, bijvoorbeeld door een geselecteerd aantal rechtspersonen, zoals het College voor de Rechten van de Mens, de Nationale ombudsman en de Autoriteit Persoonsgegevens, de mogelijkheid te bieden om een wet, nadat die is aangenomen door het parlement, maar nog voordat die in werking is getreden, voor te leggen aan de Hoge Raad of Raad van State voor een minimale toets op rechtsstatelijkheid en rechtmatigheid.

4. Toezicht op en afdwingen van wettelijke normen

Gezien de hoeveelheid data-gedreven projecten, de complexiteit daarvan en de duur en kosten van een juridisch traject, is het niet realistisch om van de gemiddelde burger te verwachten dat hij het voortouw neemt met betrekking tot de controle op en het via juridische weg afdwingen van de naleving van wettelijke normen. Uit de voor dit onderzoek gehouden interviews blijkt dat zelfs voor professionele partijen en rechtspersonen het grootste obstakel om grote data-gedreven processen voor te leggen aan de rechter is gelegen in de kosten. In Nederland worden in vergelijking met andere landen relatief weinig zaken in het collectief en algemeen belang gevoerd; aangezien big data-processen tamelijk abstract en technisch zijn, zijn dergelijke juridische procedures vaak complex en langdurig. Het is van evident belang dat in de toekomst grote data-gedreven projecten binnen de private en publieke sector niet alleen kunnen, maar ook zullen worden voorgelegd aan de rechter om deze te toetsen op rechtmatigheid en grondwettelijkheid. Om dit te faciliteren ligt een aantal stappen voor de hand.

Het beginpunt is daarbij transparantie. Het kabinet heeft de noodzaak omtrent transparantie van algoritmische besluitvorming onderstreept, maar heeft zich tegelijkertijd op het standpunt gesteld dat het niet noodzakelijk is om de gebruikte algoritmen zelf openbaar te maken, daar overheidsdiensten soms wel honderden of duizenden algoritmen gebruiken en deze vaak een één-op-één vertaling vormen van wetgeving en beleidsregels, die zelf openbaar zijn.^[14] Toch is een van de belangrijkste obstakels voor het juridische laten toetsen van grote data-gedreven projecten momenteel de onbekendheid met het bestaan en de gevolgen daarvan. Ook geven partijen aan dat zij niet alleen kosten kwijt zijn aan de eigenlijke juridische procedure, maar vaak eerst een Wob- of soortgelijk verzoek moeten doen, alvorens zij überhaupt inzicht krijgen in de feitelijke gang van zaken, gemaakte keuzes en mogelijk misstanden binnen big data-projecten. De overheid zou dan ook moeten overwegen om met name op dit punt actieve openbaarheid na te streven.

Daarnaast geeft het kabinet aan dat er soms geen openheid van zaken kan worden gegeven over algoritmen, de gebruikte data en de uitkomsten van de statistische analyses omdat openbaarheid hieromtrent kwaadwillenden inzicht zou kunnen geven in de werkwijze en kennispositie van inlichtingen- en veiligheidsdiensten, de nationale politie en de diverse uitvoeringsorganen. Alhoewel dit uitgangspunt begrijpelijk is kan het evenwel knellen als algoritmische besluitvorming en big data-analyses worden gebruikt in het kader van opsporing, onderzoek of besluitvorming die een burger raakt.^[15] In dergelijke gevallen kan een vorm van getrapte transparantie worden geboden door de introductie van een *special advocate*, een rechtsfiguur die veel wordt gebruikt in Common Law landen.^[16] Een *special advocate* is een speciaal aangestelde advocaat die bijzonder gevoelig bewijs en informatie mag inzien namens de burger/verdachte en deze mag aanvechten of betwisten, maar deze informatie niet mag delen, zelfs niet met de burger/verdachte. Een dergelijke advocaat zou in Nederland voor data-gedreven processen kunnen worden ingevoerd, zowel voor zaken binnen het bestuursrecht als binnen het strafrecht en zou naast een juridische achtergrond, ook gedegen kennis van statistiek en methodologie moeten hebben. Naast de mogelijkheid om algoritmen en data-analyses aan te vechten in individuele rechtszaken is het van belang dat er toezicht wordt gehouden op de deugdelijkheid van dergelijke analyses en technieken, waarbij de Autoriteit Persoonsgegevens de meest aangewezen instantie lijkt.

Vervolgens kunnen de mogelijkheden voor professionele partijen om zich als vrienden van het hof te voegen bij een zaak worden uitgebreid. Hierdoor kunnen burgerrechtenorganisaties hun punten ten aanzien van het met een specifieke zaak gemoeide collectieve en algemene belang naar voren brengen, zonder zelf de proceskosten te hoeven dragen. Alhoewel een huidig experiment met *amicus curiae*-participatie positief wordt beoordeeld, lijkt er nog terughoudendheid te bestaan.^[17] '[I]n politiek of maatschappelijk zeer gevoelige zaken [ligt] de inzet van de *amicus curiae* minder voor de hand ligt, omdat dit de bestuursrechter in een ongemakkelijke positie kan brengen. Een andere staatsraad bracht naar voren dat de *amicus curiae* zeer selectief moet worden ingezet om – wat wij maar noemen – “reactie-moeheid” te voorkomen.’^[18] Juist deze toepassing zou van essentieel belang zijn in zaken die draaien rond grote data-gedreven processen.

Daarnaast zouden de proceskosten kunnen worden gereduceerd door de lengte van de procedures te verkorten. Partijen geven in de voor deze studie gehouden interviews aan dat zij niet zelden kiezen voor een kort geding. Nadeel van deze benadering is dat de toetsing door de rechter marginaler is. Prejudiciële vragen zijn reeds mogelijk bij het Hof van Justitie^[19] en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens^[20] en ook in Nederland bestaat de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad binnen het civielrecht.^[21] In een evaluatie van deze mogelijkheid komt een (zeer) positief beeld naar voren^[22] en er zijn dan ook plannen om dergelijke procedure ook in het strafrecht te introduceren.^[23]

Twee verruimingen op dit punt liggen voor de hand in de big data-context. Enerzijds speelt bij het voeren van zaken in het algemeen belang het bestuursrecht een grote rol, mede door de uitspraak van de Hoge Raad in de *Paspoort*-zaak.^[24] Daarom zou de regering het initiatief kunnen nemen om de mogelijkheid van prejudiciële vragen, naast in het strafrecht, ook in het bestuursrecht in te voeren. Anderzijds is de huidige regeling omtrent prejudiciële vragen geënt op zaken waar een rechtsvraag speelt die voor veel andere rechtszaken van belang is. 'De belangrijkste voorwaarde voor het stellen van een prejudiciële vraag is dat de rechtsvraag in kwestie er één is waarvan het antwoord van belang is voor – kort gezegd – talrijke andere feitelijk vergelijkbare zaken (waaronder ook de oorspronkelijk bedoelde massaschadezaken vallen).'^[25] Zo'n benadering is bij uitstek van toepassing op zaken met een collectief belang en massaclaims, maar niet op vraagstukken in het algemeen belang, terwijl ook dat soort vraagstukken in de big data-context essentieel zijn.

Tot slot kan een deel van de proceskosten worden gefinancierd uit algemene middelen. Daarbij kan worden gedacht aan een (proef)processenfonds, waarmee in het buitenland in verschillende varianten wordt gewerkt.^[26] Er zou bijvoorbeeld per jaar een bedrag beschikbaar kunnen worden gesteld dat genoeg is voor het voeren van tien rechtszaken in het algemeen belang. Burgers en rechtspersonen kunnen vervolgens een aanvraag doen voor financiering van een rechtszaak tegen partijen in de private of de publieke sector in de big data-context. Een onafhankelijke instantie zou dan beslissen over de toekenning van dergelijke aanvragen. Ook zou kunnen worden ingezet op een fonds dat, na een initieel startkapitaal te hebben gekregen, zichzelf kan bedruipen door middel van (een percentage van) de uit de gevoerde rechtszaken verkregen schadevergoedingen, maar daarvoor is het wel noodzakelijk dat de geboden schadevergoedingen omhoog gaan. Een euvel dat geïnterviewde procespartijen aangeven is dat de bedragen die worden toegekend bij een inbreuk laag zijn, vaak liggend tussen de nul en de paar honderd euro. Dat is voor individuele procespartijen een reden om af te zien van een rechtszaak en ook professionele partijen die in andere rechtsgebieden collectieve belangenacties opzetten om zo massaschade te claimen zien daar vooralsnog binnen de data-gedreven context vaak van af omdat zij, zelfs bij een vastgestelde onrechtmatige daad en toegekende strooischade, vaak niet uit de kosten komen. Dit knelpunt zou kunnen worden geadresseerd door het stellen van een standaardschade voor een data-gedreven onrechtmatige daad, zoals een datalek of dataverwerking zonder legitieme grondslag.^[27]

5. Conclusie

Dit zijn de belangrijkste reguleringsopties die uit het gedane onderzoek voortvloeien. Zij zien op de inkadering van big data-processen als zodanig, de procedurele waarborgen en garanties omtrent toezicht en de waarborgen voor de toegang tot het recht. Elk van de reguleringsopties kan worden gezien als een aanbeveling voor beleid, maar dat is niet de primaire functie van de signalering van deze reguleringsopties. Niet alle reguleringsopties zullen op korte termijn haalbaar zijn en sommige reguleringsopties kunnen worden gezien als communicerende vaten. Als er bijvoorbeeld binnen het bestuursrecht goede mogelijkheden zijn om de diverse problemen die bij big data kunnen spelen aan te kaarten, dan hoeft er minder te worden ingezet op het versterken van de mogelijkheden binnen het strafrecht en het civielrecht.

Het is in dat licht vooral van belang dat het Nederlandse beleid de voor- en nadelen van alle verschillende opties afweegt, mede gelet op de systematische inbedding van de verschillende rechtsfiguren of beleidsopties in de wettelijke en uitvoeringscontext. Vervolgens zou dan een geschikte combinatie van maatregelen getroffen kunnen worden die tegemoet komt aan de gesignaleerde knelpunten in procedurele waarborgen en toegang tot het recht.

Het gaat er uiteindelijk om het rechtstelsel zo vorm te geven dat het burgers en de samenleving als geheel voldoende rechtsbescherming biedt in de data-gedreven samenleving.

Het is duidelijk dat de thematiek zoals besproken in het rapport momentum heeft. Zo benadrukte de Nationale ombudsman tijdens een rondetafelgesprek met de Tweede Kamer dat digitale toepassingen en systemen raken aan al bestaande grondrechten en dat het de vraag is welke procedurele waarborgen daarbij horen.^[28] Onderstreepte minister Ollongren procedurele rechten en toegang tot het recht als belangrijke randvoorwaarde voor een data-gedreven samenleving^[29] en heeft onder meer de SP-Kamerfractie naar aanleiding van het rapport vragen gesteld aan Jan Middendorp (VVD), initiatiefnemer van de nota 'Menselijke grip op algoritmen'.^[30] Het kabinet^[31] heeft reeds aangegeven dat het nog in 2019 zal komen met een formele reactie op dit rapport aan de Tweede Kamer.^[32] Tegen die tijd is het kerst, de tijd die verandering ademt.

Voetnoten

[1]

Dr. B. van der Sloot is senior researcher en S. van Schendel LLM is promovendus aan het Tilburg Institute for Law, Technology and Society (TILT) van Tilburg University.

[2]

B. van der Sloot, S. van Schendel, 'De Modernisering van het Nederlands Procesrecht in het licht van Big Data: Procedurele waarborgen en een goede toegang tot het recht als randvoorwaarden voor een datagedreven samenleving', <https://www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/2900->

[3]

Verordening (EU) 2018/1807 van het Europees Parlement en de Raad van 14 november 2018 inzake een kader voor het vrije verkeer van niet-persoonsgebonden gegevens in de Europese Unie richt zich met name op de mogelijkheid om data niet zijnde persoonsgegevens te delen en te verwerken en niet of nauwelijks op de inkadering daarvan ter bescherming van de diverse daaraan gekoppelde individuele en algemene belangen.

[4]

<https://ec.europa.eu/eurostat/documents/4031688/9394211/KS-02-18-142-NL-N.pdf/580e523c-85a4-406d-9ad2-9a78f5820fc6>.

[5]

Zie uitbreider op dit punt: B. van der Sloot, 'Editorial', *European Data Protection Law Review* 2019/2.

[6]

Art. 1:2 lid 3 Awb; art. 3:305a BW; art. 12 Sv.

[7]

Memorie van Toelichting, Voorstel van wet tot vaststelling van Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering inhoudende bepalingen over de berechting in verband met de modernisering van het Wetboek van Strafvordering (Vaststellingswet Boek 4 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Berechting)), p. 92.

[8]

A. Biard & R. Amaro, 'Resolving Mass Claims in France: Toolbox & Experience', *RILE- BACT Working Paper Series* No. 2016/5. Dit is een ruimere mogelijkheid dan bijvoorbeeld art. 51f Sv biedt.

[9]

Het gaat hier wel om een beperkt aantal nader omschreven delicten.

[10]

Art. 1:2 lid 1, art. 1:3 lid 1, art. 6:3, 8:3, 8:69a Awb.

[11]

Conclusie staatsraad advocaat-generaal over exceptieve toetsing, 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557; R. Stolk, *De legitimiteit van strategisch procederende belangenorganisaties*, Preadvies Jonge VAR, 2017.

[12]

Zie verder over dit onderwerp: M. van Eck, *Geautomatiseerde ketenbesluiten & rechtsbescherming: Een onderzoek naar de praktijk van geautomatiseerde ketenbesluiten over een financieel belang in relatie tot rechtsbescherming* (diss. Tilburg 2018).

[13]

EHRM 4 december 2015, 47143/06 (*Roman Zakharov/Rusland*), § 171.

[14]

[Kamerstukken II 2018/19, 26 643, 570](#).

[15]

Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk [Commissie- Koops] (2018), *Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving* (rapport voor Ministerie van Justitie & Veiligheid), s.l., juni 2018, p. 28.

[16]

Prevention of Terrorism Act 2005: J. Ip, 'The Rise and Spread of the Special Advocate', *Public Law*, p. 717-741, 2008, <https://ssrn.com/abstract=1292537>; A. Boon & S. Nash, 'Special Advocacy: Political Expediency and Legal Roles in Modern Judicial Systems', *Legal Ethics*, vol. 9, nr. 1, 2006.

[17]

De Minister van Rechtsbescherming is in algemene zin positief over dit rechtsfiguur, nieuwsbericht *NJB* 2019/357, afl. 6, p. 444.

[18]

J.C.A. de Poorter, L.A. van Heusden & C.J. de Lange, 'De amicus curiae geëvalueerd: Over de eerste indrukken van de inzet van het instrument van de amicus curiae in procedures voor de Afdeling bestuursrechtspraak', www.njb.nl/Uploads/2018/10/evaluatie-van-de-amicus-curiae.pdf.

[19]

Art. 267 VWEU.

[20]

Protocol 16 EVRM.

[21]

Wet van 9 februari 2012 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Wet op de rechterlijke organisatie in verband met de invoering van de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen aan de civiele kamer van de Hoge Raad (Wet prejudiciële vragen aan de Hoge

Raad), *Stb.* 2012, 65.

[22]

'De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad: een tussentijdse evaluatie in het licht van de mogelijke invoering in het strafrecht', <https://www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/2631-prejudiciële-vraag-in-de-strafrecht-procedure.aspx>.

[23]

Onderwerp Onderzoek prejudiciële vragen Hoge Raad 28 september 2016.

<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2017/12/05/wetsvoorstel-tot-vaststelling-van-boek-6-van-het-nieuwe-wetboek-van-strafvordering-bijzondere-regelingen>, voorgesteld art. 6.2.3.1 e.v. Vijfde voortgangsrapportage modernisering Wetboek van Strafvordering en update van de Contourennota, 9 april 2019, p. 4, [Kamerstukken II 2018/19, 29279, 501](#).

[24]

HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296.

[25]

Zie noot 22.

[26]

Québec Act Respecting the Fonds d'Aide Aux Actions Collectives. Ontario Class Proceedings Act. Zie ook https://blg.com/en/News-And-Publications/Documents/A-Summary-of-Canadian-Class-Action-Procedure-and-Developments_-_SEP2018.pdf.

[27]

Zie bijv. <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Orientatiepunten-en-afspraken-LOVS.pdf>.

[28]

[Kamerstukken II 2019/20, 35229, 4](#).

[29]

[Kamerstukken II 2019/20, 26643, 642](#).

[30]

[Kamerstukken II 2019/20](#), niet dossierstuk nummer 2019D36296, <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2019Z10701&did=2019D36296>.

[31]

Zie al de aankondiging: [Kamerstukken II 2018/19, 34926, 8](#).

[32]

[Kamerstukken II 2019/20, 26643, 641](#).