

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 data-gedreven samenleving



Bart van der Sloot & Sascha van Schendel
Augustus, 2019

Nederlandse samenvatting

Big Data en data-gedreven toepassingen vormen een steeds structureler onderdeel van zowel de publieke als de private sector. Banken en verzekeraars gebruiken risicoprofielen, waarbij op basis van data en statistische correlaties risicogroepen worden geïdentificeerd, internetbedrijven gebruiken profielen voor het personaliseren van advertenties, zoekresultaten en nieuwsberichten en *smart devices*, *total genome analysis* en *personalised medicine* zijn niet meer weg te denken uit de medische sector. Ook de overheid investeert flink in data-gedreven processen, zoals inlichtingen- en veiligheidsdiensten die grote hoeveelheden metadata verzamelen en analyseren, de Belastingdienst die een omslag maakt naar een data-gedreven organisatie, de politie die experimenteert met *predictive policing* en de inzet van SyRI (Systeem Risico Indicatie) door verschillende uitvoerende instanties, gemeenten en opsporingsdiensten om fraude op te sporen. Naast de inzet van Big Data in de private en de publieke sector zijn er tal van privaat-publieke samenwerkingsverbanden waarin Big Data een grote rol speelt, zoals bijvoorbeeld de vele *smart cities* en *living labs* die Nederlands rijk is, waarin door middel van dataverzameling, analyse en voorspellend ingrijpen wordt gepoogd de publieke ruimte schoner, veiliger en leefbaarder te maken.

Big Data wordt kortom in steeds meer sectoren van de samenleving ingezet, een tendens die zich de komende jaren waarschijnlijk voortzet. Om te zorgen voor een goede inbedding van Big Data in de publieke sector is het van belang dat er naast de aandacht voor mogelijke voordelen, zoals een efficiëntere en slagvaardigere overheid, ook wordt geïnvesteerd in het mitigeren en adresseren van aan Big Data verbonden risico's en knelpunten.

Tot nu toe is met name aandacht besteed aan de bescherming van de materiële rechten van burgers en lag de nadruk doorgaans op principes van materiële rechtvaardigheid. Zo kent de Algemene Verordening Gegevensbescherming nieuwe rechten toe als het recht om vergeten te worden en het recht op gegevensoverdraagbaarheid. Ook besteedt zowel de literatuur als de rechtspraak aandacht aan de mogelijke negatieve gevolgen van Big Data, zoals het *chilling effect*, de beperking van individuele vrijheid door *nudging*, het Mattheus-effect, de transparantie-paradox, de *filter bubble* en gevaren die samenhangen met discriminatie, stigmatisering en sociale stratificatie. Vraagstukken omtrent materiële rechtvaardigheid en het toekennen van sterke materiële rechten aan burgers is essentieel voor een goede inbedding van Big Data in de Nederlandse publieke sector.

Minstens even belangrijk is echter dat er ook voldoende aandacht is voor de toegang tot het recht en principes van procedurele rechtvaardigheid. Immers, burgers die wel rechten hebben maar die niet met succes kunnen afdwingen, staan alsnog met lege handen. Ook kunnen, als het rechtsstelsel wel incidentele knelpunten adresseert, maar niet de structurele en onderliggende oorzaken, systeemfouten blijven bestaan. Deze vraagstukken hebben tot nu toe weinig aandacht gekregen. Dat is opmerkelijk, niet alleen omdat daardoor een aantal grotere dilemma's onderbelicht is gebleven, maar ook omdat Big Data juist op dit punt een aantal nieuwe vragen oproept. Dit rapport adresseert die vragen, analyseert het huidige procesrecht en geeft aan waar er verbeteringen mogelijk zijn.

Uit deze studie blijkt dat het nationale en supranationale procesrecht zich momenteel kenmerkt door een sterke focus op de bescherming van de belangen van individuele rechtssubjecten in de concrete omstandigheden van het geval; het biedt met name rechtsbescherming door het toekennen van subjectieve rechten aan belanghebbenden. Dat geldt voor zowel het civielrecht, het bestuursrecht, het strafrecht als het internationale

mensenrechtenkader. Deze nadruk werkt goed voor veel traditionele rechtsgeschillen: een bouwvergunning die wordt afgewezen, een verzoek om schadevergoeding na een lasterlijke publicatie of een beperking van privacy door de overheid, waarbij iemands telefoon voor een bepaalde periode wordt afgetapt of iemands huis wordt binnengetroten door de politie. Steeds is de mogelijke inbreuk beperkt tot een specifiek persoon of een kleine groep, is de eventuele schending in tijd en ruimte af te bakenen en is het belang dat op het spel staat individueel en duidelijke bepaalbaar.

Dat ligt echter anders bij moderne mensenrechtenvraagstukken die draaien om grote gegevensverzamelingsprocessen. Big Data projecten zijn nauwelijks in tijd, ruimte en persoon af te bakenen, maar vormen een structureel en voortdurend onderdeel van de handelingen en gedragingen van overheidsdiensten, bedrijven en burgers. De camera's op de hoek van vrijwel iedere straat in de grote steden hebben bijvoorbeeld geen specifiek effect op één bepaald individu, ze filmen permanent eenieder die zich in de stad begeeft; een inlichtingendienst die de communicatiegegevens van een hele wijk of een stad verzamelt raakt niemand specifiek of individueel, maar iedereen gelijkelijk; de politie die door gebruikmaking van *predictive policing* in bepaalde wijken meer surveilleert dan in andere brengt daarmee geen schade toe aan concrete individuen, maar het kan wel de ongelijkheid in de samenleving in stand houden of zelfs versterken.

Hoe groter de dataverwerkingsprocessen en hoe algemener de verzamelde gegevens, des te moeilijker zal het zijn voor een individu om zijn belang concreet te maken. In wezen gaat het bij dit soort Big Data-processen vaak niet om de bescherming van individuele belangen, maar om algemene belangen. Willen we een samenleving waarin de publieke ruimte constant wordt gemonitord en waarin instanties op burgers mogen experimenteren met gedragsbeïnvloeding? Wat zouden rechtsstatelijke waarborgen moeten zijn tegen het gevaar van machtsmisbruik door overheidsdiensten die veel data mogen verzamelen en welke mate van democratische legitimatie dienen dergelijke gegevensverzamelingen te hebben? Welke gevolgen heeft het personaliseren van onder meer verzekeringen en socialezekerheidsrechten voor de solidariteit in de samenleving en het draagvlak voor het spreiden van risico's?

Daarnaast zijn bij Big Data processen procedurele vraagstukken van belang: aspecten die zien op hoe systemen en processen als zodanig zijn ingericht, welke keuzes daarin zijn gemaakt en welke gevolgen die keuzes hebben. Hoe worden data verzameld, door wie en waar en welke invloed hebben dergelijke keuzes op de mogelijke *bias* in een dataset ten aanzien van wijken en groepen in de samenleving? Welke standaarden gelden er voor algoritmen, het analyseren van datasets en de gevonden statistische correlaties in termen van kwaliteit, zorgvuldigheid en herhaalbaarheid? En welke garanties zijn er dat de data-gedreven processen transparant en controleerbaar zijn en dat de data-inzet aan voldoende toezicht is onderworpen?

Alhoewel het nationale en supranationale recht wel enkele mogelijkheden kent om dit type vragen te adresseren en bescherming te bieden aan individu-overstijgende rechten en belangen, zijn deze mogelijkheden vooralsnog beperkt en geven zij geen rekenschap van de fundamentele veranderingen die door Big Data processen worden ingezet. Binnen de Nederlandse rechtssystematiek is met name het civielrecht goed geëquipeerd voor het adresseren van vraagstukken die door Big Data processen worden opgeworpen, maar blijven de andere rechtsgebieden achter, waardoor er lacunes ontstaan. Als steeds meer processen binnen de overheid data-gedreven worden, dan is het belangrijk een aantal aanpassingen te doen in recht en beleid. In deze studie is bekeken welke aanpassingen voor een betere en stevigere inbedding van Big Data in de Nederlandse publieke sector kunnen zorgen, waarbij algemene en maatschappelijke belangen zijn gewaarborgd, belanghebbenden op een

effectieve wijze hun recht kunnen halen en de principes van procedurele rechtvaardigheid en procesrechtelijke randvoorwaarden een volwassen positie innemen.

Daarvoor is als volgt te werk gegaan. In hoofdstuk 2 is het procesrecht in het Nederlands civielrecht, bestuursrecht en strafrecht besproken. Hieruit volgt dat alhoewel er in elk rechtsgebied enkele openingen bestaan voor het beschermen van meer algemene belangen, deze onvoldoende zijn om de vraagstukken die Big Data met zich mee brengt adequaat te adresseren. Daarom is in hoofdstuk 3 bekeken welke procesrechtelijke alternatieven er bestaan in andere jurisdicties die als bron van inspiratie zouden kunnen dienen. Daarbij is gekeken naar de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van de Raad van Europa, regelgeving van de Europese Unie (EU) en de jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie en naar de wetgeving en rechtspraak in België, Duitsland, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk.

Om een beter beeld te krijgen van de obstakels en knelpunten ten aanzien van het huidige Nederlandse rechtsstelsel en de mogelijke alternatieven zijn interviews gehouden met een aantal kernspelers op het gebied van Big Data en rechtsbescherming: Amnesty International Nederland (Doutje Lettinga & Nine de Vries), Autoriteit Persoonsgegevens (Aleid Wolfsen), Belastingdienst (Raymond Kok), Bits of Freedom (David Korteweg), Boekx advocaten (Otto Volgenant & Charlotte Hangx), Bureau Brandeis (Christiaan Alberdingk Thijm), College voor de Rechten van de Mens (Jan-Peter Loof & Juliette Bonneur), Datavakbond (Reinier Tromp), Hoge Raad (Ybo Buruma), Landsadvocaat Pels Rijcken (Cécile Bitter), Nationale Ombudsman (Reinier van Zutphen & Martin Blaakman), Privacy First (Vincent Böhre), Public Interest Litigation Project (Jelle Klaas), Radboud Universiteit (Roel Schutgens & Joost Sillen) en schrijver/publicist (Maxim Februari). Paragraaf 6.1 bevat de interviewverslagen.

Ook zijn twee workshops georganiseerd, één in Den Haag en één in Brussel, waarbij een aantal vooraanstaande specialisten een presentatie gaf en een groep van Nederlandse respectievelijk Europese beleidsmakers vervolgens werd uitgenodigd om de implicaties daarvan te bespreken voor het nationale en supranationale recht en de voor- en nadelen van de mogelijke alternatieven. Tijdens de workshop in Den Haag gaven Marlies van Eck (Universiteit Leiden), Vincent Böhre (Privacy First), Doutje Lettinga (Amnesty International Nederland), Otto Volgenant (Boekx advocaten) en Phon van den Biesen (Van den Biesen Kloostera Advocaten) een aftrap voor de discussie. Tijdens de workshop in Brussel waren dat Ianika Tzankova (Tilburg University), Wojciech Wiewiórowski (European Data Protection Supervisor), Marc Rotenberg (EPIC) en Max Schrems (NOYB – European Center for Digital Rights). De bijlage onder 6.2 van dit rapport bevat de verslagen van de workshops.

Uit deze studie blijkt dat er op punten nog versterkingen kunnen worden ingevoerd in het Nederlands procesrecht dan wel door middel van waarborgen omtrent Big Data. Daartoe zijn in hoofdstuk 4 van deze studie dertien reguleringsopties geformuleerd die kunnen helpen om het Nederlandse procesrecht klaar te maken voor de data-gedreven samenleving. Deze reguleringsopties zijn onder te verdelen in drie clusters. Ten eerste moet het proces van Big Data zelf goed worden ingekaderd zodat zowel bij het verzamelen, het analyseren en het gebruiken van data procedurele randvoorwaarden zijn gewaarborgd. Ten tweede moet de toegang tot het recht vis-a-vis data-gedreven projecten worden gewaarborgd en zouden de mogelijkheden voor procespartijen om de collectieve en algemene belangen die met Big Data processen gemoeid zijn te verdedigen, zowel binnen het bestuursrecht, het civielrecht als het strafrecht, kunnen worden versterkt. Ten derde en tot slot is het van belang dat er een goed systeem van *checks and balances* is binnen de trias politica, waardoor de drie klassieke machten elkaar ook in de Big Data context goed in evenwicht kunnen houden.



Big Data processen zijn te typeren aan de hand van drie fasen: het verzamelen van gegevens, het analyseren van de verzamelde gegevens en het gebruiken van de uitkomst van die analyses. Big Data-technologieën kunnen met behulp van slimme computers en zelflerende algoritmen werken met extreem grote datasets. De analyse van de gegevens is meestal gericht op het vinden van algemene kenmerken en correlaties, is meestal gebaseerd op statistiek en vindt plaats op een hoog geaggregeerd niveau. De correlaties die zijn verkregen met Big Data-analyse kunnen worden gebruikt voor toekomstgericht en proactief beleid.

Om Big Data processen en de consequenties daarvan te kunnen laten toetsen door de rechter kan naar elk van de drie fasen van Big Data worden gekeken. Hoe eerder in het proces eventuele problemen en obstakels worden geadresseerd, hoe eerder negatieve consequenties worden geadresseerd en hoe minder eventuele rechtszaken er aan het eind van het proces over eventuele onregelmatigheden hoeven te worden gevoerd. Als de wijze waarop de data worden verzameld en geanalyseerd bijvoorbeeld een bias vertoont, dan kan dit consequenties hebben voor de inzet van overheidsmacht in de gebruiksfase. Het is in de gebruiksfase echter lang niet altijd meer duidelijk hoe gegevens zijn verzameld en geanalyseerd en het is voor eventuele getroffen personen lastig om aan te tonen waar er een eventuele misstap is begaan, niet in de laatste plaats omdat de verzamelfase en de analysefase doorgaans weinig transparant zijn.

Reguleringsoptie I: Stel regelgeving vast waarin data, niet zijnde persoonsgegevens, worden beschermd

Een deel van het dataverzamelingsproces is momenteel gereguleerd, een ander deel echter niet. Het deel dat wel is gereguleerd, met name door de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG), betreft de data die zijn te kwalificeren als persoonsgegevens, dat wil zeggen gegevens die iemand kunnen identificeren. Big Data processen gaan echter niet zozeer om persoonsgegevens, ze gaan doorgaans om de analyse van grote hoeveelheden geaggregeerde data die niet gerelateerd zijn aan identificeerbare personen. 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. Door de inrichting van de huidige regelgeving blijft een deel van het Big Data proces in de verzamelfase ongereguleerd. Dat is belangrijk omdat de AVG niet alleen bescherming biedt aan individuen: het legt met name algemene zorgvuldigheidsprincipes neer voor dataverwerkende partijen, bijvoorbeeld dat gegevens relevant moeten zijn voor het doel waarvoor ze worden verzameld, dat de gegevens correct en actueel moeten zijn en dat het gegevensverwerkingstraject transparant en aan toezicht onderhevig moet zijn. Daarvoor zou een oplossing kunnen worden gevonden door een aantal minimumregels neer te leggen voor het verzamelen van data, niet zijnde persoonsgegevens.

Reguleringsoptie II: Reguleer het analyseren van data

De fase waarin data worden geanalyseerd is thans nagenoeg ongereguleerd, zowel omdat de AVG nauwelijks regels stelt omtrent het analyseren van data, als omdat er bij Big Data processen in de analysefase doorgaans niet met persoonsgegevens, maar met grote datasets aan geaggregeerde data wordt gewerkt. Dat betekent dat er nauwelijks wettelijke normen zijn voor of wettelijk toezicht is op hoe profielen worden vervaardigd, op conclusies over de patronen en correlaties die worden gevonden en hoe data worden geanalyseerd. Dat is problematisch, omdat als er een fout of een bias zit in een dataset, een algoritme of een profiel, dit betekent dat het overheidsoptreden dat gebaseerd is op dat profiel (in de gebruiksfase) ook fout of vooringenomen kan zijn.

Door deze fase te reguleren worden Big Data processen inzichtelijker en aan kwaliteitseisen onderhevig gemaakt en worden daarmee eventuele problemen in de gebruiksfase voorkomen of beperkt. Het betrachten van meer transparantie en toezicht op deze fase kan ook leiden tot een reductie in het aantal gevoerde rechtszaken omtrent Big Data; procespartijen geven aan dat door het gebrek aan transparantie omtrent Big Data projecten zij vaak eerst Wob-verzoeken moeten doen of rechtszaken moeten voeren om te weten of en zo ja, wat het rechtsprobleem zou zijn alvorens er met een inhoudelijke juridische procedure kan worden begonnen. Voor de regulering van de analysefase van Big Data, die met name op statistiek is gebaseerd, zou aansluiting kunnen worden gezocht bij de bestaande standaarden en richtsnoeren voor statistisch onderzoek.

Reguleringsoptie III: Stel een horizonbepaling in voor Big Data projecten

Van de drie fases van Big Data is de laatste fase momenteel het best gereguleerd. Als data-analyses worden gebruikt hebben zij effect op de samenleving, groepen of burgers. Daarbij spelen tal van bestaande doctrines een rol, zoals het recht op een eerlijk proces, het verbod op discriminatie en de verschillende vrijheidsrechten. Deze doctrines zijn op zich toereikend, al speelt wel de vraag in hoeverre de toegang tot het recht en de mogelijkheden om deze rechten ook af te dwingen toereikend zijn (daarop wordt in de hiernavolgende reguleringsopties ingegaan).

Wat het proces rond Big Data zou verbeteren ten aanzien van de gebruiksfase is een betere toetsing op de effectiviteit van de op Big Data gebaseerde processen. Uit studies blijkt dat een deel van de Big Data initiatieven niet of nauwelijks effectiever zijn dan processen waarvoor geen of veel minder data nodig zijn. In dergelijke gevallen zou het afzien van Big Data processen zowel bijdragen aan een efficiënte en slagvaardige overheid als aan de bescherming van materiële rechten van burgers en algemene en maatschappelijke belangen. Hiertoe zou standaard een horizonbepaling kunnen worden gekoppeld aan Big Data projecten: het project krijgt dan een aantal jaar om zich te bewijzen in termen van effectiviteit.

Civilrecht

Bestuursrecht

Strafrecht

Een tweede manier om te kijken naar de vraag of er voldoende procedurele waarborgen bestaan in het kader van Big Data is door in te zoomen op de rechtsingangen binnen het Nederlands civielrecht, bestuursrecht en strafrecht.

Omdat het in Big Data processen doorgaans niet gaat om een schending van concrete belangen van natuurlijke personen in een individueel geval, maar om vraagstukken die zijn gerelateerd aan maatschappelijke waardes is daarbij niet zozeer het individueel klachtrecht van belang, maar de mogelijkheden tot het voeren van acties in het collectief en algemeen belang. Omdat niet het individuele belang centraal staat zijn bij dergelijke acties nemen met name rechtspersonen, zoals stichtingen en verenigingen, het initiatief tot dergelijke acties. Deze rechtspersonen hoeven niet zelf in hun belangen te zijn geschaad, maar kunnen op basis van hun statuten opkomen voor algemene belangen gerelateerd aan vraagstukken rond legitimiteit, legaliteit en de mogelijke maatschappelijke gevolgen van data-gedreven projecten.

Het civielrecht wordt zowel in de literatuur als in de voor deze studie gehouden interviews beschouwd als het rechtsgebied met de beste mogelijkheden voor het voeren van acties in het collectief of algemeen belang. De meeste acties tegen data-gedreven projecten van de overheid, zoals betreffende het opslaan van vingerafdrukken, het uitwisselen van gegevens door inlichtingendiensten, data-retentie en de herziening van de Wiv lopen via het civielrecht. Hier is slechts een klein aantal verbeteringen mogelijk. Binnen het strafrecht zijn er momenteel echter nauwelijks mogelijkheden en ook binnen het bestuursrecht zijn de openingen om algemene vraagstukken die met Big Data gemoeid zijn aan te kaarten beperkt. Met name dat laatste is een punt van aandacht, omdat het bestuursrecht een steeds belangrijker positie inneemt in de rechtspraktijk rond Big Data projecten.

Reguleringsoptie IV: Versterk het civielrechtelijke systeem door collectieve acties en algemeen belangacties eenvoudiger en effectiever te maken

Alhoewel er binnen het civielrecht momenteel afdoende mogelijkheden zijn voor het voeren van acties in het collectief of algemeen belang kan een aantal kleinere aanpassingen ervoor zorgen dat het procesrecht in lijn loopt met de transformatie naar een data-gedreven samenleving. Daarbij valt te denken aan het versoepelen van de eis voor rechtspersonen om de algemene belangen die zij wensen te verdedigen in een rechtszaak in hun statuten op te nemen en het versoepelen van de eis van voorafgaand overleg met de partij waartegen een algemeen belangactie wordt begonnen. Daarnaast valt te denken aan het vaststellen van een vast bedrag voor immateriële schade ten gevolge van Big Data projecten, wat zou helpen met het kostendekkend houden van dergelijke acties, zowel als het uitbreiden van een opt-out systeem voor collectieve acties. Voor dat laatste is reeds een eerste stap gezet in de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie die onlangs is aangenomen. Toch blijven ook na het aannemen van deze wet nog knelpunten bestaan zoals ten aanzien van de kosten en financieringsmogelijkheden van acties in het collectief en algemeen belang.

Reguleringsoptie V: Maak duidelijk in welke gevallen (indirecte) discriminatie in Big Data-toepassingen kan of moet leiden tot bewijsuitsluiting of strafvermindering

Reguleringsoptie VI: Breid de mogelijkheid tot participatie voor rechtspersonen in het strafrecht uit

Het strafrecht kent momenteel vrijwel geen mogelijkheid voor het voeren van algemeen belangacties en het adresseren van meer structurele en algemene problemen. Toch wordt Big Data in toenemende mate gebruikt in het strafrecht en zal deze trend zich in de toekomst waarschijnlijk verder voortzetten. Welke wijk er door *predictive policing* systemen wordt aangewezen als gebied waar de politie extra moet surveilleren kan bijvoorbeeld een grote invloed hebben op het type delict dat de politie signaleert en het type dader dat wordt gearresteerd. Als er een fout of bias zit in dit systeem zijn er nu weinig tot geen manieren om dergelijke problematiek binnen het strafrecht te adresseren. Dit knelpunt zou op verschillende wijzen kunnen worden aangepakt. Ten eerste zou binnen het strafrecht aan eventuele fouten en bias consequenties kunnen worden gekoppeld, bijvoorbeeld door personen die daar de negatieve consequenties van ondervinden tegemoet te komen door bewijsuitsluiting of strafvermindering. Ten tweede is het denkbaar om rechtspersonen een grotere rol te geven in het Nederlandse strafprocesrecht. Zo zouden rechtspersonen zich kunnen voegen bij een strafzaak tegen een verdachte, om expertise, kennis en kunde te kunnen toevoegen en om aan te kaarten dat een aan een individuele strafzaak ten grondslag liggend Big Data initiatief met structurele en algemene problemen kampt.

Reguleringsoptie VII: Introduceer de figuur van een *special advocate*

Daarnaast is een probleem dat bij Big Data processen speelt dat het proces van data verzamelen, analyseren en vervolgens gebruiken vaak niet transparant is. Als de inlichtingendienst, de politie of de Belastingdienst in detail bekend zouden maken hoe zij te werk gaan, dan zouden potentiële criminelen en fraudeurs daarmee rekening kunnen houden. In gevallen waarin de overheid een legitiem beroep doet op geheimhouding in het algemeen belang, bijvoorbeeld uit het oogpunt van nationale veiligheid, waardoor een burger in het strafrecht of het bestuursrecht geen toegang krijgt tot informatie die ten grondslag ligt aan zijn strafzaak of een hem betreffend besluit, kan een oplossing worden gevonden in de introductie van een *special advocate*. Deze advocaat kan namens de burger de algoritmen, data en onderliggende stukken inzien en de verdediging daaromtrent voeren, maar is tegelijkertijd gehouden aan geheimhouding en deelt deze informatie niet met de burger of anderen.

Reguleringsoptie VIII: Stel beroepsmogelijkheden open tegen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels

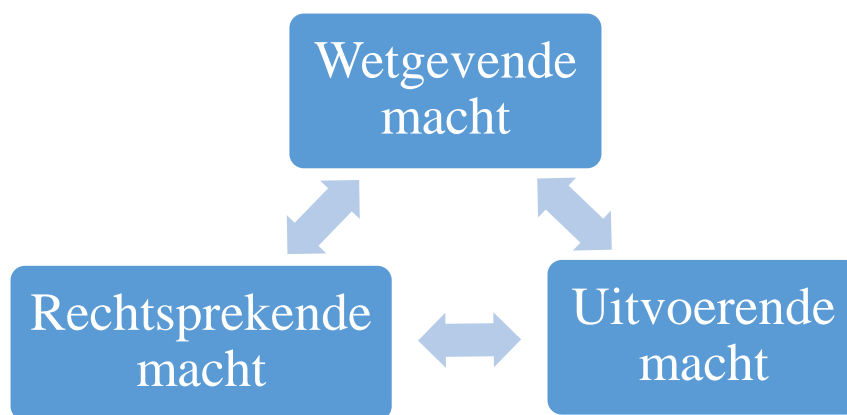
Veel overheidshandelingen en keuzes ten aanzien van Big Data processen in de eerste en tweede fase, dat wil zeggen waar gegevens worden verzameld en geanalyseerd, zullen binnen het bestuursrecht niet hebben te gelden als een besluit in de zin van de Awb waar tegen opgekomen kan worden. Toch kan het wenselijk zijn om als er een misstand wordt geconstateerd deze reeds in dat stadium te adresseren; als de wijze waarop gegevens worden verzameld of geanalyseerd bijvoorbeeld een bias vertoont of disproportioneel is dan kunnen daar belangrijke maatschappelijke vraagstukken mee zijn gemoeid, zoals het gevaar voor discriminatie, stigmatisering en sociale stratificatie. Om dergelijke toetsing mogelijk te maken zou hetgeen is bepaald in artikel 8:3 Awb, in ieder geval voor algemeen belangacties in de Big Data context, kunnen worden beperkt.

Reguleringsoptie IX: Breid de mogelijkheden rond het stellen van prejudiciële vragen uit

Reguleringsoptie X: Breid de mogelijkheden van *amicus curiae* participatie uit

Reguleringsoptie XI: Creëer een processenfonds voor de Big Data context

Vervolgens is er een meer praktisch punt in verband met processen omtrent Big Data. Omdat dergelijke processen vaak gaan om meer algemene en maatschappelijke vraagstukken zullen gespecialiseerde rechtspersonen hier een belangrijke positie innemen. Uit dit onderzoek is gebleken dat één van de belangrijkste obstakels om acties in het algemeen belang te voeren is gelegen in de kosten die daarmee zijn gemoeid. Voor dit praktische obstakel is een aantal oplossingen voorstelbaar. Een manier waarop kosten kunnen worden vermeden en toegang tot het recht wordt verbeterd is door een uitbereiding van de mogelijkheden om prejudiciële vragen te stellen. Op die wijze krijgen procespartijen sneller een uitspraak van de hoogste rechter en daarmee via een relatief korte en dus goedkopere procedure uitsluitel over fundamentele rechtsstatelijke kwesties die met Big Data processen gemoeid zijn. Daarnaast zou de rol van *amicus curiae* participatie kunnen worden uitgebreid. Door gespecialiseerde (rechts)personen toe te staan argumenten en stukken aan te dragen in procedures zonder daarbij zelf procespartij te zijn, kan er in rechtszaken wel gebruik worden gemaakt van hun kennis en expertise terwijl zij niet zelf de proceskosten hoeven te dragen. Tot slot zouden de kosten voor algemeen belang acties kunnen worden vergoed uit algemene middelen.



De meeste Big Data processen binnen de overheid worden ingezet door de uitvoerende macht. Onder meer de politie, de belastingdienst, inlichtingendiensten en het UWV experimenteren met Big Data projecten om hun processen te optimaliseren en zo efficiënter en doelgerichter te werk te gaan. De eerste drie aanbevelingen betreffen suggesties voor wetgeving en beleid om het Big Data proces beter in te kaderen. Daarna volgde een aantal opties om de toegang tot het recht te optimaliseren en het Nederlands procesrecht klaar te maken voor de data-gedreven samenleving. Voor een goed systeem van *checks and balances*, waarbij de drie machten elkaar ook in de data-gedreven samenleving goed in evenwicht kunnen houden, is het niet alleen van belang dat de wetgevende macht voldoende regels stelt voor het handelen van de uitvoerende macht en dat partijen dat handelen kunnen laten toetsen door de rechterlijke macht.

Ook de rechterlijke toetsing van de wetgevende macht en de capaciteiten van handhavingsorganisaties moeten in dit samenspel worden meegenomen. Uit dit onderzoek komen daarbij twee punten naar voren. Ten eerste is het belangrijk dat naarmate de overheid meer gebruik maakt van data-gedreven processen bij het uitoefenen van haar taken, de capaciteiten voor controle en toezicht worden uitgebreid. Ten tweede is in Nederland momenteel slechts zeer beperkte ruimte om wetgeving *in abstracto* te toetsen op minimumvoorwaarden van legitimiteit en legaliteit, terwijl het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dit in toenemende mate van lidstaten verlangt, zeker voor wat betreft wetgeving over grootschalige gegevensverwerkingsprocessen.

Reguleringsoptie XII: Breid de mogelijkheden van handhavingsorganisaties en controlemechanismen uit

Ten eerste hebben handhavingsorganisaties als de Autoriteit Persoonsgegevens een belangrijke rol in het behandelen van klachten. Elke klacht die een handhavingsorganisatie naar tevredenheid afhandelt hoeft niet meer voor de rechter te komen. Daarnaast is een organisatie als de AP ook bij uitstek geschikt om op eigen initiatief zaken te onderzoeken en eventueel te sanctioneren die op een structureel en meer algemener niveau spelen, om zo eventuele individuele klachten of acties in het algemeen belang te voorkomen. Tot slot heeft een organisatie als de AP de expertise om toe te zien op de naleving van regels onder reguleringsopties I en II. Het is daarom belangrijk dat deze toezichthouder en andere handhavingsorganisaties die competentie hebben betreffende een deel van het Big Data proces voldoende geëquipeerd zijn om hun toezichtstaken uit te oefenen.

Reguleringsoptie XIII: Creëer een mogelijkheid om wet- en regelgeving in abstracto aan de rechter voor te leggen

Bij rechtszaken die draaien om Big Data processen is één van de meest voorkomende vragen of het onderliggende beleid of de onderliggende wetgeving als zodanig wel rechtmatig is. Vaak gaat het daarbij om rechtsstatelijke vraagstukken, zoals of de herziening van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten voldoet aan het mensenrechtenkader, of de dataretentiewetgeving geen disproportionele inbreuk maakt op het recht op privacy en of het Systeem Risico Indicatie wel voldoende transparant is. In Nederland zijn de mogelijkheden, zeker in vergelijking met het buitenland, om wetgeving als zodanig op rechtmatigheid en rechtsstatelijkheid te toetsen beperkt, terwijl het EHRM ervan uitgaat dat landen dergelijke toetsing toestaan en anders het heft in eigen handen neemt. Niet alleen heeft het introduceren van een dergelijke mogelijkheid het voordeel dat wetten en beleid sneller op rechtsstatelijkheid worden getoetst en dat Nederland dergelijke toetsing in eigen handen houdt, ook is het voordeel dat het aantal mogelijke rechtszaken wordt verminderd. Niet elk individu dat negatief geraakt denkt te zijn hoeft individueel een klacht in te dienen. De rechter kan de wet of het beleid als zodanig langs de rechtsstatelijke meetlat houden, nog voordat die wordt toegepast.

Dit zijn de dertien reguleringsopties die uit dit rapport voortvloeien. Zij zijn in hoofdstuk 4 in meer detail uitgewerkt. 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 rechtsstelsel zo vorm te geven dat het burgers en de samenleving als geheel voldoende rechtsbescherming biedt in de data-gedreven samenleving.